



DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

Rassegna on line

Fascicolo n. 1/2024
ISSN 2421-0528

Direttori: Lorenzo Chieffi – Alberto Lucarelli – Andrea Patroni Griffi
Direttore responsabile: Alberto Lucarelli

SOMMARIO

Saggi

Elina Anfuso, Matteo Vecchi – [Potenzialità e criticità del sistema nazionale di certificazione della parità di genere](#)

Franco Sicuro – [La riserva di legge a tutela degli animali nel riparto di competenze tra Stato e Regioni](#)

Gianluca Marcantognini – [Recenti questioni sulla mobilità transfrontaliera e sul diritto al lavoro nell'Unione europea: implicazioni giuridiche ed economiche relative al mercato unico](#)

Domenico Andracchio – [Il mercato dei contratti pubblici e la autoproduzione nella prospettiva dell'efficienza regolatoria](#)

Antonio Saporito – [Verso un ritorno allo Stato «interventista»?](#)

Gennaro Ferraiuolo – [La revisione della forma di governo tra noto e ignoto](#)

Nicola Di Modugno – [Annullamento d'ufficio, affidamento e termine di dodici mesi](#)

Luca Dell'Atti – [Poteri d'indirizzo del presidente del Consiglio e leale collaborazione. Quali prospettive per i rapporti interni ed esterni del vertice monocratico dell'esecutivo?](#)

Franca Meola – [Sul fondamento di legittimità della gestione pubblica del servizio idrico](#)

Leandra Abruzzo – [Il premierato del d.d.l. A.S. 935/2023: critiche e prospettive](#)

Laura Fabiano – [Separazione dei poteri e garanzie dei diritti dei detenuti nella sentenza della Corte costituzionale sull'affettività intramuraria](#)

Antonio Leo Tarasco – [I parchi culturali ecclesiali: aneliti pauperistici e \(necessità di un\) ritorno alla realtà](#)

Francesco Zammartino – [Alcune note sul valore della solidarietà quale principio costituzionale](#)

Salvatore D'Acunto – [Linguaggio e governo della società. Riflessioni sul lessico delle politiche del lavoro delle istituzioni europee](#)

Francesca Iole Garofoli, Vincenzo Giorgio Nardi – [La valutazione del «fatto processuale» nei conflitti negativi di competenza funzionale. Al pubblico ministero un potere determinante?](#)

Issn 2421-0528

Sommario

Bianca Raganelli, Ilenia Mauro – [*Incentivi e disincentivi alla realizzazione di investimenti nel settore delle energie rinnovabili: questioni in tema di affidamento e tutela*](#)

Materiali

Carlo Iannello – [*La libertà di cura e il suo pieno fondamento costituzionale nell'art. 32 Cost.*](#)

Azzurra Baggieri – [*Recensione a A.L. Tarasco e R. Miccù \(a cura di\), Il patrimonio culturale e le sue immagini. Diritto, gestione e nuove tecnologie, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022*](#)

Lorenzo Chieffi – [*I persistenti dubbi di conformità a costituzione del d.d.l. recante «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione»*](#)

Claudio De Fiore – [*Commissione Affari costituzionali, Camera dei deputati, lunedì 4 marzo 2024. Audizione resa dal prof. Claudio De Fiore sul disegno di legge C. 1665, approvato dal Senato, recante «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni»*](#)

Gianfranco Viesti – [*Memoria predisposta per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati sull'A.C. 1665 «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata»*](#)

Adriano Giannola – [*Audizione informale del Presidente della SVIMEZ Adriano Giannola dinanzi alla I Commissione \(Affari costituzionali\) della Camera dei deputati, nell'ambito dell'esame, in sede referente, del disegno di legge C. 1665 Governo, approvato dal Senato*](#)

Paolo Bonetti – [*Osservazioni sui profili costituzionali del disegno di legge A. C. 1665, già approvato dal Senato, recante disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, Cost.*](#)

Giovanna De Minico – [*Memoria per la Commissione affari costituzionali, Camera dei deputati, audizione del 12 marzo 2024, sul disegno di legge A.C. 1665*](#)

La tutela dell'ambiente alla luce della legge costituzionale n. 1 del 2022 (a cura di F. Pastore e A. Vuolo)

Fulvio Pastore e Alfonso Vuolo – [*Breve nota di presentazione degli atti del seminario: «La tutela dell'ambiente alla luce della legge costituzionale n. 1 del 2022»*](#)

Alfredo Contieri – [Introduzione](#)

Fulvio Pastore – [Storia di un lungo e non del tutto compiuto percorso: Costituzione e ambiente in una prospettiva diacronica](#)

Alfonso Vuolo – [La legge cost. n. 1 del 2022 e la tutela dell'ambiente](#)

Pierdomenico Logroscino, Cosimo Pietro Guarini – [Il principio ambientalista tra immanenza e scrittura costituzionale](#)

Anna Papa – [La tutela del paesaggio: verso un nuovo bilanciamento con la salvaguardia dell'ambiente dopo la riforma dell'art. 9 della Costituzione?](#)

Luigi D'Andrea, Maria Assunta Icolari – [La tutela dell'ambiente tra diritto costituzionale e diritto tributario: brevi note introduttive](#)

Roberta Alfano – [Politiche tributarie e tutela dell'ambiente. Novella costituzionale, sostenibilità e bilanciamento di interessi](#)

Valentina Capuozzo – [Partecipazione dei privati nelle decisioni pubbliche in materia ambientale](#)

La sfida della migrazione climatica (a cura di Susana Borràs-Pentinant e Angela Cossiri)

Angela Cossiri e Susana Borràs-Pentinant – [Migrazione climatica: ragioni di una ricerca](#)

Federica Passarini – [La tutela dei migranti ambientali nel diritto dell'Unione europea: l'impatto dei recenti sviluppi della prassi giurisprudenziale nazionale e internazionale](#)

Francesca Rosignoli – [Giustizia, genere e migrazione climatica nella prospettiva dell'UE](#)

Daniel Gracia Pérez – [Le risposte nazionali di alcuni Stati membri dell'UE alla crisi dello sfollamento per motivi ambientali: un riferimento particolare al caso italiano](#)

Monica Raiteri – [I flussi eco-migratori tra miti e paure. Incertezze giuridiche nella gestione della \(in\)sicurezza climatica](#)

Giulia Messere, Maria Letizia Zanier – [Le migrazioni ambientali e al femminile in prospettiva sociologica. Istanze di sostenibilità, diritti e vulnerabilità delle donne migranti](#)

Ninfa Contigiani – [Le donne seguono. Cittadinanza di sangue ed emigrazione femminile nel codice dell'Italia liberale. Una riflessione](#)

Dall'Europa delle Regioni alle piccole patrie (a cura di Daniela Mone e Maria Chiara Girardi)

Alberto Lucarelli – [Introduzione. Dall'Europa delle Regioni alle piccole patrie](#)

Franco Roberti – [Dall'Europa delle Regioni all'Europa delle piccole patrie](#)

Gennaro Ferraiuolo – [Europa delle Regioni versus piccole patrie?](#)

Daniela Mone – [La prospettiva antistorica ed antieconomica dell'autonomia differenziata di Calderoli: le Regioni come piccole patrie](#)

Maria Chiara Girardi – [Dall'Europa delle Regioni alle piccole patrie](#)

Giuliano Costa – [Il sistema delle conferenze nelle vicende del PNRR](#)

LA LIBERTÀ DI CURA E IL SUO PIENO FONDAMENTO COSTITUZIONALE NELL'ART. 32 COST.

di Carlo Iannello*

«[...] se la conoscenza (nel senso moderno di *know-how*, di competenza tecnica) si separasse irrimediabilmente dal pensiero, allora diventeremo esseri senza speranza, schiavi non tanto delle nostre macchine quanto della nostra competenza, creature prive di pensiero alla mercé di ogni dispositivo tecnicamente possibile, per quanto micidiale» (H. Arendt, Vita attiva. *La condizione umana* [ed. or. 1958], Milano, 2017, 36).

1

In questi ultimi tre anni, cioè a partire dalla data di pubblicazione della prima edizione di «Salute e libertà», le vicende politiche e costituzionali che sono ruotate intorno alla libertà di cura, sebbene non abbiano specificamente riguardato il tema del fine vita, sono state numerose e dense di significato.

Con specifico riferimento al fine vita, invece, alcune modificazioni si segnalano in ordinamenti esteri¹, nei quali sono state allargate le maglie che consentono l'accesso a tali pratiche, oltre i limiti originariamente previsti.

In Italia, negli ultimi tempi, su questo specifico tema non ci sono state novità di rilievo, cioè comportanti modifiche del diritto positivo in materia, così come si è consolidato dopo la sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale sul caso Cappato. Le sole vicende degne di nota sono quella giudiziaria che ha riguardato Davide Trentini e la richiesta referendaria per l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., dichiarata inammissibile dalla Consulta con la sentenza n. 50 del 2022. Entrambi questi avvenimenti non hanno prodotto cambiamenti sostanziali.

In questi ultimi anni, tuttavia, è diventato sempre più incerto lo statuto della libertà di cura, in continuità con un percorso intrapreso oramai da molto tempo.

La confusione intorno a questi concetti, infatti, affonda le sue radici in oltre un decennio di letture incerte del testo costituzionale. Il saggio che si ripubblica è sorto, infatti, proprio con l'intenzione di fare chiarezza e diradare le nubi circa il ruolo centrale che la libertà di cura e l'autodeterminazione ad essa legata (limpidamente evincibili dal solo art. 32 Cost.) assumono nel nostro ordinamento costituzionale.

Alla luce del permanere di molte delle incertezze interpretative che sono state messe diffusamente in luce nel libro, e constatata una sempre più estesa ritrosia a riconoscere il ruolo essenziale dell'intero art. 32 Cost. nel determinare, con precisione ed *esaustivamente*, fondamento, consistenza e garanzie del diritto di autodeterminazione terapeutica, nel cui ambito ritengo vadano naturalmente collocate anche le questioni del fine vita, mi è parso

* Professore Associato di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania Luigi Vanvitelli. Si pubblica la premessa alla seconda edizione del volume, *Salute e libertà. Il fondamentale diritto all'autodeterminazione individuale*, Napoli, 2023, con prefazione di Luigi Manconi.

¹ Cfr. Redazione, *Eutanasia per i malati mentali in Canada*, Il Foglio, 10 settembre 2022; M. Palmieri, *Belgio. Per la depressione? C'è l'eutanasia. La triste vicenda di Shanti De Corte*, in *L'Avvenire*, 13 ottobre 2022.

opportuno pubblicare una nuova edizione del volume.

Mi sono, pertanto, limitato ad apportare al libro poche integrazioni strettamente necessarie, al solo scopo di precisare alcuni passaggi e di aggiornarlo con essenziali e recenti contributi della giurisprudenza e della dottrina. Il volume, nell'impostazione, nella struttura, nelle motivazioni di fondo e nelle sue argomentazioni è rimasto, pertanto, pienamente coerente con la prima edizione, rispetto alla quale non si è avvertita l'esigenza di introdurre né nuovi capitoli, né nuovi paragrafi.

Come si evince dalle osservazioni che precedono, il saggio «Salute e libertà» è nato da un'istanza civica che si è unita a un'esigenza di rigore metodologico propria dello studioso del Diritto costituzionale.

La necessità pratica da cui è scaturito è quella di riportare alla luce la corretta lettura dell'art. 32 Cost. (così come chiarita a partire dagli anni Settanta dello scorso secolo da Maestri del diritto costituzionale come Massimo Luciani, Franco Modugno, Sergio Paolo Panunzio e da quelli della bioetica: da Stefano Rodotà a Paolo Zatti) facendolo uscire dal cono d'ombra in cui la pigrizia intellettuale di alcune più recenti e superficiali interpretazioni parrebbe averlo confinato, al fine di (ri)attribuire un chiaro e saldo fondamento costituzionale all'autodeterminazione terapeutica, diritto sulla cui esatta portata e consistenza si osservavano, e si continuano sempre di più ad osservare, letture riduttive.

Ho cercato, cioè, di formulare, per citare le parole di Luigi Manconi, «una sorta di teoria della bioetica costituzionale [che] vuole contribuire all'elaborazione di un diritto capace di accogliere le indicazioni di un'etica pubblica che abbia al suo centro il corpo dell'individuo e, per suo tramite, la sua dignità, nel rispetto, appunto, 'della persona umana' complessivamente intesa»².

È sempre un grande motivo di soddisfazione sentirsi compresi nelle finalità che hanno mosso una riflessione, ed è la sola prova per capire di non aver consumato il proprio tempo per aggiungere un «prodotto» al *curriculum*, ma di essere riusciti, quanto meno, a trasmettere un chiaro messaggio.

Già titolo e sottotitolo sono esplicativi dell'obiettivo, al tempo stesso, pratico e di politica del diritto per cui il libro è stato concepito.

Il titolo è «Salute e libertà», ma avrebbe potuto essere egualmente «Salute è libertà», per indicare che i due termini non possono più essere intesi in una relazione oppositiva, come è accaduto nel passato pre-costituzionale, perché la Costituzione individua innovativamente nella salute, prima di tutto, una libertà fondamentale (il «fondamentale diritto dell'individuo»), per poi accogliere sia il suo significato tradizionale di salute pubblica (l'«interesse della collettività»), che la sua accezione novecentesca di diritto sociale (le «cure gratuite»). I due termini, salute e libertà, vanno, pertanto, letti in un rapporto di reciproca ed armoniosa integrazione.

Il sottotitolo («Il 'fondamentale diritto' all'autodeterminazione individuale») chiarisce il senso del titolo. La locuzione «fondamentale diritto», prende in prestito le parole adoperate dall'art. 32 Cost., ed è posta tra virgolette perché possa emergere immediatamente la posizione di fondo. Nella ricostruzione che si propone, il diritto all'autodeterminazione individuale non è un diritto a sé stante, né tantomeno può essere ricavato come «sintesi» da alcuni dei diritti costituzionali, soprattutto se questa sintesi comprende anche libertà che nulla hanno a che vedere con il significato contemporaneo di autodeterminazione, come, ad esempio, l'articolo 13 della Costituzione, che continua ad essere volto a garantire il tradizionale *habeas corpus*, cioè l'inviolabilità del corpo contro gli abusi del potere coercitivo dello Stato. A questo

² Cfr. la prefazione di Luigi Manconi.

aspetto sono dedicate le riflessioni su quel «doppio movimento»³, che ha prodotto un travaso di contenuti dal diritto alla salute alla libertà personale, che nel testo si valuta criticamente perché ha realizzato il risultato pratico di indebolire lo statuto garantista dell'autodeterminazione rispetto alle cure.

Il sottotitolo chiarisce, dunque, che nel nostro ordinamento costituzionale non esiste un generico e onnicomprensivo diritto all'autodeterminazione individuale, declinato sulla falsariga della *privacy* statunitense, in grado di trasformare i nostri desideri, per quanto legittimi possano essere da un punto di vista etico o morale, in pretese dotate della dignità dei diritti giuridicamente garantiti.

Nel nostro ordinamento esiste, invece, perché limpidamente cristallizzato in una disposizione costituzionale, un «fondamentale diritto» all'autodeterminazione individuale con riferimento alle cure mediche, che trova il suo fulgido riconoscimento nell'articolo 32 della Costituzione, cioè nella libertà collegata alla salute individuale, che rappresenta, probabilmente, la più grande innovazione contenuta nel nostro ordinamento repubblicano, per quanto attiene al rapporto autorità-libertà.

Questo è il solo articolo della Costituzione in tema di libertà che, nel momento in cui si confronta con il problema di prevedere dei limiti alla libertà riconosciuta, a differenza di quanto fatto da tutti gli altri articoli della Costituzione che proclamano diritti, adotta una soluzione profondamente innovativa per garantire l'autonomia individuale: oltre al consueto limite formale (la riserva di legge), è previsto anche un penetrante limite sostanziale, per contenere saldamente il potere del sovrano che voglia limitare questa libertà.

L'articolo 32 Cost. è la sola disposizione costituzionale che pone un limite al *potere* di limitare la libertà, ribaltando, in questo modo, lo stesso paradigma che ha tradizionalmente orientato la limitazione dei diritti costituzionalmente garantiti. L'articolo 16 della Costituzione, ad esempio, dopo aver sancito il diritto di circolare liberamente su tutto il territorio nazionale, stabilisce che tale libertà può essere limitata dalla legge (seppure soltanto per il perseguimento di determinati interessi della collettività), lasciando ampio spazio alla discrezionalità del sovrano democratico. In modo simile, si comportano tutti gli altri articoli che riconoscono diritti.

L'articolo 32 Cost., invece, innova profondamente: innanzitutto, qualifica la salute come un «fondamentale diritto» dell'individuo, idea estranea all'orizzonte culturale della prima metà del Novecento, che sarà pienamente compresa solo mezzo secolo dopo (come testimoniano la Convenzione di Oviedo sulla biomedicina del 1997 e la Carta di Nizza del 2001).

In secondo luogo, antepone l'aggettivo al sostantivo («fondamentale diritto»), con l'evidente scopo di enfatizzare il valore di una libertà che, anche dal punto di vista letterale, evoca il costituzionalismo delle origini, che funzionalizza lo Stato alla «conservazione» dei diritti naturali dell'uomo (art. 2, *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1798).

Infine, l'articolo 32 Cost., dopo aver ammesso la possibilità che tale diritto possa essere limitato dalla legge, per dare tutela alla tradizionale accezione della salute, definita «interesse della collettività» (cioè come esigenza di tutela della salute pubblica), introduce una novità assoluta nel costituzionalismo contemporaneo: un «contro-limite», frutto più limpido e innovativo del pensiero personalista, che ha rappresentato il cardine su cui è stato edificato l'intero impianto costituzionale.

Dal punto di vista letterale, tale articolo ricalca l'articolo 13 Cost., cioè il paradigma delle libertà, per poi superarlo proprio attraverso la pregnante tutela della dignità di ciascuna persona.

L'articolo 13 Cost. e il 32 Cost. procedono in modo simile: entrambi si aprono dichiarando

³ L'espressione è di A. Santosuosso, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2016, 67.

l'inviolabilità, in un caso, la *fondamentalità*, nell'altro, della libertà garantita. Essi proseguono similmente anche dopo, quando contemplan le modalità con cui si può legittimamente limitare il diritto proclamato. Entrambe le disposizioni introducono l'ipotesi di limitazione della libertà attraverso una formulazione letterale simile, che riafferma il valore della libertà, facendo cominciare il periodo con una negazione che ha la funzione di ribadire la libertà, proprio quando se ne ammette la possibilità di compressione: «Nessuno può essere sottoposto [...]» e «Non è ammessa forma alcuna [...]».

In tutti e due gli articoli, infine, vengono poste delle garanzie formali a presidio della libertà (riserva di legge in entrambi i casi, riserva di giurisdizione per il solo articolo 13 Cost.).

Le similitudini finiscono qui.

La profonda differenza fra i due statuti costituzionali cui si è accennato, sta tutta nella individuazione del margine di discrezionalità che le due differenti disposizioni concedono al legislatore per quanto riguarda la possibilità di porre limiti, costituzionalmente legittimi, ai diritti garantiti. Le limitazioni che il legislatore può legittimamente imporre alla libertà personale sono molto ampie, perché in astratto riferibili alla tutela dei più vari interessi pubblici. La legge che prevede ipotesi di limitazione della libertà personale ha ampi margini di discrezionalità, dovendo rigorosamente rispettare garanzie che attengono alla *sola* forma.

La disciplina sancita dall'articolo 32 Cost. va, invece, ben oltre, contenendo molto più rigorosamente la possibilità di limitare la libertà inerente alla salute individuale.

In primo luogo, la legge che limita la libertà di cura non può perseguire qualsiasi interesse pubblico, ma esclusivamente l'«interesse della collettività» alla propria salute (cioè, la salute nella seconda accezione contenuta nell'articolo 32 Cost. intesa come «interesse della collettività»): la legge, nel limitare questa libertà, può legittimamente perseguire solo un diretto obiettivo di tutela della salute pubblica.

Inoltre, l'art. 32 Cost. prevede un innovativo *limite sostanziale* al potere di limitare l'autodeterminazione alle cure. Una innovazione sia rispetto al costituzionalismo settecentesco, che si era confrontato con la questione della giustificazione razionale dell'intervento del potere pubblico in funzione limitativa al godimento dei diritti (art. 4, *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789), sia rispetto allo stesso costituzionalismo del Novecento.

«La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana», recita la parte finale dell'art. 32 Cost. Solo in questo articolo è previsto un limite sostanziale a tutela dell'autonomia dell'individuo. Per questa sua attitudine tale limite è stato efficacemente definito «*contro limite*» dalla dottrina costituzionalistica, perché si erge a presidio invalicabile da parte del potere che intendesse strumentalizzare l'autonomia della persona per il raggiungimento di fini ad essa estranei.

Questo è l'unico caso in Costituzione in cui troviamo un limite al potere di porre limiti.

Nemmeno al sovrano democratico, cioè al Parlamento, è consentito («in nessun caso» scrissero i Costituenti, con tono monitorio) violare il «rispetto della persona umana».

I Costituenti intesero, così, porre un argine alla strumentalizzazione del corpo umano per il raggiungimento di obiettivi di carattere collettivo, che i regimi totalitari avevano praticato, appropriandosi del corpo individuale per il raggiungimento di obiettivi sociali, economici e politici, o meglio, ritenuti tali dallo stesso potere: dalle politiche di sterilizzazione di coloro che potevano «inquinare» la razza, fino alle sperimentazioni senza consenso. Atrocità che emersero durante il processo di Norimberga, una cui sessione fu dedicata ai crimini dei medici nazisti, che sconvolsero nel profondo l'animo dei Costituenti, proprio nel momento in cui si apprestavano ad elaborare il testo costituzionale.

Emotivamente sollecitati dallo sgomento per le atrocità che erano emerse e condotti per mano dalla profonda sensibilità personalista di Aldo Moro, che si saldava con la sua una

grande intelligenza politica, riuscirono a comprendere che la salute individuale (cioè il corpo visto da una prospettiva molto diversa da quella in cui lo inquadra l'articolo 13 Cost.), al tempo dell'inausto e micidiale connubio tra tecnica e nichilismo, era diventata una «questione di libertà» (per usare le precise parole dello statista salentino).

Questo spiega perché i Costituenti, esclusivamente per questa già di per sé innovativa libertà, predisposero uno statuto del tutto nuovo: vollero garantirla più profondamente rispetto a quanto la storia del costituzionalismo avesse fatto per garantire tutte le altre libertà, compresa per quella archetipica, la libertà personale (fino ad allora tradizionalmente dotata del regime maggiormente garantista).

Intesero, cioè, affermare solennemente che il corpo, nella sua dimensione più intima e profonda, racchiude e custodisce tutti i valori della persona umana, abbracciando la dignità, ma non esaurendosi in essa, necessitando, pertanto, della più forte delle protezioni possibili, innovativamente concepita proprio per assicurare la più piena tutela all'autonomia individuale.

I Costituenti compresero che la disciplina giuridica della libertà di disporre del proprio corpo dovesse essere tutelata non solo contro le forme tradizionali del potere pubblico (l'apparato coercitivo dello Stato), ma anche nei confronti delle nuove e più penetranti forme del potere che si erano affacciate all'orizzonte proprio in quegli anni di annichilimento dei valori umanistici; un potere tecnico e privato al tempo stesso, che mirava alla strumentalizzazione del corpo e della salute individuale attraverso forme inedite, così come inedite erano le nuove tecnologie di dominio dell'uomo, che (da allora ad oggi) si sono poi progressivamente affinate (finendo con il diventare appannaggio di poteri anche privati, il cui collegamento diretto con l'apparato pubblico sfuma sempre di più: dagli ospedali, alle istituzioni di cura e, genericamente, al potere esercitato sugli individui dalla classe medica, fino ad arrivare a quello delle grandi *corporations*, in grado di influenzare sempre più in profondità la vita intima degli individui, attraverso una continua e progressiva medicalizzazione dell'esistenza).

I Costituenti compresero che solo un argine invalicabile posto a protezione dell'autonomia dell'individuo poteva essere realmente efficace per realizzare lo scopo che si erano prefissati di fronte alle nuove e inedite minacce che il connubio tra tecnica e nichilismo aveva prodotto. All'interno di questa nuova dimensione – tutela dell'auto-determinazione individuale con riferimento alla propria salute – la Costituzione ha inteso garantire, nel profondo, in modo pieno e in coerenza con il pensiero personalista, l'autonomia individuale: non solo nel suo aspetto negativo (inteso nel senso di non intromissione, cioè come diritto di rifiutare una cura), ma anche in quello positivo, cioè come possibilità di chiedere aiuto per realizzare la propria autodeterminazione legata alle condizioni di salute: nel caso che ci occupa, congedarsi dalla propria esistenza.

Diritto che, tuttavia, come è chiarito nel libro, deve essere coerente con la specifica condizione di salute della persona concreta che lo invoca e che presuppone una *autentica* autodeterminazione individuale.

Un diritto che può, pertanto, ritenersi sussistente solamente se saldamente ancorato a queste due condizioni: non un diritto di tutti, ma del malato sofferente, che sia espressione di *autentica* autodeterminazione.

Niente a che vedere con l'idea di un diritto positivo al suicidio, proprio perché un tale diritto non sarebbe legato dalle personali condizioni di salute. Il diritto di morire di cui si occupa il volume non è indipendente dalle condizioni di salute, ma è un diritto che si radica proprio su tali condizioni e ad esse resta stabilmente vincolato.

La medicina ha quindi un ruolo nell'aiutare a tracciarne i confini.

Inoltre, la circostanza che tale diritto debba essere saldamente ancorato ad una genuina autodeterminazione individuale, pone un'*invalicabile* questione in merito alla tutela dei fragili,

cioè di quelle persone che, per una serie di condizioni personali (malattia psichica, dipendenza da alcool o sostanze stupefacenti, minore età), non sono in grado di realizzare una scelta individuale che sia frutto di un'autentica autodeterminazione.

È più che evidente che, con riferimento a tali categorie di persone, che possiamo definire fragili o vulnerabili, subentrano degli obblighi solidaristici di tutela da parte della collettività e viene meno la garanzia dell'autodeterminazione individuale che non può, in tali casi, per definizione, essere considerata genuina.

Questa premessa è necessaria proprio per chiarire la posizione del saggio, che è favorevole alla piena estrinsecazione dell'autonomia individuale, che non può non estendersi anche alle fasi terminali dell'esistenza, sempre che vi sia, alla base, un'autodeterminazione da tutelare.

Il tema trattato nel saggio, pertanto, non è il diritto si suicidarsi quale espressione di una presunta libertà individuale e «insindacabile» di chiunque di porre termine alla propria vita. Piuttosto, obiettivo del lavoro è la ricerca del fondamento di un pieno diritto dei malati al governo del proprio corpo, in conformità con la propria personale idea di dignità. Si tratta di un diritto che trova la sua chiara collocazione direttamente all'interno dell'art. 32 Cost. complessivamente letto, nel combinato disposto del I e del II comma, dai quali si desume uno statuto del diritto in questione limpido, dotato di una forza unica se paragonato a tutte le altre libertà costituzionali garantite, non solo incoercibile, ma anche capace di ottenere, come pretesa giuridicamente tutelata, la collaborazione del servizio sanitario per la piena realizzazione della personale autodeterminazione, da intendersi non in senso generico, ma come espressiva della concezione che la persona ha del proprio corpo in relazione alle cure mediche cui lo stesso è o potrebbe essere sottoposto.

Questa enfasi sull'autodeterminazione fa tutt'uno anche con l'esigenza etica di ri-umanizzazione della morte, che rappresenta la cornice etica, culturale e sociale su cui dovrebbe poggiarsi ogni teoria volta a valorizzare l'autonomia individuale con riferimento al fine vita.

Come chiarito, tra gli altri, da Norbert Elias («La solitudine del morente»), da Paul Ariès («Storia della morte in Occidente») da Geoffrey Gorer («La pornografia della morte»), e in molti scritti da Stefano Rodotà, nel mondo contemporaneo, la morte è oramai inserita in una dimensione disumana, scacciata dalle mura domestiche e dalla comunità degli affetti nel cui ambito si è svolta per millenni. Oggi è relegata nello spazio «pubblico» degli ospedali, al di fuori della dimensione solidaristica dei vincoli comunitari (familiari e di amicizia), finendo per sfuggire persino al controllo del malato, ridotto a mero oggetto di decisioni «tecniche» dell'equipe medica.

La disumanizzazione della morte è diventata una condizione normale nelle nostre metropoli. Non nei piccoli centri⁴, ancorati alle tradizioni antiche, che affrontano la morte come un evento da socializzare (con la famiglia, gli amici, i conoscenti) attraverso rituali tradizionali che servono ad esorcizzare il dolore, favorendone la condivisione con tutta la comunità⁵.

⁴ Quando in un piccolo paese qualcuno muore, la porta di casa della famiglia che ha avuto il lutto resta aperta, in modo da consentire a tutti di entrare liberamente per salutare il defunto e manifestare il proprio dolore; così, si porta cibo a casa del defunto: la notte deve essere vegliato, per accompagnare il passaggio della sua anima dal mondo terreno all'aldilà, perché – secondo le credenze popolari – l'anima del defunto resta ancora fra di noi per qualche tempo, per cui occorre cercare di rendere la separazione da questo mondo la più dolce possibile. Testimonianza di umanità per l'uomo postmoderno delle metropoli e della stessa capacità di resistenza dell'«umano», che riprende il sopravvento non appena ci si allontana dai non luoghi della post modernità, che annichiliscono ogni valore e ogni tradizione.

⁵ Anche la malattia è diventata indicibile come la morte, tanto da non poter essere mostrate in pubblico. La morte di malattia, oggi considerata atroce, nel romanzo «I promessi sposi», era la morte auspicata. Quando i bravi intimoriscono chi aveva loro riferito il nascondiglio di Lucia con l'intento di farli tacere, la loro minaccia consisteva nel chiedere all'interlocutore quanto avesse «cara la speranza di morir di malattia». La morte per malattia si contrapponeva alla morte traumatica. Solo la morte per malattia lascia il tempo al morente di congedarsi consapevolmente dalla vita, e dai suoi cari: solo in questo caso il morente può dominare il processo del morire fino agli ultimi istanti di vita.

La rimozione della morte che viene realizzata nella nostra società è una delle tante manifestazioni della negazione dell'umano. La morte, infatti, è parte della vita, ed in questa ha occupato sempre un ruolo fondamentale. Noi studiamo le società antiche attraverso il culto che esse avevano dei morti. Ciò che conserviamo della società egizia, ad esempio, è soprattutto ciò che è legato al culto dei defunti, che è in grado di descriverci la cultura, la società, l'umanità di quel tempo.

La rimozione della morte è, al contrario, uno degli indici della disumanizzazione della nostra società.

In questa dimensione che oramai può essere definita post-umana, una teoria dell'autonomia individuale deve fare i conti con quanto accade in società, che un tempo avremmo definito avanzate, in cui le procedure di fine vita vengono progressivamente aperte anche a coloro che non si possono genuinamente autodeterminare, come i malati mentali, i minori, o addirittura, offerte dai servizi sociali come «soluzione» per i problemi delle persone disabili che vivono in situazione di difficoltà⁶.

Se questa è la tendenza in corso, ci si incammina su un piano diverso da quello dell'affermazione dell'autonomia individuale sul proprio corpo ed appare difficile allontanare lo spettro evocato dal tristemente noto libro scritto da un giurista, Karl Binding, e da un medico, Alfred Hoche, dal titolo «La liberalizzazione della soppressione della vita senza valore», ad inizio Novecento, in cui si teorizzava la soppressione di vite, indipendentemente dalla loro autodeterminazione, in quanto ritenute inutili per la società.

Una teoria giuridica dell'autodeterminazione non può pertanto permettersi di essere astratta dal contesto storico, politico, economico sociale e culturale del tempo in cui è realizzata, perché il diritto è sempre il prodotto di un conflitto (sia esso materiale o di idee), anche quando, come ai nostri tempi, è solo apparentemente neutralizzato⁷.

Gli studiosi di biodiritto dovrebbero, quindi, dedicare attenzione a tale contesto biopolitico e alla sua sovrastruttura, il biopotere, per orientarsi nell'analisi dei temi centrali del bio-diritto, perché in quest'ambito, oggi ancora più che in passato, diventa sempre più necessario valutare la portata (sociale, politica, economica e culturale) delle teorie giuridiche.

In assenza di questo approfondimento, è complicato affrontare il drammatico problema valoriale che tutte le discipline etichettate nell'ampio contenitore che definiamo bio-diritto pongono.

Se esiste una tendenza del potere, che noi identifichiamo come biopolitica, per cui è la vita stessa (il corpo e il *bios*, la «nuda vita», per dirla con Agamben⁸) anche e soprattutto nei suoi aspetti più intimi e nascosti, ad essere diventato il vero oggetto di «regolazione»⁹, e se questo biopotere è una nuova dirompente forma di governo delle condotte umane, come ci ha insegnato Michel Foucault, cioè il primo insuperato teorico della biopolitica, non si può prescindere da questo orientamento quando si studia il biodiritto.

In altri termini, la teoria giuridica in materia biopolitica non può essere disgiunta dalla stessa biopolitica e inquadrata a partire da questa prospettiva, soprattutto perché la biopolitica, come ce la descrive Michel Foucault¹⁰, è profondamente ambigua, specie se vista dalla prospettiva dell'individuo, oggetto delle sue ambizioni di dominio.

La biopolitica non significa semplicemente che la vita, il corpo, il *bios* sono diventati i nuovi

⁶ G. Menotti, «Anziché l'ascensore le diamo l'entanasia». Paura per i disabili in Canada, Il Foglio, 6 dicembre 2022.

⁷ B. C. Han, Psicopolitica. Il neoliberalismo e le nuove tecniche del potere, Milano, 2016, 14.

⁸ G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino.

⁹ Di regolazione, non di regolamentazione. La regolazione è un'operazione che riguarda un processo meccanico, ad esempio la temperatura, non un processo normativo. Il termine è già una chiave di lettura del processo in corso. La vita delle persone è regolata come fosse una macchina.

¹⁰ M. Foucault, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, I [ed. or.: *La volonté de Savoir*, Parigi, 1976], Roma, 2016.

oggetti su cui si rivolge l'attenzione del potere, ma anche che questa stessa biopolitica persegue degli obiettivi politici (o biopolitici). Scopi propriamente politici, anche se messi in atto attraverso forme nuove di comando che producono reazioni, individuali e collettive, di segno ambivalente.

La biopolitica si presta, infatti, ad una lettura che può essere profondamente contraddittoria, a seconda che la si veda dalla prospettiva del potere o da quella dell'individuo. Quest'ultima prospettiva, poi, non è univoca. Perché l'individuo può aderire spontaneamente alla «regolazione» biopolitica ma si può anche opporre.

Dalla prospettiva dell'autorità, la biopolitica pone a disposizione un nuovo armamentario attraverso il quale può essere esercitato il potere, che non si inquadra più nell'idea classica di governo (intesa come *Government*), per materializzarsi in una rete diffusa e plurale, molto più efficacemente descrivibile con il concetto di *governance*, che finisce per coinvolgere lo stesso individuo nel «governo» dei processi «regolati». Oltre agli strumenti (dal *Government* alla *governance*) e alle forme (dalla regolamentazione alla «regolazione», nozione propria della meccanica), ad essersi modificato è anche lo scopo del potere, che punta al controllo degli aspetti più intimi e segreti del *bios*: è questo il senso profondo del concetto di biopolitica.

La vita è diventata il luogo su cui si concentrano le nuove procedure di potere che hanno come obiettivo il «governo» (spesso nella forma della «spinta gentile», mirante cioè ad ottenere l'adeguamento spontaneo da parte della popolazione¹¹) delle esistenze individuali.

Dalla prospettiva contraria, cioè da quella dell'individuo, gli scopi della bio-politica possono essere più o meno consapevolmente (o solo conformisticamente) accettati, per cui essa si pone come orizzonte in cui è delineato il nuovo destino della vita umana, ma può anche accadere il contrario.

Bio-politica può essere anche la «replica politica»¹², individuale o collettiva, a queste nuove procedure di potere che condizionano gli aspetti più intimi e segreti delle esistenze individuali, trasformandosi così in un movimento di opposizione in favore della liberazione dell'uomo, volto a spezzare le nuove catene che lo attanagliano, che spesso si è autoimposto, perché divenuto inconsapevole soggetto attuatore di un nuovo potente meccanismo di «regolazione» umana.

Questa ambiguità della biopolitica la riscontriamo in tutti i suoi aspetti, anche in quello relativo al fine vita.

Viste dalla prospettiva della persona e della sua autodeterminazione, ci si deve domandare, sempre, se si tratta di pratiche che possono contribuire alla liberazione dell'uomo oppure produrre l'effetto contrario, quello cioè di apprestare nuove e invasive forme di dominio sulla vita, che arrivano a condizionarne anche gli istanti finali.

L'aiuto a morire, pertanto, può essere visto come un momento di liberazione della persona sofferente, persino come l'ultima paradossale forma per ribadire la piena sovranità individuale sul proprio corpo contro una disumana medicalizzazione della vita (consentendo all'individuo di sfuggire alle procedure del bio-potere che pretendono di «regolare» la sua esistenza anche negli aspetti più intimi e fino agli ultimi secondi); ma, queste stesse pratiche, possono, all'opposto, essere lette anche come l'ultimo momento in cui il biopotere afferma la sua completa vittoria sulle esistenze individuali, sino al punto da indurre l'individuo ad

¹¹ C. R. Sunstein, R. H. Thaler, *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Roma, 2014.

¹² M. Foucault, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, cit., 128, scrive efficacemente: «È la vita, molto più del diritto, che è diventata allora la posta in gioco delle lotte politiche, anche se queste si formano attraverso affermazioni di diritto. Il 'diritto' alla vita, al corpo, alla salute, alla felicità, la soddisfazione di bisogni, il 'diritto' a ritrovare, al di là di tutte le oppressioni o 'alienazioni', quel che si è e tutto quel che si può essere, questo 'diritto' così incomprensibile per il sistema giuridico classico, è stato la replica politica a tutte queste nuove procedure di potere che, a loro volta, non partecipano del diritto tradizionale della sovranità».

abbandonare un'esistenza non più coerente con le esigenze sociali, economiche e politiche di cui il biopotere stesso si è fatto interprete.

Il diritto di morire, di cui si tratta nel libro, si colloca, pertanto, su un impervio crinale al confine tra la disumanizzazione della morte e la sua riconduzione alla perduta condizione umana, che può essere recuperata attraverso la protezione giuridica di un'autodeterminazione che sia davvero autentica, anche con riferimento ai momenti finali della vita.

Il giurista, per darne una valutazione esaustiva, non può lasciare sotto traccia la carica di ambiguità che emana da queste pratiche ed esimersi dal dovere di inquadrarle in una più ampia prospettiva.

Come osservato, infatti, esse possono assumere, a seconda delle differenti letture, dei diversi contesti e, in particolar modo, dei differenti presupposti giuridici su cui si fondano, il significato di pratiche volte a condizionare l'individuo fino al letto di morte, oppure, al contrario, assolvere la funzione di riportarlo, assieme alla sua comunità di affetti, al centro del processo del morire, umanizzando nuovamente la morte.

Ed è proprio quest'ultima la cornice di senso – la garanzia del pieno dominio dell'autonomia dell'individuo sul suo corpo e sulla vita, fino agli ultimi istanti –, in grado di fornire all'autodeterminazione individuale con riferimento alle cure una protezione adeguata per metterla al riparo da ogni forma di condizionamento (sia esso politico, sociale od economico), entro cui si colloca la teoria dell'autodeterminazione terapeutica come «fondamentale diritto» della persona umana che sostengo nel libro, di cui il processo del fine vita è soltanto una particolare declinazione.

RECENSIONE A A.L. TARASCO E R. MICCÙ (A CURA DI), *IL PATRIMONIO CULTURALE E LE SUE IMMAGINI. DIRITTO, GESTIONE E NUOVE TECNOLOGIE*, NAPOLI, EDITORIALE SCIENTIFICA, 2022

di Azzurra Baggieri*

9

«Il patrimonio culturale e le sue immagini. Diritto, gestione e nuove tecnologie», è l'opera collettanea contenente gli interventi svolti durante il Convegno organizzato dal Dipartimento di Economia e Diritto della Sapienza Università di Roma e dalla Società italiana per l'ingegneria culturale su «L'utilizzazione economica delle immagini del patrimonio culturale», tenutosi presso la Facoltà di Economia dell'Università «La Sapienza» in data 18 giugno 2022. A ben vedere, però non si tratta di una mera raccolta degli atti del Convegno, ma piuttosto di un testo aggiornato sui più recenti sviluppi giuridici e tecnologici in materia di valorizzazione economica dei beni culturali e, più in particolare, sul fondamentale ruolo che, in tale ambito, possono rivestire le immagini del patrimonio culturale.

Tuttavia, ai fini di una corretta presentazione del volume, può essere utile fornire alcune preliminari informazioni sulla Società italiana per l'ingegneria culturale (in acronimo SIC), così come presentata da Antonio Leo Tarasco e da Francesco Gilioli, rispettivamente Presidente e Vicepresidente, nell'introduzione «SIC sed non simpliciter: le immagini del patrimonio culturale tra mitologie pauperistiche e obblighi costituzionali».

L'Associazione, nata nell'ottobre 2020, ha come scopo quello di contribuire ad animare la discussione scientifica sulla valorizzazione economica del patrimonio culturale italiano, muovendo dal presupposto che questo non consista per il nostro Paese in ricchezza solo sotto il profilo immateriale per il progresso e l'identità di un popolo, ma anche sotto il profilo materiale come complesso di beni dotato di un proprio valore economico intrinseco e dunque potenzialmente in grado di generare profitto.

Ciò non in contrapposizione, ma anzi nel rispetto dei principi costituzionali della tutela del patrimonio culturale (art. 9 Cost.) del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e del vincolo dell'equilibrio dei bilanci e della sostenibilità del debito pubblico (art. 81 Cost.).

Nel solco di tali riflessioni si inserisce, quindi, l'organizzazione del Convegno e la successiva pubblicazione degli atti sul tema dell'utilizzazione economica delle immagini dei beni culturali, nell'intento di creare e tenere traccia degli sviluppi e dei risultati di un percorso che, prima ancora di assumere i connotati giuridici o tecnologici, muove le sue mosse da una concezione di tipo culturale.

Precisato il contesto e volendo guardare il testo nella sua struttura, si nota come la eterogeneità dei relatori chiamati ad intervenire (costituzionalisti, amministrativisti, canonisti, comunitaristi, storici dell'economia, esperti di diritto dell'economia, professionisti del settore tra cui direttori di musei, funzionari, aziendalisti ed esperti di proprietà intellettuale) sia stata

* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Università di Roma La Sapienza.

determinante per la raccolta di differenti punti di vista tutti necessari per affrontare un tema così complesso.

E proprio il coinvolgimento di professionalità così diverse, da cui deriva (basti scorrere i titoli degli interventi nell'indice in *incipit*) la eterogeneità del pensiero espresso, secondo un approccio pluralista e critico, conferisce a questa pubblicazione alta dignità scientifica.

Il volume, pertanto, svolge le dissertazioni sviluppate verbalmente durante il Convegno fornendo dapprima nozioni di carattere storico e giuridico per poi arrivare ad illustrare i più recenti sviluppi in campo tecnologico (digitalizzazione dei beni culturali e *blockchain*) assicurando il dialogo tra i contributi.

Venendo al contenuto, il primo intervento intitolato «Fotografie e musei una storia di quasi due secoli» a cura di Paolo Giulierini, Direttore del Museo Archeologico Nazionale di Napoli, ripercorre le tappe salienti della storia delle immagini dei beni culturali dalle origini fino ai nostri giorni evidenziando come in Italia solo con la Legge Ronchey (legge n. 4 del 14 gennaio 1993) il legislatore abbia per la prima volta considerato, anche se in chiave di mero controllo, la gestione dei servizi aggiuntivi da parte dei privati con conseguenti vantaggi economici (anche se minimi e derivanti dai soli siti di grande fama come Colosseo, Uffizi e scavi di Pompei) anche per il settore pubblico.

Con l'avvento dell'autonomia dei musei del 2014 (d.p.c.m. 29 agosto 2014, n. 171) le direzioni museali sono state poi dotate, continua il relatore, degli strumenti operativi utili per renderle parte attiva in un processo economico in cui fino ad allora avevano rivestito un ruolo di mero controllo, diventando soggetti con capacità progettuale, dotati di autonomia scientifica, finanziaria, contabile e organizzativa.

La relazione del Direttore, portando ad esempio l'esperienza del MANN, propone, quindi, di completare le campagne fotografiche scientifiche per una mappatura integrale del patrimonio esistente, procedere con la digitalizzazione delle lastre fotografiche storiche, delle fotografie degli archivi per poi riversare sulla rete, in una forma snella, tali contenuti avendo come principio fondante quello di fornire OPEN Data, quindi un servizio culturale accessibile a livello globale.

Considerando questo il presupposto per creare infinite possibilità, connessioni per confronti culturali, richieste di studio ma anche proposte di organizzazioni di eventi, mostre, con ulteriori profitti a livello economico.

La registrazione del marchio del Museo, suggerisce, infine, il Direttore risponderebbe a una duplice esigenza: da una parte quella di controllare la circolazione di immagini non direttamente provenienti dal Museo stesso e dall'altra quella di garantire al consumatore lo spessore scientifico e la qualità artistica del prodotto certificato dal marchio.

Per gestire un tale processo occorrono anche esperti in *marketing* e accordi commerciali, un esperto di proprietà dei diritti esternalizzando in una prima fase quelle competenze che non si posseggono, ma mirando alla progressiva formazione interna.

La relazione del Direttore del MANN si pone in dialogo con il contributo di Daniela Savy, Docente di Diritto europeo dei beni culturali presso Università degli Studi di Napoli Federico II, dal titolo «La disciplina europea e nazionale a tutela delle immagini: il caso del MANN e il regime contrattuale» ove l'autrice, dopo aver analizzato il quadro normativo vigente (anche a seguito del recepimento da parte del legislatore italiano delle recenti direttive europee in punto di liberalizzazione dell'uso delle immagini), ammette l'utilizzo economico del patrimonio culturale anche in virtù dell'art. 10 della Convenzione di Faro rubricato «Eredità culturale e attività economica» nell'ottica della partecipazione finalizzata alla crescita economica, culturale e sociale dei Paesi che vi hanno aderito e tra i quali figura l'Italia.

E proprio partendo da tale assunto, svolge una specifica riflessione sulla strategia giuridica del MANN per l'utilizzo delle immagini e dei marchi registrati nelle mostre internazionali.

Infatti, il MANN, fin dalla sua istituzione come Museo dotato di autonomia speciale grazie alla Riforma Franceschini del 2014, ha avviato la valorizzazione delle sue collezioni attraverso gli scambi di opere e l'organizzazione di mostre nel rispetto delle prescrizioni della suddetta Riforma ed in linea con diverse convenzioni Unesco a livello internazionale.

Tra tutte basti ricordare il secondo Considerando della Convenzione Unesco del 1970 che incentiva «lo scambio dei beni culturali tra le nazioni con fini scientifici, culturali ed educativi approfondisce la conoscenza della civilizzazione umana, arricchisce la vita culturale di tutti i popoli e fa nascere il rispetto e la stima reciproci fra le nazioni».

Sulla scia di tale impulso, il MANN ha, pertanto, provveduto a ideare e registrare a livello internazionale marchi che fossero identificativi dell'istituzione museale da dare in concessione allorché, nell'ambito degli scambi internazionali e dei prestiti si realizzassero all'estero produzioni multimediali o merchandising legati alle mostre allestite con i beni culturali di sua appartenenza.

Ciò al precipuo scopo di sfruttare le immagini per fini economici di valorizzazione. E, infatti, precisa la relatrice, atteso il primato del Museo in qualità di prestatore d'opere e di scambi culturali con tutti i continenti (Cina, Giappone, USA e Russia), negli accordi con gli altri musei internazionali vengono inserite disposizioni apposite sull'uso del marchio e delle immagini per il *merchandising* dietro corrispettivo di *royalties* calcolate in percentuale sulle vendite dei prodotti o sulla realizzazione e fruizione dei prodotti multimediali.

Il tutto con inevitabili effetti positivi sull'immagine di un'istituzione museale che, anche a livello internazionale, punta sulla sua reputazione, ponendosi in dialogo con istituti altrettanto prestigiosi.

Dal titolo «Innovazione cultura e immagini: come è cambiato il concetto di Heritage nel corso del tempo» l'intervento di Donatella Strangio, Professore ordinario di Storia economica, Facoltà di Economia, Sapienza Università di Roma, Dipartimento Metodi e Modelli per l'Economia il Territorio e la Finanza, che valorizza il ruolo dell'innovazione nell'ambito della valorizzazione economica dei beni culturali.

Questo contributo ha il pregio di introdurre, sotto il profilo della scienza economica, le riflessioni svolte dai successivi relatori circa i vantaggi della tecnologia nella produzione e commercializzazione di immagini fotografiche. Partendo dal presupposto che autorevoli studi economici hanno già ampiamente dimostrato come il cambiamento tecnologico sia fattore indispensabile per lo sviluppo economico, la relatrice sottolinea come qualsiasi conoscenza tecnologica, anche quando divenuta di pubblico dominio, richiede, per ottenere risultati apprezzabili, notevoli abilità da parte di chi intende utilizzarla. La relazione della Professoressa considera (come confermato da diversi altri relatori coinvolti) cioè imprescindibile il coinvolgimento nel processo teso alla valorizzazione economica del patrimonio culturale di specifiche professionalità.

D'altronde, conclude la relatrice, la tecnologia digitale nel campo dei beni culturali non rappresenterebbe solo uno strumento nuovo per esplorare o consumare il patrimonio culturale con i conseguenti introiti per l'amministrazione, ma aiuterebbe questa negli sforzi di conservazione. Infatti, di fronte ai rischi che i beni culturali corrono, inevitabilmente connessi con la loro materialità (pensiamo ai danneggiamenti ad opera dei turisti o alla luce necessaria per esporli), la soluzione potrebbe essere proprio offerta dalla tecnologia e dall'uso delle immagini.

Il volume prosegue con un saggio del Prof. Roberto Miccù, Ordinario di Istituzioni di diritto

pubblico presso il Dipartimento di Economia e Diritto dell'Università di Roma «La Sapienza» e co-organizzatore del Convegno, dal titolo Valorizzazione del patrimonio culturale, gestione sostenibile e Costituzione» al quale si deve una lettura sistematica delle disposizioni costituzionali di riferimento per la materia in questione.

Nel suo intervento il Professore dapprima esamina il ruolo svolto dal patrimonio culturale nazionale, sin dall'epoca preunitaria, per costruire e rinsaldare l'identità civica, successivamente compie lo sforzo di trovare una matrice comune tra Costituzione economica e Costituzione culturale rintracciandola nel principio della solidarietà e nei diritti della persona.

Non a caso, precisa il Professore, i diritti economici e i diritti culturali conoscono il medesimo retroterra offerto dal principio dell'uguaglianza in senso sostanziale e dal principio personalistico a tutela dei diritti inviolabili, a loro volta derivati dal fondamento valoriale della dignità umana.

Nella parte dedicata alla «valorizzazione dei beni culturali fra Stato, privati e mercato» il Professore registra due diverse e contrapposte visioni: da una parte la valorizzazione come incremento delle condizioni di fruizione collettiva, e quindi di godimento pubblico del bene in diretta applicazione delle finalità dettate dall'art. 9, c. 1, Cost. e dall'altra la valorizzazione strettamente connessa all'assicurazione di maggiori entrate finanziarie derivate dai beni culturali sul presupposto di una concezione del settore culturale come insieme di beni e rapporti economicamente qualificabili quale fonte di profitto e dunque a diretta rilevanza erariale.

Il Professore suggerisce, invece, una discussione sulla messa a valore economico del patrimonio culturale a partire dalla disamina dei principi costituzionali che regolano la materia.

Dunque, fermo restando che il «bene di cultura» non possa essere inteso come una qualsiasi merce destinata a produrre reddito, non sembrerebbero esservi in Costituzione ostacoli ad incrementare la qualità economica del patrimonio culturale.

Ed anzi, precisa il Professore, l'idea di valorizzazione ammessa dalla nostra Costituzione (art. 117, c. 2, Cost.) è anche tesa a realizzare una sempre maggiore fruizione pubblica, in funzione dello sviluppo culturale affermato nei principi fondamentali della Carta costituzionale medesima.

D'altronde, anche guardando alla legislazione vigente in materia, ovvero al Codice dei beni culturali, diversi sono gli strumenti a disposizione sia delle pubbliche amministrazioni che dei soggetti terzi (privati) per considerare il valore economico del patrimonio culturale. Si pensi agli strumenti della sponsorizzazione, alle forme di gestione indiretta tramite concessione a soggetti terzi delle attività di valorizzazione, alle erogazioni compiute per spirito di liberalità e agli accordi di partenariato fra soggetti pubblici e privati (*public private partnership*).

E non basta, perché il fatto che l'ordinamento conosca già da tempo il coinvolgimento dei privati nella fornitura di beni e servizi di interesse culturale, capace di combinare utilità economica e interesse collettivo, è confermato dal fatto che oggi possono già valutarsi i risultati raggiunti grazie a tali istituti. Il Professore offre, quindi, a chiusura del suo intervento, alcune considerazioni critiche sull'utilizzo della sponsorizzazione - che finisce col privilegiare i grandi eventi e beni culturali visibili in un paese come il nostro che registra una diffusione capillare del patrimonio a livello territoriale - così come meritevoli di attenzione critica sono anche le esperienze ormai pluridecennali delle erogazioni liberali (o mecenatismo) che si esauriscono nell'elargizione finanziaria come sostegno al patrimonio culturale da parte di un soggetto e alle quali non fa seguito, alcun ritorno se non quello di natura morale o personale.

Con occhio favorevole viene invece valutato *l'art bonus* ovvero il significativo beneficio fiscale con previsione di credito d'imposta del 65% della somma erogata, introdotto dalla legge 106/2014 e il cui primo bilancio appare dall'analisi del Professore, molto positivo. A due anni dall'entrata in vigore erano già stati, infatti, acquisiti 180 milioni di euro nella gran parte, circa 88 milioni, derivati da imprese private e che si sono tradotti in 1400 interventi, principalmente di restauro, localizzati su tutto il territorio nazionale.

Pur rimanendo sul dettato costituzionale, la trattazione diventa, quindi, matura per affrontare con il Prof. Giulio M. Salerno, ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università di Macerata, il tema da un altro punto di vista ancora, ovvero sotto il profilo della ripartizione delle competenze (tutela e valorizzazione del patrimonio culturale) tra Stato e Regioni.

Nel contributo «I beni culturali tra Stato e Regioni: alcune riflessioni sui profili di ordine costituzionale» il Professore sposta, quindi, l'attenzione sul titolo V della Costituzione.

L'autore non si limita ad affrontare il sistema delle competenze con analisi dell'art. 117, cc. 2 e 3, della Costituzione, così come riformulati a seguito della legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001 (e dunque tutela del patrimonio culturale, materia assegnata alla competenza esclusiva dello Stato e valorizzazione del patrimonio culturale, materia a competenza concorrente tra Stato e Regioni), ma offre una panoramica più complessa delle suddette sfere competenziali, specificando come per queste si debba parlare di confini flessibili e dinamici piuttosto che rigidi e statici.

Ciò appare tanto vero se solo si consideri che la distinzione tra «tutela» e «valorizzazione» non riesce a coprire l'intera gamma di quelle funzioni pubbliche concernenti i beni culturali che sono espressamente indicate dalla legislazione statale vigente. Ne consegue una grande incertezza circa la collocazione di quelle stesse funzioni pubbliche che non sono esattamente e direttamente riconducibili né alla tutela né alla valorizzazione dei beni culturali.

Ed è proprio per tali ragioni che, con la revisione costituzionale del 2001, se da un lato è stata prevista per la materia della tutela del patrimonio culturale l'assegnazione alla competenza esclusiva legislativa dello Stato, dall'altro sono stati considerati processi decisionali che vedono la compartecipazione fra Stato e Regioni per attuare la tutela stessa (art. 118, c. 3 Cost.).

Ma vi è di più. Le già menzionate materie, infatti, possono essere oggetto di attribuzione di forme e condizioni ulteriori di autonomia ai sensi dell'art. 116, c. 3 Cost. Secondo tale disposizione, infatti, ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia concernenti specifiche materie, tra cui quella della tutela dei beni culturali, possono essere attribuite alle Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata. Con il risultato che quei compiti e quelle funzioni che sono, adesso, di spettanza statale potrebbero non rimanere tali e omogenee in futuro sull'intero territorio nazionale. Ciò a conferma della connotazione dinamica ed evolutiva dei confini delle due predette materie, tutela e valorizzazione incidenti sui medesimi beni.

L'autore poi conclude con alcune valutazioni circa la sostenibilità economica degli interventi pubblici rivolti a perseguire le finalità di valorizzazione dei beni culturali nell'ottica dell'«Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile». Ebbene, secondo questa prospettiva, la sostenibilità economica degli interventi in questione andrebbe perseguita nel rispetto di un sistema integrato di principi tutti costituzionalmente previsti e cioè: principio di legalità (art. 97 Cost.), promozione e sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica, tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione (art. 9 Cost.), libero svolgimento della personalità e la rimozione degli ostacoli che ostacolano «il pieno sviluppo della persona umana» (artt. 2 e 3), libertà di iniziativa economica e relativi limiti (art. 41), il principio di

equilibrio nel bilancio dello Stato, nei bilanci di ogni pubblica amministrazione e nei bilanci degli enti territoriali, circa la sostenibilità del debito pubblico, e circa l'autonomia finanziaria di entrata e di spesa degli enti territoriali (artt. 81, 97, c. 1, e 119).

Esaurita la trattazione dei profili costituzionali, il contributo della Dott.ssa Ilde Forgiione dal titolo «La discrezionalità nella concessione in uso dei beni culturali: il bilanciamento tra esigenze di tutela, valorizzazione e interessi economici nell'uso strumentale e precario» si occupa di analizzare con quale scopo ed entro quali limiti è esercitabile il potere discrezionale della pubblica amministrazione nel concedere l'uso individuale dei beni culturali.

Pertanto, l'autrice esaminando in dettaglio le disposizioni di riferimento, ovvero gli artt. 106, 107 e 108 del Codice dei beni culturali, afferma che, sia nella valutazione dell'*an* (ovvero circa la compatibilità dell'uso individuale con la destinazione culturale del bene), sia con riferimento alla determinazione del *quantum* del canone concessorio, sussistono ampi profili discrezionali dell'Amministrazione.

Il potere discrezionale si giustifica alla luce delle valutazioni così specifiche che di volta in volta l'Amministrazione è tenuta ad effettuare al variare delle attività proposte e delle qualità personali del soggetto richiedente, tra cui devono essere considerate la serietà e l'affidabilità. Occorre anche considerare, non manca di sottolineare l'autrice, che sebbene il legislatore, non indichi dei criteri utili ad orientare il soggetto pubblico nella valutazione, alcune amministrazioni hanno individuato criteri standard o forme di auto vincolo con riferimento agli obblighi e alle modalità di svolgimento delle prestazioni (uso di spazi per eventi o riprese fotografiche/filmate). Tali vincoli ammettono la concessione in uso a patto che le attività avvengano sotto la vigilanza di personale ministeriale, dietro sottoscrizione di una polizza assicurativa a copertura dei danni a opere, persone, spazi e con l'obbligo per il soggetto concessionario di pulire e tenere in ordine i locali in uso con ripristino dei luoghi nello *status quo ante*.

Con specifico riferimento poi alle riproduzioni dei beni culturali tali profili emergono con maggiore problematicità in quanto il bene culturale, considerato nella sua immaterialità, possiede un suo concreto valore e per tale ragione assume un autonomo rilievo. Pertanto, maggiormente complesso risulta il contemperamento delle contrapposte esigenze: da una parte la tutela dell'immagine e il decoro dei beni, dall'altra la valorizzazione culturale ed economica dei medesimi.

Tuttavia, ciò che secondo l'autrice andrebbe evitato (pur ammettendo le difficoltà nel perseguire gli abusi data la globalizzazione contemporanea) è proprio l'illegittimo sfruttamento commerciale delle immagini dei beni culturali con campagne pubblicitarie, promozione di marchi, di servizi e di prodotti secondo usi inappropriati rispetto al decoro e alla dignità dei beni medesimi.

Pertanto, ciò che andrebbe combattuto è proprio «l'atteggiamento parassitario volto a sfruttare l'opera d'arte per migliorare la propria percezione sul mercato senza alcuno sforzo imprenditoriale».

In tale ottica assume importante rilievo la valutazione di compatibilità del concreto utilizzo dell'immagine così approfondita da includere la preventiva approvazione del *layout* dell'immagine elaborata.

Ma non bastano le valutazioni nell'*an* della concessione. Nell'ottica dello sviluppo economico dei beni culturali, occorre anche considerare, a fronte del vantaggio del privato nel vedere le proprie attività valorizzate dall'immagine del bene culturale richiesta, la corresponsione di un canone, tema a cui l'autrice dedica un apposito paragrafo della sua relazione.

La determinazione del *quantum* del canone concessorio avviene dopo una valutazione

tecnico-discrezionale da parte dell'amministrazione che va compiuta caso per caso considerando vari profili, tra cui la redditività del patrimonio culturale, la prevenzione della corruzione (concessioni accordate a prezzi troppo bassi possono essere indici di accordi illeciti), la promozione del patrimonio.

La disposizione di riferimento è l'art. 108 del Codice che al primo comma elenca i criteri da seguire per individuare la misura del canone avendo riguardo all'uso, al tipo, alla destinazione e ai benefici economici che derivano al richiedente per quanto riguarda le riproduzioni.

In relazione a questi, l'autrice rileva che, per la loro genericità, nella prassi delle singole amministrazioni sono sorti dei tariffari ovvero ipotesi di canoni minimi per l'uso e per la riproduzione dei beni, potendo in ogni caso le determinazioni variare di volta in volta a seconda della peculiarità della richiesta.

Esaurite le riflessioni in punto di discrezionalità in capo alla Pubblica Amministrazione nel concedere l'uso delle immagini e a quale prezzo, il Volume affronta il tema del recepimento delle Direttive UE sul riutilizzo dei dati pubblici e sul diritto d'autore e l'uso delle immagini dei beni culturali su cui diversi, tra i relatori coinvolti, hanno svolto le loro riflessioni e segnatamente Francesco Gilioli, Antonio Leo Tarasco e Daniela Savy.

In particolare, gli autori si soffermano sul contenuto del d.lgs. n. 177/2021 di attuazione della direttiva 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale accogliendo con favore la scelta operata dal legislatore italiano di non procedere ad una liberalizzazione incondizionata del patrimonio digitale dei beni culturali.

Il d. lgs. n. 177/2021 inserisce infatti nella legge sul diritto d'autore, n. 633/1941 l'art. 32-*quater* ai sensi del quale rimangono ferme le disposizioni in materia di riproduzione di cui al Codice dei beni culturali, ivi incluse quelle relative alla discrezionalità della valutazione sul se concedere l'uso e sulla misura del canone da richiedere.

Pertanto, a fronte del forte impulso proveniente dalla normativa di matrice europea a liberalizzare la circolazione delle immagini del patrimonio culturale in tutti gli Stati membri, in Italia si è ritenuto più opportuno mantenere il doppio binario per l'uso delle immagini: l'uno che prevede sin dal 2014 che sia liberamente utilizzabile l'immagine dei beni per uso personale, di studio, ricerca, libera manifestazione del pensiero (ex art. 108 del Codice), l'altro che prevede la corresponsione di un corrispettivo, valutato discrezionalmente dall'amministrazione nel *quantum*, per l'uso che implichi fini commerciali.

Il sistema di norme così delineato risponde alla duplice esigenza di rendere liberamente fruibile le immagini del patrimonio culturale per uso personale e ciò in ossequio a quanto detto in apertura del volume ovvero per contribuire a creare identità collettiva, e al contempo di perseguire le finalità di controllo nella circolazione delle stesse riproduzioni tramite gli strumenti ampliativi della sfera giuridica del singolo ovvero autorizzazioni e concessioni.

D'altronde, ed è questo lo spirito che permea tutta l'opera collettanea in commento, le entrate derivanti dai canoni e dei corrispettivi rappresentano un valido mezzo per sostenere gli interventi di tutela, recupero del patrimonio e per incrementare il livello di fruizione pubblica. Passando ad analizzare il contributo di Gianfranco Trovatore, Responsabile dell'Ufficio studi giuridici della Consob, dal titolo «L'opera d'arte e il suo valore nell'epoca della blockchain» si arriva alla seconda parte del libro tesa ad indagare il fenomeno della *blockchain* in ambito patrimonio culturale.

Per *blockchain* si intende una recente tecnica digitale, sempre più diffusa nel settore artistico, basata su un registro distribuito e per mezzo della quale, con considerevole abbattimento dei costi (rispetto alle più tradizionali forme di circolazione dei diritti inerenti ai beni culturali),

si possono trasferire diritti sulla *res* culturale.

Trattandosi di una tipologia di contratto derivato un esempio di *blockchain* su un'opera d'arte è quello con il quale il collezionista acquista non già il manufatto artistico, bensì la facoltà di acquistarlo in un momento successivo dietro corresponsione di una somma di danaro. Si tratta di un contratto derivato in quanto ad essere compravenduto non è la *res* in quanto tale, ma il diritto ad acquistarla ad un determinato prezzo.

In altre parole, ed è in questo che risiede la dimensione finanziaria dell'investimento, le parti, venditore e acquirente scommettono, con speranze di segno opposto, sull'andamento nel tempo del valore dell'opera d'arte.

In relazione poi allo specifico settore del mercato dei beni culturali, in primo luogo la *tokenizzazione* funge da attestazione dell'autenticità dell'opera fornendo informazioni certificate circa l'attribuzione e la provenienza della stessa sostituendosi alla documentazione che, ai sensi dell'art. 64 del Codice dei beni culturali, va consegnata all'acquirente.

Anche se le maggiori potenzialità dei NFT possono esprimersi appieno quando l'opera, su cui opera la *tokenizzazione*, è nativa digitale: in tale fattispecie la *blockchain* permette di tenere traccia e rendere autonomi dall'opera originale i successivi interventi alla stessa apportati anche da soggetti diversi a ciò autorizzati (tra cui l'acquirente) portando alla creazione di più opere originali, tutte autonome l'una dall'altra (da qui il carattere dell'infungibilità).

In particolare, poi, il relatore Eike D. Schmidt, Direttore delle Gallerie degli Uffizi di Firenze, nel suo contributo «Prospettive per la valorizzazione di riproduzioni digitali di beni artistici dopo l'inverno crittografico» nel parlare di *Crypto winter* fa presente che, come tutti i mercati finanziari, la *crypto* arte è soggetta ad andamenti ciclici e rileva quanto il *minting*, ovvero la creazione delle registrazioni, sia in totale contrasto con la crisi energetica oltre che con la crisi climatica ed ecologica a livello planetario.

Tuttavia, nonostante gli aspetti negativi sopra enucleati, è inverosimile, continua l'autore, che la *blockchain* smetta di attrarre sviluppatori e investitori. Ed anzi per specifici settori, come quello del commercio di beni immateriali su piattaforme a mastro crittografato, possono scorgersi delle proficue possibilità per la riproduzione di beni artistici presenti nelle collezioni museali.

L'autore sgombra il campo da qualsiasi discussione circa una presunta svalutazione o svendita del patrimonio artistico a causa della sua offerta sul mercato della *blockchain*. Ciò in quanto non sussiste alcuna relazione intrinsecamente privilegiata tra un'opera originale, fisicamente presente in un Museo o in una collezione e una qualsiasi copia presente in un *Wallet NET*. Pertanto, l'unica via per rendere la copia digitale più attraente rispetto all'opera materiale è quella di «superare il concetto di 'mera' copia introducendo elementi di novità, di sorprese e di creatività».

Dunque, si prevede che, in tale nascente nuovo mercato dell'arte dominato dalle opere native digitali registrate crittograficamente, svolgeranno un ruolo fondamentale le reinterpretazioni che gli artisti e grafici contemporanei sapranno fare proprie intercettando tecniche e linguaggi originali.

Da tutti i contributi presenti nel Volume emergono molti spunti interessanti e attuali su ipotesi concrete tese a salvaguardare l'integrità del patrimonio culturale e al contempo migliorare la gestione dello stesso nel rispetto dei principi di buon andamento, sostenibilità del debito pubblico ed equilibrio dei bilanci, tutti costituzionalmente previsti.

A fronte della carenza nell'ordinamento italiano di una disciplina coerente e sistematica circa lo sfruttamento economico delle immagini legate al patrimonio culturale e alle numerose questioni irrisolte a livello ministeriale, così come di prassi nell'attuale sistema museale, i

contributi che compongono il Volume cercano di tracciare vie percorribili nel rispetto della Costituzione, della legislazione vigente, delle disposizioni di matrice europea e delle Convenzioni internazionali.

Particolare attenzione viene riservata sia al ruolo che la più recente evoluzione tecnologica può giocare nel percorso tracciato verso l'utilizzazione economica dei beni culturali e sia al recepimento che il legislatore italiano (con d.lgs. n. 177/2021) ha attuato della Direttiva europea 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale. Ciò a dimostrazione del fatto che parte della dottrina, superato il dilemma pubblico/privato nelle attività inerenti la tutela, la valorizzazione e l'annessa generazione di profitto, guarda a soluzioni tese a sviluppare il valore economico del patrimonio culturale, non avvilendo, ma anzi aumentando il valore spirituale dello stesso, in sintonia con il dettato costituzionale.

POTENZIALITÀ E CRITICITÀ DEL SISTEMA NAZIONALE DI CERTIFICAZIONE DELLA PARITÀ DI GENERE*

FOCUS SULLA SUA APPLICAZIONE AL SETTORE DEI CONTRATTI PUBBLICI

di Elina Anfuso** e Matteo Vecchi***

Sommario. 1. Premessa. – 2. Analisi del fenomeno, possibili soluzioni e trauma pandemico. – 3. La parità di genere a confronto: il dibattito in Assemblea costituente e il PNRR. – 4. Il Codice delle pari opportunità dopo l'intervento della legge Gribaudo. – 5. Il sistema nazionale di certificazione della parità di genere. – 6. La prassi di riferimento: la parità di genere diventa un valore aziendale. – 7. La promozione delle pari opportunità nel settore dei contratti pubblici. 8. Considerazioni conclusive.

18

1. Premessa. Il presente elaborato intende soffermarsi sulle potenzialità e sulle criticità del sistema nazionale di certificazione della parità di genere, entrato in vigore in Italia il 1° gennaio 2022.

Senza soffermarsi troppo sulla disciplina sovranazionale da cui il sistema di certificazione della parità di genere prende le mosse¹, si vuole concentrare l'attenzione sugli incentivi e sulle premialità previste dal legislatore, in particolare nel settore dei contratti pubblici (di recente interessato da un'importante riforma volta a semplificare e razionalizzare la disciplina vigente), oltre che sulle sfide poste da una misura che, laddove non accompagnata da un radicale cambiamento socio-culturale (da attuare in via prioritaria per il tramite di politiche di coesione sociale riguardanti l'istruzione, la formazione e il mercato del lavoro), rischia, da un lato, di apparire come la soluzione di facciata a un problema che andrebbe, invece, affrontato mediante la revisione del sistema normativo nel suo complesso e, dall'altro, di addossare esclusivamente sulle imprese il compito di ridurre le disuguaglianze di genere, sollevando lo Stato da qualsiasi forma di responsabilità in merito.

Allo stesso tempo, si cercherà di mettere in luce come anche quest'ultimo passo avanti nel lungo e accidentato percorso verso la piena e assoluta realizzazione del principio di uguaglianza di genere² sia stato generato non dall'esigenza di assicurare pari opportunità alla

* *Sottoposto a referaggio*. Il contributo è frutto delle riflessioni congiunte dei due Autori. Tuttavia, i paragrafi 1, 4, 5, 6 e 7 sono stati redatti da Elina Anfuso, mentre i paragrafi 2, 3 e 8 sono stati redatti da Matteo Vecchi.

** Avvocata del Foro di Roma.

*** Dottore in Giurisprudenza – Università di Roma LUMSA.

¹ Si fa riferimento allo Strumento per la Ripresa denominato *Next Generation EU* (NGEU), istituito dall'Unione europea con reg. UE n. 2020/2094, e al Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza, istituito con reg. UE n. 2021/241 (c.d. regolamento RRF), che del programma NGEU costituisce la principale componente. A livello nazionale la gestione dei fondi erogati nell'ambito del NGEU avviene per mezzo del Piano Nazionale per la Ripresa e la Resilienza (PNRR), approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio del 13 luglio 2021.

² La Costituzione italiana nasce paritaria, come dimostra sia la formulazione dell'art. 3 Cost., che sancisce espressamente il principio di uguaglianza «senza distinzione di sesso», sia la formulazione dell'art. 51 Cost. (pari opportunità nell'accesso ai pubblici uffici), che dell'art. 3 Cost. costituisce specificazione e conferma, come precisato dalla Corte costituzionale con la storica sent. n. 33/1960 (caso Rosa Oliva). La democrazia paritaria voluta dalle Madri e dai Padri costituenti, tuttavia, non si è ancora realizzata e ciò non soltanto perché la

donna in quanto tale, quale essere umano dotato degli stessi diritti (e degli stessi doveri) di un uomo, bensì dall'urgenza di riparare i danni economici causati dalla pandemia, coinvolgendo ogni risorsa disponibile e, dunque, anche le donne.

2. Analisi del fenomeno, possibili soluzioni e trauma pandemico. La diffusione del virus Covid-19 ha avuto un impatto significativo sulle donne di tutto il mondo, aggravando le disparità che le stesse affrontano quotidianamente in casa e sul luogo di lavoro. L'occupazione femminile è stata immediatamente colpita dalla pandemia.

I dati mostrano che una donna su quattro, a fronte del dato maschile di uno su cinque, pensa o ha pensato di lasciare il lavoro o, quantomeno, di cambiare carriera³.

Sebbene siano state colpite tutte le donne, sono state le lavoratrici madri a incontrare gli ostacoli maggiori. L'emergenza sanitaria, infatti, ha aumentato la tendenza all'automazione e alla digitalizzazione, rendendo l'ingresso nel mondo del lavoro e la conservazione del posto molto più difficile.

Al termine della pandemia, il percorso delle donne verso il rientro e il reinserimento lavorativo è stato ostacolato dalla loro necessità di riqualificarsi prima ancora che dall'esigenza di trovare nuove opzioni professionali. Basti pensare già solo alla «settorializzazione» dei mestieri, che impedisce alle donne di accedere a determinati settori, tipicamente «maschili».

Bisogna ricordare che quando si parla di «settorializzazione» del lavoro femminile ci si riferisce soprattutto all'occupazione complessiva delle donne, largamente sottorappresentate in settori specifici, come quello tecnico-meccanico, quello edile o, più generalmente, qualsiasi settore scientifico. Per quanto riguarda le industrie, invece, il numero di donne occupate supera quello degli uomini nei servizi domestici, nell'istruzione e nel complesso delle industrie della cura e dell'assistenza.

Una situazione di crisi analoga a quella odierna fu innescata nel 2008 dal crollo del mercato finanziario statunitense in seguito alla crisi dei mutui *subprime*⁴, i cui effetti colpirono i mercati

Costituzione, benché pensata da donne e uomini, sia poi stata in concreto attuata da soli uomini, ma anche perché la lente con la quale per anni è stata interpretata – e ancora oggi, in parte, continua a essere letta – è quella maschile, magari anche inconsciamente tendente a depotenziare i pochi strumenti posti dall'ordinamento a tutela della parità di genere. Così B. Pezzini (a cura di), *Corso di Analisi di genere e diritto antidiscriminatorio – La costruzione del genere. Norme e regole – Vol. I - Studi*, Bergamo, 2012; Id., *Corso di Analisi di genere e diritto antidiscriminatorio – Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere – Vol. II – Lezioni, casi, materiali*, Bergamo, 2012; Id., *Costituzione italiana e uguaglianza dei sessi. Il principio antisubordinazione di genere*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, 2019; più recentemente, M. D'Amico, *I diritti delle donne fra parità, differenza e uguaglianza in una società complessa*, in *Federalismi.it*, 7, 2022, III ss.

³ I dati elaborati dal *The Washington Post-Schar School Poll* e consultabili sul sito del *The Washington Post* mostrano un incremento nel numero di lavoratrici e lavoratori interessati a un cambio di carriera. La pandemia, infatti, parrebbe aver contribuito a dare ai cittadini statunitensi una maggiore comprensione di sé e della propria vita privata e lavorativa, spingendoli a valorizzare la prima.

⁴ La crisi finanziaria scoppiata nel 2008 ha avuto effetti di vasta portata in tutto il mondo. La crisi, iniziata negli Stati Uniti, è stata prodotta dalle tattiche di prestito aggressive adoperate dagli operatori del mercato dei mutui *subprime* e dall'aumento incontrollato dei prezzi immobiliari. Il rischio si è poi disperso all'interno del sistema finanziario globale a causa dell'innovazione finanziaria e delle complesse procedure di cartolarizzazione diffuse all'inizio degli anni Duemila (in particolare quelle relative ai titoli garantiti da ipoteca e alle obbligazioni di debito collateralizzate). La crisi del 2008 ha portato al fallimento di importanti società finanziarie (prima fra tutte la *Lehman Brothers*), mettendo in luce le falle e le debolezze di un sistema finanziario interconnesso. Sono stati soprattutto i *credit default swap* ad aumentare la diffusione del rischio e a causare un effetto a catena sui mercati finanziari. Per rispondere a tale crisi, i governi e gli organismi di regolamentazione nazionali hanno

europei solo successivamente, intorno agli anni 2010-2011.

Entrambe le crisi sopra ricordate hanno provocato una perdita considerevole di posti di lavoro in diversi settori, con conseguenze particolarmente rilevanti per l'impiego femminile. Molte aziende hanno dovuto ridurre i costi e ottimizzare la loro forza lavoro e le donne sono stati i primi soggetti a essere colpiti dai tagli e dai licenziamenti, anche a causa della molteplicità degli oramai ben noti fattori culturali e strutturali che portano a un'iniqua distribuzione dei posti di lavoro tra i generi.

Negli anni successivi alle crisi, nonostante i progressi nella promozione dell'occupazione femminile, le donne hanno continuato a incontrare significative *feasible frontier* all'ingresso nel mondo del lavoro, sia sotto il profilo della permanenza sul mercato che sotto il profilo dell'avanzamento professionale. Si è, quindi, venuto a creare un effetto indesiderato, quello del c.d. *sticky floor*⁵, che ha di fatto impedito alle lavoratrici di progredire nella gerarchia aziendale e, più in generale, di fare carriera, soprattutto ove si paragoni il percorso professionale delle lavoratrici a quello di un qualsiasi altro lavoratore nella medesima posizione.

Occorre evidenziare, inoltre, come, anche quando riescono effettivamente a trovare un'occupazione, le donne siano costrette a subire una lunga serie di discriminazioni, sia di primo che di secondo livello (ad esempio, pur concorrendo per la medesima posizione lavorativa, spesso viene loro richiesto di possedere requisiti accademici e formativi superiori rispetto a quelli dei colleghi uomini o, ancora, ai colloqui vengono loro poste domande personali riguardanti i piani di vita imminenti e futuri). In generale, è la stessa esperienza lavorativa delle donne a essere valutata in modo diverso o, meglio, sottovalutata rispetto a quella degli uomini.

Non da ultimo è necessario affrontare la questione del *gender pay gap*.

Al netto delle importanti conquiste realizzate nel corso degli ultimi anni nel campo dell'occupazione femminile, il reddito medio riconosciuto per le lavoratrici *entry level* continua a non offrire un salario in grado di garantire l'autosufficienza economica. Ciò ha contribuito a creare una discriminazione di secondo livello legata al reddito e all'estrazione sociale, con conseguenze negative sia per la stabilità finanziaria delle donne che per la loro indipendenza economica.

Volendo fare un'analogia fra la recente crisi post-pandemica e la crisi finanziaria del 2008, possiamo dire che entrambe hanno avuto un impatto significativo sull'occupazione

adottato misure straordinarie volte a stabilizzare i mercati finanziari e a impedire il collasso del sistema bancario. Le banche centrali, invece, hanno adeguato le loro politiche monetarie, mettendo in atto importanti iniezioni di liquidità, grazie alle quali è stato possibile salvare le istituzioni finanziarie. La crisi ha stimolato una revisione dei sistemi di regolamentazione, ponendo l'accento sulla necessità di un controllo più stringente. Nonostante le importanti misure adottate a livello nazionale e internazionale, i gravi effetti macroeconomici della crisi hanno generato un notevole declino economico. Tra gli effetti più diffusi figurano gli alti tassi di disoccupazione, il calo della spesa dei consumatori e il rallentamento della crescita del PIL. Gli accademici ancora oggi studiano i percorsi attraverso i quali la crisi del 2008 ha influenzato l'economia reale e le conseguenti misure politiche intese a promuovere la ripresa. Sul punto v. A. Mian, A. Sufi. *House of debt: How they (and you) caused the great recession, and how we can prevent it from happening again; with a new afterword*, Chicago Press, 2015.

⁵ Il termine *sticky floor* (letteralmente «pavimento appiccicoso») è la metafora di un modello occupazionale parziale che intrappola i dipendenti, e soprattutto le donne, in posizioni di livello inferiore con mobilità limitata e ostacoli aggiuntivi per l'avanzamento di carriera. Le sfide e le barriere che le donne incontrano all'inizio della carriera agiscono come un «nastro adesivo» che le tiene incollate a terra, impedendo loro di salire la scala aziendale. Si rimanda al valevole contributo di M.E. Heilman, T.G. Okimoto, *Why Are Women Penalized for Success at Male Tasks?: The Implied Communality Deficit*, in *Journal of Applied Psychology*, febbraio 2007, che ha rivelato come gli uomini, al contrario delle donne, sopravvalutino costantemente i loro talenti e le loro potenzialità.

femminile, causando la perdita di posti di lavoro per molte donne, ma che la prima, ancora oggi in corso, sicuramente renderà più complesso il reinserimento lavorativo delle donne che negli ultimi anni sono state costrette ad allontanarsi dal mondo del lavoro.

Tutto ciò rende palpabile come, sebbene negli anni fra il 2011 e il 2020 siano stati raggiunti importanti traguardi, le barriere all'ingresso, alla permanenza e all'avanzamento professionale delle donne comunque persistono, creando profonde disuguaglianze di genere. Diviene, dunque, fondamentale adottare misure e politiche sociali in grado di promuovere le pari opportunità e garantire un trattamento equo per le lavoratrici.

In Italia le differenze di genere sono ancora forti e pervasive sia in campo economico che in ambito sociale. Ciò è reso evidente, ad esempio, dalla circostanza che solo una donna su due lavora o è attivamente alla ricerca di un'occupazione⁶.

Per migliorare la partecipazione delle donne al mercato del lavoro è stato lo stesso legislatore a incentivare un uso più flessibile dei contratti a tempo determinato. Si presume, tuttavia, che non sia stato possibile registrare alcun effetto positivo sul divario retributivo tra i sessi, poiché si tratta di lavori precari e scarsamente retribuiti.

Come in tutti gli altri Stati europei, gli effetti della pandemia da Covid-19 in Italia si sono trasformati nel fenomeno oggi meglio conosciuto con il termine di *shecession*.

Il Ministero della Salute italiano riferisce che nel 2017 il 66,8% degli operatori sanitari erano donne e che, più in generale, le donne costituivano la maggioranza della forza lavoro occupata in ciascun sistema sanitario regionale. Ciononostante, e pur essendo state coinvolte nel corso della fase emergenziale in numero largamente superiore rispetto agli uomini, subendo dunque un rischio maggiore di contagio, le donne italiane non hanno avuto quasi nessuna voce in capitolo a livello decisionale.

Le donne in Italia sono largamente presenti anche nel settore dei servizi, cioè il settore che più di tutti è stato danneggiato dalle politiche di *lockdown* e distanziamento sociale, sebbene una piccola percentuale di donne abbia ricevuto protezione economica occupando posizioni di prima linea. Sul punto valga la pena precisare che l'Italia ha uno dei tassi di occupazione femminile più bassi in Europa ma allo stesso tempo ha anche una delle più alte percentuali di donne impegnate nel settore dei servizi, pari all'84,6%.

Per rispondere alla crisi derivante dalla diffusione del virus, il Governo italiano ha modificato anche la disciplina di accesso alla Cassa integrazione ordinaria, misura che si è andata ad aggiungere al divieto di licenziamenti e al reddito minimo⁷.

⁶ A tal proposito si rimanda ai dati raccolti dalla Confcommercio sull'occupazione femminile, consultabili sul sito web di *Open*.

⁷ Nel campo del reddito minimo il Consiglio europeo è intervenuto con la raccomandazione CEE n. 92/441, invitando tutti gli Stati membri a definire criteri uniformi per assicurare risorse economiche adeguate ai propri cittadini. All'interno del documento vengono delineati i principi che dovrebbero guidare l'attuazione delle politiche di reddito minimo. Il Governo italiano ha risposto all'emergenza sanitaria attraverso il d.l. n. 18/2020 (c.d. decreto cura Italia), con cui sono state implementate misure straordinarie, volte a sostenere le famiglie. Tali misure sono state successivamente rafforzate e prolungate per mezzo del d.l. n. 34/2020 (c.d. decreto rilancio) e del d.l. n. 104/2020 (c.d. decreto agosto). L'insieme di tali interventi mostra il continuo impegno del Governo nel mitigare gli impatti economici della crisi, fornendo un supporto a lungo termine alle famiglie. Con tali atti il Governo ha introdotto nell'ordinamento specifiche misure di supporto per i genitori lavoratori, nella speranza di superare le sfide aggiuntive che questi ultimi hanno dovuto affrontare negli anni della pandemia per bilanciare lavoro e famiglia. In particolare, il Governo: ha adottato misure per garantire liquidità alle famiglie, fornendo sicurezza nel reddito e sospendendo i pagamenti fiscali e contributivi; ha istituito nuovi strumenti finanziari, come il Reddito di emergenza, volto a fornire un sostegno diretto ai nuclei familiari in situazioni finanziarie particolarmente difficili; ha destinato risorse significative all'espansione delle tutele sociali, riconoscendo la necessità di ampliare la rete di sicurezza sociale per far fronte alle sfide sociali derivanti dalla

Non sono stati creati, tuttavia, strumenti specifici per combattere la povertà delle donne e garantire loro pari accesso all'economia.

Al fine di contenere la crisi derivante dall'emergenza sanitaria, il programma di reddito minimo è stato ampliato e si ritiene che abbia svolto un ruolo significativo nel ridurre gli effetti dannosi della pandemia e, in particolare, delle misure straordinarie adottate per combattere la stessa.

Il periodo pandemico ha colpito e trasformato profondamente le vite del mondo globalizzato, innalzando frontiere, spazzando via sicurezze e diritti, instillando dubbi e paure anche nei confronti della scienza e della medicina. Si sta, inoltre, protraendo molto oltre le iniziali previsioni, acuendo una serie di interrogativi cruciali per il nostro Stato costituzionale. Nelle riflessioni che seguono ci si soffermerà sulla profonda relazione che dovrebbe sempre sussistere fra potere e diritti, fra il modo in cui uno Stato di diritto decide di limitare le libertà fondamentali e il necessario bilanciamento fra queste stesse libertà, alla luce delle conseguenze portate dalla pandemia.

3. La parità di genere a confronto: il dibattito in Assemblea costituente e il PNRR.

Un'interessante riflessione sorge mettendo a confronto le modalità con cui è stata affrontata la tematica della parità di genere in sede di Assemblea costituente e l'implementazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Rileggendo i resoconti stenografici delle sedute dell'Assemblea costituente è possibile rilevare come le 21 donne elette⁸ possedessero una visione ben precisa di quello che avrebbe dovuto essere la figura della donna nell'Italia del futuro, conscie del fatto che il loro intervento sarebbe stato sì di natura programmatica ma al contempo in grado di definire e garantire una parità sostanziale e non meramente formale.

Un chiaro esempio di tale approccio può essere visto nel lungo dibattito sulle «attitudini» della donna sviluppatosi in sede di Assemblea costituente⁹. Secondo un'opinione condivisa da parte di alcuni esponenti, sarebbe stato corretto inserire negli articoli della Carta dei distinguo che riconducessero determinati mestieri e compiti alle donne, rendendo quest'ultime, invece, implicitamente escluse da altri (si pensi, ad esempio, alla disputa sui pubblici uffici).

Questa distorta tipologia di narrativa fu accantonata soprattutto grazie al lavoro dell'On. Mattei e dell'On. Merlin, che prima formularono e in seguito riuscirono a far approvare gli artt. 3, 11 e 51 Cost. come li conosciamo ancora oggi, così riconoscendo dignità costituzionale al principio di uguaglianza sostanziale.

O, ancora, si pensi alla dedizione dell'On. Nilde Iotti verso i temi racchiusi negli artt. 29, 30 e 31 Cost., dove è ben riflesso il suo profondo impegno nel rimodellare il fondamento sociale della famiglia.

pandemia. Con il decreto rilancio, inoltre, il Governo ha cancellato definitivamente le clausole di salvaguardia, eliminando gli aumenti di IVA e accise previsti a partire dal 2021, così dimostrando il suo impegno nel mitigare gli impatti economici a lungo termine sull'economia e sulle famiglie.

⁸ Su 556 deputati le donne elette furono solamente 21: 9 iscritte al Partito Comunista (Adele Bei, Nadia Gallico Spano, Nilde Iotti, Teresa Mattei, Angiola Minelli, Rita Montagnana, Teresa Noce, Elettra Pollastrini e Maria Maddalena Rossi), 9 democristiane (Laura Bianchini, Elisabetta Conci, Filomena Delli Castelli, Maria De Unterrichter, Maria Federici, Angela Gotelli, Angela Maria Guidi Cingolani, Maria Nicotra e Vittoria Titomanlio), 2 iscritte al Partito Socialista (Bianca Bianchi e Lina Merlin) e 1 iscritta al Fronte dell'Uomo Qualunque (Ottavia Penna).

⁹ M. D'Amico, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, 2020, 58.

Analizzando i lavori¹⁰ che hanno portato all'attuale formulazione degli articoli, diventa evidente che questi ultimi sono stati pensati con l'obiettivo di trattare la questione delle disparità storiche di genere, favorendo un'evoluzione sia nella dimensione giuridica che in quella culturale.

Le Madri costituenti, però, non si concentrarono esclusivamente sulle tematiche più tradizionalmente «femminili», quali la famiglia e i principi di uguaglianza e di libero accesso ai pubblici uffici¹¹, ma parteciparono ampiamente anche a dibattiti vertenti su temi non direttamente ricollegabili alle condizioni della donna, quali il sistema scolastico, il diritto di proprietà, l'organizzazione dell'apparato statale e la partecipazione dei lavoratori agli utili d'impresa¹².

È bene ricordare, altresì, che il vecchio regolamento della Camera dei deputati, in vigore sin dal 1922 e applicato dall'Assemblea costituente, prescriveva tassativamente l'uso dello scrutinio segreto, ove richiesto da almeno venti deputati¹³. Proprio grazie a tale strumento le Madri costituenti riuscirono spesso a votare in maniera compatta, indipendentemente dagli schieramenti di provenienza, riconoscendo la responsabilità, derivante dalla loro elezione, di rappresentare tutte le donne italiane, che per la prima volta nella storia d'Italia trovavano spazio fra i banchi del Parlamento.

Prima ancora che il legame con i partiti, è stato il legame con la società femminile dell'epoca, coniugato con l'idea di fondo riassumibile con le parole dell'On. Mattei, secondo cui «Nessuno sviluppo democratico, nessun progresso sostanziale si produce nella vita di un popolo se esso non sia accompagnato da una piena emancipazione femminile», ad aver creato il terreno fertile grazie al quale si riuscì ad affrontare e ad affermare negli anni successivi e, soprattutto, nel corso degli anni Settanta, il tema della parità di genere, sia formale che sostanziale.

In altri termini, in seno all'Assemblea costituente si riconobbe l'essenzialità della piena

¹⁰ L'art. 29 Cost., ad esempio, funge da pietra angolare del progetto costituente dell'On. Iotti, sottolineando l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Sostenendo il principio di uguaglianza all'interno del matrimonio, la disposizione costituzionale ha smantellato le strutture arcaiche che perpetuavano gli squilibri di genere. L'intuizione sociale, prima ancora che politica, dell'On. Iotti faceva eco alla necessità di un profondo cambiamento in seno all'istituzione familiare, sfidando le norme sociali che storicamente avevano emarginato un genere, anche sul piano del rapporto con i figli. Veniva, infatti, riconosciuta anche l'importanza di tutelare sul piano giuridico i diritti dei figli nati fuori dal matrimonio, sfidando lo stigma storico legato al loro status. Si è, però, dovuta aspettare la riforma della filiazione introdotta con la l. n. 219/2012 per vedere lo stato giuridico dei figli nati fuori dal matrimonio del tutto equiparato a quello dei figli nati nel matrimonio.

¹¹ Si pensi alla formulazione e alla complicata fase di *drafting* dell'art. 51 Cost. nelle more del dibattito promosso da alcuni costituenti, secondo cui all'interno della disposizione avrebbe dovuto essere inserita la parola «attitudini» al fine di meglio distinguere le mansioni femminili da quelle maschili.

¹² La consapevolezza di essere, per lo meno in Italia, le prime rappresentanti del mondo femminile all'interno dei luoghi del potere e il senso di responsabilità che inevitabilmente ne è derivato sono stati efficacemente certificati dall'On. Iotti nel corso di un'intervista rilasciata il 9 marzo 1947 al settimanale di orientamento e lotta politica *Vie nuove*, nella quale veniva affermato che «Il cammino percorso in meno di un anno è stato molto e difficile: ma le nostre donne hanno bruciato le tappe. Esse continuano la loro opera, ad esse va l'elogio e la fiducia delle donne italiane, di tutti gli italiani che sperano e credono nella rinascita democratica del nostro Paese».

¹³ All'interno dell'ordinamento costituzionale italiano il voto segreto ha trovato spazio e ha avuto riconoscimento costituzionale sin dalla concessione e promulgazione dello Statuto Albertino (1848), che addirittura lo aveva reso obbligatorio nella votazione finale dei progetti di legge. All'art. 63 dello Statuto Albertino, infatti, si legge che «Le votazioni si fanno per alzata e seduta, per divisione e per scrutinio segreto. Quest'ultimo mezzo sarà sempre impiegato per la votazione del complesso di una legge, e per ciò che concerne al personale».

partecipazione delle donne alla vita politica, economica e sociale del Paese, anche al fine di costruire una Nazione democratica e progressista. Nella Costituzione italiana sono state inserite disposizioni specifiche a favore della parità di genere, come il riconoscimento dei diritti delle donne e l'affermazione dell'uguaglianza di fronte alla legge, proprio per riflettere l'impegno del nuovo Stato ad aprire spazi significativi per la partecipazione delle donne in tutti i settori della società, finalmente superando gli stereotipi di genere.

Il PNRR, invece, non ha avuto come innesco un fenomeno sociopolitico, il c.d. trauma costituente, quanto più una crisi di natura economica, di cui il legislatore europeo si è servito al fine di implementare leggi e regolamenti volti al perfezionamento di alcune materie ritenute meritevoli di riforma. Si è così venuto a spostare l'asse portante dell'ordinamento dal principio di rappresentanza a quello di decisione, lasciando libero il campo a ragionamenti di stampo più squisitamente economico, scelta che non implica necessariamente un disinteresse per le questioni di genere ma certamente riflette un cambiamento di contesto e obiettivi.

Il PNRR è stato formulato per reagire alle crisi (finanziarie e non) del nostro tempo, cercando allo stesso tempo di stimolare la crescita economica e affrontare le sfide sociali. Gli aspetti economici e sociali, infatti, sono spesso interconnessi. Un approccio che mira a promuovere la crescita economica può integrare elementi in grado di sostenere e implementare la parità di genere, ad esempio promuovendo l'accesso delle donne al mercato del lavoro o sostenendo politiche di conciliazione tra lavoro e famiglia. Una prospettiva olistica potrebbe considerare la parità di genere non solo un obiettivo sociale ma anche un *driver* di crescita economica sostenibile.

Al centro del presente scritto troviamo la Missione 5 «Inclusione e Coesione» del PNRR, nell'ambito della quale viene riconosciuto un peso importante al mercato e al settore privato, in quanto capaci di creare progresso e innalzare gli standard di tutela dei diritti per mezzo della *better regulation*¹⁴. Lo scopo del Piano è, infatti, quello rendere le leggi europee più semplici, mirate e facili da rispettare.

L'art. 18, par. 4, lett. o), reg. UE n. 2021/241 stabilisce che in fase di stesura dei piani di ripresa e di resilienza gli Stati membri devono tenere conto non soltanto della parità di genere e dell'integrazione della dimensione di genere ma anche dell'Obiettivo di sviluppo sostenibile n. 5 delle Nazioni Unite sulla parità di genere nonché del Pilastro europeo dei diritti sociali e di qualsiasi altra strategia nazionale esistente in materia di parità di genere.

Il PNRR affronta la questione di genere in tutte le sue diverse dimensioni, quali l'istruzione, la formazione, le competenze, il divario occupazionale, le condizioni di lavoro e la protezione sociale. L'equilibrio di genere, dunque, viene ricercato non soltanto sotto il profilo delle pari opportunità di accesso al mercato del lavoro, delle pari condizioni di impiego e avanzamento di carriera e della pari retribuzione ma anche sotto il profilo della lotta alla violenza di genere e domestica.

La valutazione del PNRR è stata effettuata dalla Commissione europea sulla base dell'analisi situazionale volta a comprendere le condizioni socioeconomiche dei singoli Stati membri ma anche a individuare le modalità attraverso cui arrivare a un *framework* di tutele e garanzie unico, con standard il più possibile tarati verso l'alto. Tale valutazione di breve termine, tuttavia, può fornire solo una panoramica preliminare, dal momento che la valutazione delle proposte avanzate dai vari governi nazionali non può essere quantificata dalla Commissione, dovendo la tematica essere affrontata di concerto con altre.

¹⁴ La Commissione europea ha iniziato a utilizzare lo strumento della *better regulation* e delle *toolbox* alla stessa collegata a partire dal 2002, al precipuo fine di rendere più accessibili e riconoscibili i meccanismi di funzionamento dei piani europei.

Il PNRR ad oggi sembra essere al di sotto degli alti standard prospettati prima in sede di *drafting* e poi in sede di comunicazione politica. In particolare, i provvedimenti legislativi non paiono cogliere efficacemente il senso programmatico usato nelle linee guida.

Nella parte generale delle comunicazioni relative al PNRR venivano utilizzate frasi incoraggianti quali: «Tutto questo dimostra quanto sia importante che la ripresa sia inclusiva ed equa», «Si deve rafforzare la coesione territoriale e affrontare le disuguaglianze e le ingiustizie che la crisi ha rivelato o aggravato», «La solidarietà tra persone, generazioni, regioni e nazioni è il primo passo» o, ancora, «L'Unione europea farà in modo che la ripresa sia costruita intorno all'uguaglianza».

Le soluzioni della Commissione, tuttavia, non si sono mostrate all'altezza di quanto promesso. Menzionare quasi di sfuggita le preoccupazioni circa la disparità di genere, infatti, non offre la giusta risposta ai pericoli posti dall'ampliamento del divario di genere prodotto dalla crisi pandemica.

A ciò si aggiunga, poi, come siano davvero pochi gli strumenti che affrontano in maniera diretta la tematica della disparità (uno di questi è, ad esempio, il programma *InvestEU*¹⁵, che però lo fa in modo molto marginale) e come, in generale, lo strumento programmatico sconti il rischio di intensificare la disuguaglianza di genere già presente, ove non analizzi regolarmente e in modo appropriato ogni potenziale implicazione di genere attraverso valutazioni *ex ante* dell'impatto di genere.

Non si può, poi, non evidenziare l'insufficienza delle cifre impegnate per l'attuazione delle misure previste nel PNRR, soprattutto con riferimento agli interventi disposti dalla Missione 5, ammontando a 19.85 miliardi di euro, di cui solo 6.66 miliardi da impiegare nelle politiche per il lavoro (e di questi 6.66 miliardi solo 10 milioni sono stati investiti nell'implementazione del sistema di certificazione della parità di genere).

La proposta portata avanti dal Governo italiano nel suo insieme pregiudica gravemente il raggiungimento della parità di genere a causa dell'evidente mancanza di consapevolezza che dovrebbe tenere unito l'intero pacchetto di proposte, dell'assenza di obiettivi specifici e giuridicamente vincolanti e, infine della mancata previsione di una valutazione dell'impatto di genere sia a monte, in fase di redazione del PNRR, che a valle, in fase di concreta attuazione dello stesso e utilizzo dei fondi.

Quanto detto finora è motivo di preoccupazione perché molte delle norme che disciplinano la distribuzione dei finanziamenti e dei prestiti sono ambigue e consentono agli organi amministrativi, alle autorità di gestione e agli esecutori a livello della Commissione di prendere unilateralmente decisioni del tutto slegate dal tessuto sociale e politico su cui poi le conseguenze di tali decisioni andranno ad abbattersi. Occorre, dunque, dotarsi di una buona regolamentazione, cioè di una regolamentazione che ottenga il «semaforo verde» non soltanto dalle istituzioni europee ma anche dalla società, dalle imprese e, più in generale, dal mondo del lavoro¹⁶.

Gli strumenti di *better regulation* possono venire in soccorso del PNRR, migliorando il sistema normativo e prevenendo l'adozione di normative eccessive, inadeguate, incoerenti, ingiustificate e incomprensibili.

¹⁵ Il programma *InvestEU*, istituito con reg. UE n. 2021/523, sostiene gli investimenti sostenibili, l'innovazione e la creazione di posti di lavoro in Europa. Il suo obiettivo è quello di attivare oltre 372 miliardi di euro di investimenti aggiuntivi nel periodo 2021-2027. Il fondo opera su quattro ambiti di intervento, che rispecchiano le principali priorità strategiche dell'Unione europea: infrastrutture sostenibili, ricerca, innovazione e digitalizzazione, PMI, investimenti sociali e competenze.

¹⁶ R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *Understanding regulation – Theory, Strategy and Practice*, Oxford, 2012.

In economia un mercato fallisce quando le forze di mercato non riescono a fornire un risultato efficiente, da intendersi quale situazione in cui nessuno può migliorare senza che altri peggiorino. I regolamenti, invece, falliscono ogniqualevolta l'azione del legislatore, seppur ragionevole e giustificata, non riesce a risolvere il problema in modo soddisfacente o, addirittura, contribuisce a crearne di nuovi (si pensi, ad esempio, all'ipotesi di due regolamenti divergenti, che pertanto creano un ostacolo al corretto funzionamento del mercato interno). Effettuare considerazioni di equità in maniera vaga e senza tener conto della pluralità di situazioni e soggetti coinvolti comporta il rischio che il risultato sulla carta più efficiente possa poi in concreto non essere il più desiderabile per la soluzione del problema.

4. Il Codice delle pari opportunità dopo l'intervento della legge Gribaudo. Il legislatore ordinario ha dato progressivamente corpo alle riflessioni delle Madri e dei Padri costituenti, da ultimo in occasione dell'attuazione del PNRR, che individua nella mobilitazione delle energie femminili un elemento fondamentale per la ripresa economica del Paese e a partire da tale dato interviene sulle molteplici dimensioni della discriminazione di genere, con l'obiettivo di ridurla/azzerarla, mettendo così le lavoratrici in condizione di liberare il loro potenziale inespresso.

Parte di tali interventi è stata realizzata grazie alla l. n. 162/2021 (detta anche legge Gribaudo, dal nome della relatrice, ovvero legge sulla parità salariale), approvata con il voto unanime della Camera e del Senato dopo un *iter legis* lungo e complesso, che ha attraversato ben tre governi¹⁷.

La legge Gribaudo costituisce, dunque, la dimostrazione concreta che il Parlamento, pur muovendo da punti di vista differenti, è ancora oggi, nonostante la manifesta instabilità del nostro sistema politico (dovuta a ragioni tanto endogene quanto esogene), in grado di trovare una sintesi e di formulare soluzioni capaci di allargare il campo dei diritti dei cittadini, esattamente come accaduto nell'esperienza sopra descritta dell'Assemblea costituente, che ci ha lasciato in eredità un ordinamento costituzionale capace di stare al passo con i tempi e di aggiornarsi costantemente.

Allo stesso tempo, però, occorre prendere atto di come la lente con cui il legislatore guarda al problema sia quella dei numeri e dei profitti e che la logica seguita è prioritariamente quella premiale, come si avrà modo di notare successivamente, approfondendo l'applicazione delle regole sulla certificazione della parità di genere al settore dei contratti pubblici.

Per mezzo dell'introduzione di incentivi, fiscali e non, in favore delle imprese munite di certificazione, il legislatore di fatto ha addossato alle aziende il compito di individuare e implementare gli strumenti in grado di migliorare la condizione lavorativa delle donne.

Tali modalità di intervento, quindi, benché lodevoli nei loro intenti e sicuramente in grado di produrre effetti positivi nel breve periodo, impediscono lo sviluppo di politiche sociali strutturali e rallentano il percorso verso l'eliminazione di fenomeni quali, a titolo meramente esemplificativo, il *gender pay gap* ovvero gli squilibri nella divisione dei ruoli in ambito familiare. Passando adesso all'oggetto del presente studio, la previsione di un sistema nazionale di certificazione della parità di genere rientra nella Missione 5 «Inclusione e Coesione» del PNRR e, più precisamente, nella Componente 1 «Politiche attive del lavoro e sostegno all'occupazione», che mira a promuovere una maggiore inclusione delle donne nel mercato del lavoro, aumentandone le *chance* di ottenere ruoli di *leadership*, anche attraverso politiche aziendali volte a consentire una migliore conciliazione dei tempi di vita con quelli di lavoro

¹⁷ La legge Gribaudo è stata pubblicata in G.U. n. 275 del 18 novembre 2021, dopo oltre tre anni dalla sua presentazione, avvenuta l'11 maggio 2018.

(*work-life balance*).

In linea con gli obiettivi dettati dal reg. UE n. 2021/241 (c.d. regolamento RRF), secondo cui investire in infrastrutture di assistenza in grado di garantire la parità di genere e l'emancipazione economica delle donne ha «un effetto positivo sul prodotto interno lordo» degli Stati membri¹⁸, il PNRR assegna al sistema nazionale di certificazione della parità di genere il ruolo chiave di «sostenere l'imprenditorialità femminile» e «rafforzare la trasparenza salariale», riducendo il *gap* di genere in ciascuna delle aree individuate come maggiormente critiche: opportunità di crescita professionale, parità salariale a parità di mansioni, politiche di gestione delle differenze di genere, tutela della maternità.

Vediamo, dunque, che la scelta del legislatore di incoraggiare la creazione di imprese femminili e di promuovere la piena emancipazione sociale ed economica della donna, seppure lodevole e senza ombra di dubbio significativa, risulta inserita in un contesto normativo generale che nella parità di genere non vede tanto il fine da realizzare quanto piuttosto lo strumento indispensabile per il rilancio economico del Paese¹⁹.

Non va taciuto, però, come la crisi economica prodotta dalla pandemia²⁰ si sia abbattuta in maniera molto più violenta sulle fasce della popolazione che già prima della dichiarazione dello stato di emergenza risultavano sia socialmente che economicamente marginalizzate e cioè sui giovani e sulle donne²¹. L'adozione di misure volte alla ristrutturazione del mercato del lavoro, dunque, si è resa necessaria al fine di tenere indenni da ulteriori danni tali categorie di soggetti. Come vedremo, tuttavia, non è detto che gli interventi concretamente messi in atto dal legislatore italiano si rivelino funzionali al perseguimento degli obiettivi fissati all'interno del PNRR.

Il sistema nazionale di certificazione della parità di genere è stato introdotto all'interno del nostro ordinamento dall'art. 4 della legge Gribaudo, che è andato ad aggiungere l'art. 46-bis al d.lgs. n. 198/2006 (*Codice delle pari opportunità*)²².

¹⁸ Così il Considerando n. 28 e n. 39 nonché l'art. 4, par. 1, l'art. 16, par. 2, lett. a), e l'art. 18, par. 4, lett. o), del regolamento RRF.

¹⁹ Tale visione utilitaristica emerge in modo ancora più lampante dal testo della Proposta di legge A.C. 522, il cui esame si è poi concluso con l'adozione della l. n. 162/2021, dove viene messo in luce che «se si raggiungesse la piena parità di genere il prodotto interno lordo del mondo aumenterebbe di 5.300 miliardi di dollari» e che, perciò, «la parità di genere non è unicamente un diritto umano fondamentale, ma è anche lo strumento di un'un'economia prospera e moderna, che punta a una crescita a beneficio della società nel suo complesso». Lo stretto legame esistente fra parità di genere e sviluppo economico viene evidenziato anche da A. Sciortino, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, 19 ss., a partire dalla giurisprudenza europea sul divieto di discriminazione. Inizialmente nato per accompagnare l'allora Comunità Economica Europea (CEE) verso la piena realizzazione della quattro libertà fondamentali su cui si fondava l'instaurazione del mercato unico, il divieto di discriminazione si è solo successivamente affermato, affrontando non pochi ostacoli, come diritto fondamentale della persona (un primo cambio di rotta è stato avvertito in seguito a CGUE, sent. 8 aprile 1976, C-43/75, *Defrenne II*).

²⁰ Come evidenziato nell'articolo *In Italia: la crisi economica è donna*, pubblicato sul sito dell'Istituto Cooperazione Economica Internazionale (ICEI) in data 7 dicembre 2022, il tasso di occupazione femminile in Italia è di 18 punti percentuali più basso di quello degli uomini e i redditi complessivamente guadagnati dalle donne sul mercato del lavoro sono in media del 25% più inferiori di quelli guadagnati dagli uomini.

²¹ Un esame più attento degli effetti della pandemia sull'occupazione femminile si trova in I. De Cesare, *Il lavoro delle donne alla prova della pandemia. L'inattuazione del progetto costituzionale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2022, p. 1 e ss. e *id.*, *Pandemia e parità di genere. L'impatto del Covid-19 nel mondo del lavoro*, in *Federalismi.it*, 3, 2023, 92 ss.

²² Il Codice delle pari opportunità è lo strumento con cui il legislatore nazionale ha provveduto a recepire le disposizioni contenute nella dir. CE n. 2006/54, cioè il testo normativo nel quale sono confluite, per fusione, ben sette delle undici direttive sulla parità retributiva adottate dall'Unione europea a partire dal 1975 (dir. CEE n. 76/207, dir. CE n. 2002/73, dir. CEE n. 86/378, dir. CE n. 96/97, dir. CEE n. 75/117, dir. CE n. 98/52, dir. CE n. 97/80).

Della nuova disposizione la prima qualità che colpisce è l'assoluta essenzialità, motivata dalla scelta del legislatore di lasciare al Governo la libertà di individuare le concrete modalità di attuazione della misura, rimettendo a uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri il compito di stabilire i parametri minimi per il conseguimento della certificazione, la procedura di acquisizione e le forme di pubblicità della stessa, il monitoraggio dei dati trasmessi dai datori di lavoro, il grado di coinvolgimento delle rappresentanze sindacali e delle consigliere e dei consiglieri territoriali e regionali di parità.

I decreti in questione sono stati adottati in data 5 e 29 aprile 2022 e hanno ad oggetto, rispettivamente, l'istituzione del Tavolo di lavoro permanente sulla certificazione di genere alle imprese e l'individuazione dei parametri per il conseguimento della certificazione della parità di genere nonché le modalità di coinvolgimento delle rappresentanze sindacali aziendali e delle consigliere e dei consiglieri territoriali e regionali di parità.

Per poter davvero comprendere la portata della misura in esame, però, occorre prendere in considerazione la legge Gribaudo nella sua interezza, prestando particolare attenzione a come la stessa ha provveduto a potenziare la tutela antidiscriminatoria già predisposta dal d.lgs. n. 198/2006, da un lato ampliando la nozione di discriminazione e dall'altro rafforzando gli obblighi informativi ricadenti sui datori di lavoro²³.

Sotto il primo profilo, la l. n. 162/2021 ha modificato la nozione di discriminazione diretta e indiretta²⁴ di cui all'art. 25 del d.lgs. n. 198/2006, estendendone il campo di applicazione anche alla fase di reclutamento.

Per quanto concerne, invece, più specificamente la riscrittura della nozione di discriminazione indiretta, il legislatore si è spinto a includere nel novero degli atti potenzialmente discriminatori finanche «quelli di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro», in modo tale da mettere subito in correlazione la tutela antidiscriminatoria e il sistema nazionale di certificazione della parità di genere, che appunto ruota intorno alla creazione di un modello organizzativo aziendale conforme al principio generale dell'uguaglianza di genere.

A suscitare interesse è anche l'inserimento delle «esigenze di cura personale e familiare» tra i fattori idonei, insieme all'età, al sesso, alla gravidanza e alla maternità ovvero alla paternità, a configurare la discriminatorietà di ogni «trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro» che ponga la lavoratrice ovvero il lavoratore anche solo potenzialmente in una situazione di svantaggio.

Si tratta di una modifica volta ad agevolare un migliore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro della donna lavoratrice, prendendo atto del ruolo di *caregiver*²⁵ storicamente affidatole

²³ Sul tema v. anche I. Seminaroti, *La nuova stagione regolativa della gender equality e il sistema nazionale di certificazione della parità di genere*, in *Federalismi.it*, 27 luglio 2022, 1 ss.

²⁴ La discriminazione diretta si configura quando una persona riceve un trattamento pregiudizievole e, comunque, meno favorevole rispetto a quello ricevuto da un'altra in ragione del proprio sesso. La discriminazione indiretta, invece, interviene quando una disposizione o una prassi di per sé innocua colpisce i soggetti di un determinato sesso in modo significativamente più sfavorevole rispetto ai soggetti dell'altro sesso. Per un *excursus* sulle diverse categorie giuridiche in cui la discriminazione di genere può manifestarsi si rimanda all'ampio approfondimento svolto da A. Sciortino, op. cit. Da notare, infine, come il legislatore utilizzi il termine «sesso» e, dunque, una locuzione neutra, al fine di vietare tutte le discriminazioni basate sul genere in quanto tale, a prescindere dalla sua declinazione in un senso piuttosto che un altro. Non può, tuttavia, non tenersi conto del fatto che la maggior parte degli atti discriminatori vengono perpetrati ai danni delle donne e che, storicamente, il sesso sottorappresentato è da sempre quello femminile. Si v. a tal proposito i dati contenuti nel *Goal 5* del Rapporto sui *Sustainable Development Goals* (SDGs) pubblicato dall'ISTAT nel 2022.

²⁵ Come evidenziato da F. Schiavetti, *La parità di genere nei luoghi di lavoro, tra work-life balance e nuove tecnologie*, in *Federalismi.it*, 4, 2023, 259 s., nonostante il continuo dibattito socio-culturale sul tema e i recenti sforzi legislativi,

dalla società ma anche dalla stessa Costituzione, che all'art. 37 si rivolge al legislatore prescrivendogli di individuare condizioni di lavoro in grado di consentire alla donna «l'adempimento della sua essenziale funzione familiare»²⁶.

In generale, grazie alla riforma in commento stiamo assistendo, oltre che all'ampliamento dei «motivi» discriminatori, anche all'allargamento del perimetro degli «atti» discriminatori, al cui interno è oggi possibile fare rientrare non solo la «limitazione delle opportunità di partecipazione alla vita o alle scelte aziendali» e la «limitazione dell'accesso ai meccanismi di avanzamento e di progressione nella carriera» ma anche qualsiasi altra azione si riduca in sostanza in una «posizione di svantaggio rispetto alla generalità degli altri lavoratori».

Sotto il secondo profilo, a essere stato oggetto di una radicale rivisitazione è l'art. 46, d.lgs. n. 198/2006 relativo al rapporto sulla situazione del personale maschile e femminile che ogni due anni le aziende, sia pubbliche che private, sono tenute a redigere e trasmettere alle rappresentanze sindacali, al fine di consentire la verifica sullo stato delle assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, degli altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e dei pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta.

La l. n. 162/2021, infatti, non solo ha esteso tale obbligo di rapporto a tutte le aziende con oltre 50 dipendenti²⁷, ferma restando la facoltà di redigere il rapporto su base volontaria per le aziende fino a 50 dipendenti, ma ha altresì ampliato il novero dei soggetti destinatari, includendo le consigliere e i consiglieri di parità delle Città metropolitane e degli enti di area vasta.

La novità più importante, tuttavia, riguarda la natura delle informazioni richieste alle aziende, oggi chiamate a rendere trasparenti sia i dati occupazionali e retributivi che i dati relativi all'utilizzo del lavoro agile, della somministrazione, dei congedi di maternità e paternità, dello

siamo ancora molto lontani dal raggiungere un'equa suddivisione dei compiti di cura all'interno del nucleo familiare, in quanto è ancora principalmente la donna a occuparsi dei figli e dei componenti più anziani, o comunque non autosufficienti, della famiglia.

²⁶ «L'unicità in capo alla donna della procreazione non deve determinare come inevitabile conseguenza che sia l'unico soggetto demandato alla cura della prole, cosicché proprio al fine di tutelare la donna lavoratrice occorre incentivare la condivisione dei carichi familiari», così E. Catelani, *La donna lavoratrice nella "sua essenziale funzione familiare" a settant'anni dall'approvazione dell'art. 37 Cost.*, in *Federalismi.it*, 5, 2019, 66 ss. Sulla necessità di «estendere la previsione costituzionale anche alla paternità», I. De Cesare, *Il lavoro delle donne alla prova della pandemia. L'inattuazione del progetto costituzionale*, cit. Sulla centralità del giudice costituzionale nell'affermazione di un'interpretazione evolutiva dell'art. 37 Cost., atta a «impedire che la funzione materno-familiare agisse come una gabbia protettiva volta a relegare le donne in un ruolo marginale nell'ambito lavorativo» v. F. Covino, *Donna lavoratrice (dir. cost.)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), Torino, 2015, 128 ss. Per una più attenta ricostruzione del dibattito svoltosi in Assemblea costituente proprio attorno alla «essenziale funzione familiare» della donna si rimanda, infine, a C. Salazar, *Art. 37*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 756 ss.

²⁷ Prima dell'intervento della legge Gribaudo, tale soglia minima era stata fissata a 100. Qualora le aziende obbligate non trasmettano il rapporto, la Direzione regionale del lavoro, previa segnalazione delle rappresentanze sindacali aziendali e delle consigliere e dei consiglieri di parità, invita le aziende a provvedere, conformandosi alla disposizione legislativa, entro 60 giorni. In caso di inottemperanza all'ordine della Direzione regionale del lavoro, si applicano le sanzioni pecuniarie previste dall'art. 11 del d.P.R. n. 520/1955. Se, poi, l'inottemperanza si protrae per più di 12 mesi, viene disposta la sospensione per un anno dei benefici contributivi eventualmente goduti dall'azienda. Si evidenzia, inoltre, che sul sito del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali verranno resi pubblici sia gli elenchi delle aziende che hanno trasmesso il rapporto che gli elenchi delle aziende che non lo hanno trasmesso, comportando una ricaduta in termini negativi sull'immagine reputazionale delle aziende risultate poco trasparenti.

straordinario nonché le informazioni e i dati sui processi e sugli strumenti di selezione e reclutamento, sui criteri adottati per le progressioni di carriera, sulle procedure utilizzate per l'accesso alla qualificazione professionale e manageriale, sugli strumenti e sulle misure resi disponibili per promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, sulle politiche aziendali a garanzia di un ambiente di lavoro inclusivo e rispettoso, sulle trasformazioni del rapporto per categorie e genere, sul numero di ore di formazione²⁸.

Le informazioni e i dati contenuti nel rapporto sono resi accessibili, oltre che alle rappresentanze sindacali aziendali e alle consigliere e ai consiglieri di parità, anche alle lavoratrici e ai lavoratori che ne facciano richiesta in vista della tutela giudiziale dei propri diritti. L'intento del legislatore è, infatti, quello di colmare una volta per tutte il *deficit* informativo che da sempre limita il ricorso delle lavoratrici e dei lavoratori alla tutela giudiziale agevolata della discriminazione fondata sulla prova statistica e sui test situazionali²⁹.

Il rafforzamento della trasparenza e degli obblighi informativi ricadenti in capo alle aziende messo in atto dalla legge Gribaudo ha il pregio di potenziare il grado di consapevolezza della forza lavoro e dell'opinione pubblica sulla situazione del personale maschile e femminile impiegato nei vari settori produttivi del Paese, oltre che sui molti aspetti del rapporto di lavoro e delle politiche del personale in relazione alla variabile del genere.

5. Il sistema nazionale di certificazione della parità di genere. Per mezzo del sistema

²⁸ Per avere una visione più chiara del contenuto informativo del rapporto v. il modulo allegato al decreto adottato dal Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali di concerto con il Ministro per le Pari Opportunità e la Famiglia in data 29 marzo 2022. In ossequio al dettato normativo, all'interno del decreto vengono definite anche le modalità per la redazione del rapporto, le modalità di accesso allo stesso da parte dei dipendenti e delle rappresentanze sindacali per esigenze di tutela giudiziaria nonché le modalità per la trasmissione alle consigliere e ai consiglieri di parità nazionali, regionali, delle Città metropolitane e degli enti di area vasta degli elenchi delle aziende che, con riferimento ai territori di rispettiva competenza, sono obbligate alla presentazione del rapporto biennale.

²⁹ Sulla G.U.U.E. del 17 maggio 2023 è stata pubblicata la dir. UE n. 2023/970, volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi di applicazione. Entro il 7 giugno 2026, dunque, gli Stati membri dovranno adottare le misure necessarie per garantire, da un lato, che i datori di lavoro dispongano di sistemi retributivi tali da assicurare la parità di retribuzione, dall'altro, che la forza lavoro sia in condizione di accedere alle informazioni indispensabili per tutelare il proprio diritto a ricevere una giusta retribuzione. A oggi, infatti, la lavoratrice/il lavoratore che percepisca, a parità di mansioni, uno stipendio più basso non ha facile accesso alle informazioni necessarie per presentare la richiesta di risarcimento, ossia le informazioni sulla retribuzione dei soggetti che svolgono il medesimo lavoro o un lavoro di pari valore. Ecco perché si è resa necessaria l'inversione dell'onere della prova a carico del datore di lavoro. Tale inversione dell'onere probatorio, imposta agli Stati membri già dalla dir. CE n. 2006/54 e presente anche nella nuova direttiva, implica che il ricorrente (la lavoratrice/il lavoratore) debba limitarsi a descrivere fatti da cui si possa presumere che vi sia stata discriminazione, mentre spetta poi al convenuto (il datore di lavoro) dimostrare che la discriminazione non è in realtà avvenuta (perché non c'è stata nessuna disparità di trattamento o perché la disparità di trattamento era giustificata). L'inversione dell'onere probatorio è stata recepita all'art. 40 del Codice delle pari opportunità, con cui si è data attuazione all'art. 19 della direttiva del 2006, secondo cui, allorquando il soggetto discriminato fornisca «elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico [...], idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione». A onor del vero, più che di inversione dell'onere della prova sarebbe corretto parlare di alleggerimento del carico probatorio, dal momento che l'utilizzo dei dati statistici per fondare la presunzione di esistenza dell'atto discriminatorio è diretto a corroborare lo sforzo difensivo della lavoratrice ovvero del lavoratore e a facilitare l'emersione della condotta illecita, in un'ottica di affiancamento, e non di sostituzione, dei dati agli elementi fattuali (così, *ex multis*, Cass. civ., sent. n. 3361/2023; Cass. civ., sent. n. 5476/2021; Cass. civ., sent. n. 11530/2020; Cass. civ., sent. n. 15435/2016; Cass. civ., sent. n. 14206/2013).

nazionale di certificazione della parità di genere il legislatore nazionale vuole introdurre all'interno dell'ordinamento nostrano un cambio di paradigma nell'organizzazione del lavoro, incoraggiando le aziende, private e pubbliche, a integrare il principio della *gender equality* negli obiettivi aziendali, articolandolo sull'intero percorso professionale delle lavoratrici, dal momento del *recruiting* fino al pensionamento, in modo tale da: aumentare la presenza femminile all'interno del contesto lavorativo; garantire pari trattamento economico e pari opportunità di carriera; favorire condizioni di *work-life balance* adeguate alle diverse fasi di vita ma soprattutto proattive nel riequilibrio dei carichi familiari; creare un ambiente di lavoro che rifiuti stereotipi, discriminazioni nonché ogni forma di abuso, sia esso fisico, verbale o digitale; proporre una cultura della diversità e dell'inclusione.

Nell'Appendice A della Prassi di riferimento vengono definite molto schematicamente le regole di certificazione.

Prima di procedere oltre, tuttavia, occorre specificare che la certificazione ha carattere volontario e che, pertanto, le organizzazioni aziendali, sia pubbliche che private e a prescindere dalla loro dimensione e forma giuridica, sono assolutamente libere di scegliere se implementare o meno i sistemi di gestione volti a garantire la parità di genere. Ciononostante, come meglio vedremo nel prosieguo, il legislatore ha previsto delle premialità in favore delle aziende certificate, che vengono così incoraggiate ad adottare un modello organizzativo che promuova la parità fra i sessi e la creazione di un ambiente di lavoro inclusivo e sostenibile³⁰.

Per le sole piccole, medie e microimprese (PMI)³¹, inoltre, il PNRR ha previsto delle agevolazioni dirette a sostenere i costi di certificazione e a supportare i servizi di assistenza tecnica e di accompagnamento alla certificazione della parità di genere. A tal fine la Presidenza del Consiglio dei ministri ha già provveduto a pubblicare un primo avviso per la formazione di un elenco di organismi di certificazione accreditati interessati a aderire alle misure di agevolazione delle PMI e un secondo avviso per l'erogazione dei contributi per i servizi di assistenza tecnica e accompagnamento alla certificazione delle PMI (per un totale di € 2.500.000,00) e per i costi di certificazione della parità di genere delle PMI (per un totale di € 5.500.000,00).

Autorizzati a rilasciare la certificazione sono gli organismi di valutazione della conformità accreditati in questo ambito ai sensi del reg. CE n. 765/2008³², ossia enti che, in quanto chiamati a fornire *audit* e certificazioni di sistemi di gestione in applicazione della norma internazionale UNI CEI EN ISO/IEC 17021-1, devono conformare la loro attività ai principi ispiratori dell'imparzialità, della competenza, della responsabilità, della trasparenza e della riservatezza.

Una particolare attenzione viene posta sul requisito della competenza, tant'è che il Gruppo di verifica chiamato a valutare il rispetto della Prassi di riferimento da parte dell'organizzazione aziendale che adotta sistemi di gestione inclusivi deve essere composto da almeno un/una componente qualificato/a per le valutazioni dei sistemi di gestione per la qualità ai sensi della norma UNI EN ISO 9001 (tale componente deve altresì dimostrare la

³⁰ Secondo i dati ufficiali reperibili sul sito istituzionale dedicato alla certificazione della parità di genere, finora sono state rilasciate 1.269 certificazioni ma trattasi di un dato in costante aggiornamento. Da ultimo, in data 18 gennaio 2024, ha annunciato di aver conseguito la certificazione anche la *maison Valentino*, confermandosi nel settore *luxury* una delle realtà più all'avanguardia sotto il profilo dell'inclusività e dell'uguaglianza.

³¹ Alla luce dei dati raccolti dall'ISTAT nell'Annuario Statistico Italiano del 2022, le piccole e medie imprese costituiscono il 99,9% delle imprese operanti sul territorio nazionale.

³² Alla data in cui si scrive risultano accreditati ben 47 organismi ma anche in questo caso si tratta di un dato in costante aggiornamento.

conoscenza approfondita e documentata della UNI ISO 30415) nonché un/una avvocato/a giuslavorista o un/una consulente del lavoro iscritti da almeno 5 anni al relativo albo professionale ovvero altro/a professionista che dimostri una significativa e consolidata esperienza nel settore specifico oggetto di analisi.

Gli esperti hanno il compito di analizzare e valutare specifici indicatori chiave di prestazione (KPI o *Key Performance Indicator*) inerenti alle politiche di parità di genere attuate all'interno delle organizzazioni che presentano la domanda. A ogni indicatore è associato un valore e per avere accesso alla certificazione le aziende interessate devono ottenere un punteggio minimo complessivo del 60%.

La certificazione ha validità triennale ed è soggetta a monitoraggio annuale. Le aziende interessate, pertanto, ogni tre anni dovranno chiedere una nuova valutazione e in caso di perdita dei requisiti sono soggette alla revoca della certificazione. Ogni anno, infatti, grazie al nuovo strumento dell'informativa annuale sulla parità di genere (previsto dall'art. 3 del d.m. 29 aprile 2022)³³, le rappresentanze sindacali aziendali e le consigliere ovvero i consiglieri di parità hanno l'onere di verificare il rispetto dello standard minimo necessario al mantenimento della certificazione. Occorre precisare, tuttavia, che la revoca della certificazione non scatta in automatico, dal momento che, qualora riscontrassero anomalie o criticità, le rappresentanze sindacali e le consigliere ovvero i consiglieri di parità hanno l'obbligo di segnalarle all'organismo di valutazione della conformità che ha rilasciato la certificazione solo in caso di inutile decorso del termine preventivamente assegnato all'impresa (non superiore a 120 giorni) affinché quest'ultima provveda alla rimozione delle stesse.

Il legislatore, dunque, pone un forte accento sulla conservazione della certificazione, anche e soprattutto in prospettiva di un miglioramento delle politiche di genere adottate all'interno delle organizzazioni aziendali. A conferma di quanto detto preme osservare come la stessa Prassi si soffermi molto sull'esigenza di pianificare gli obiettivi da realizzare, prescrivendo alle imprese interessate a implementare una politica di genere globale di definire un piano strategico per la sua attuazione, predisponendo un sistema di gestione che garantisca nel tempo il mantenimento dei requisiti e consenta di monitorare gli stati di avanzamento dei risultati attraverso la predisposizione di specifici KPI di cui va reso conto nei documenti del sistema di gestione.

Scendendo più nel dettaglio, i temi che il piano strategico dovrà toccare sono le procedure di selezione e assunzione del personale, la gestione delle carriere (sia sotto il profilo dell'avanzamento professionale che sotto il profilo della formazione), l'equità salariale, la genitorialità e la cura della famiglia, la conciliazione dei tempi di vita con quelli di lavoro e la prevenzione degli abusi.

Le politiche così definite andranno poi attuate, gestite e monitorate per mezzo del sistema di gestione, che deve occuparsi di documentare i risultati raggiunti, monitorare gli indicatori chiave di prestazione, comunicare l'impegno dell'organizzazione sui temi della parità di genere sia all'esterno (marketing, pubblicità) che all'interno, attuare un sistema di audit interni indirizzati a verificare la reale ed efficace applicazione delle direttive aziendali sulla parità di genere, raccogliere evidenze oggettive in grado di dimostrare la conformità delle politiche attuate alla Prassi di riferimento, rimuovere le situazioni non conformi, rivedere periodicamente gli obiettivi da realizzare, fissandone di ulteriori in un'ottica di costante e progressivo miglioramento.

³³ Il controllo è incentrato anche sui dati risultanti dal rapporto biennale sulla situazione del personale maschile e femminile di cui all'art. 46 del Codice delle pari opportunità.

6. La prassi di riferimento: la parità di genere diventa un valore aziendale. Con il decreto adottato il 29 aprile 2022, come detto *supra*, il Ministro per le Pari Opportunità e la Famiglia ha provveduto all'individuazione dei parametri per il conseguimento della certificazione, ancorandoli a quelli indicati all'interno della Prassi di riferimento UNI/PdR 125:2022, pubblicata il 16 marzo 2022 e recante le *Linee Guida sul sistema di gestione per la parità di genere che prevede l'adozione di specifici KPI inerenti alle politiche di parità di genere nelle organizzazioni*. Come chiarito nella sua stessa premessa, la Prassi di riferimento non è una norma nazionale ma un documento pubblicato dall'Ente Italiano di Normazione (UNI), in applicazione del reg. UE n. 1025/2012, che riflette gli esiti del confronto svoltosi intorno al Tavolo di lavoro sulla certificazione di genere delle imprese previsto dalla Missione 5 del PNRR³⁴, raccogliendo le prescrizioni relative alle prassi condivise dai soggetti rappresentanti il mercato e la società civile.

Nel redigere tale documento normativo, però, non si è tenuto conto del ruolo della contrattazione collettiva, in quanto né le associazioni sindacali né quelle datoriali sono state invitate a partecipare al dibattito.

Il funzionamento del sistema nazionale di certificazione della parità di genere è, dunque, contenuto all'interno di un atto di *soft law*, che assurge al rango di atto normativo in virtù dell'esplicito richiamo che fa ad esso il d.m. 29 aprile 2022.

Come accennato *supra*, da un punto di vista soggettivo, la certificazione è aperta a tutte le organizzazioni aziendali, indipendentemente dal requisito dimensionale e dal settore produttivo di appartenenza. Ciononostante, la Prassi sceglie di classificare le imprese a partire dal numero di addette/i³⁵ e, soprattutto, dal codice ATECO³⁶, in modo tale da consentire agli imprenditori interessati a ottenere il rilascio della certificazione di pianificare e attuare la migliore politica aziendale di genere possibile a fronte dei maggiori o minori mezzi a disposizione. Non si può, infatti, non tener conto della circostanza che nel contesto italiano esistono settori occupazionali tipicamente maschili, come l'edilizia e l'*automotive*, nei quali l'ingresso delle lavoratrici e la progressione delle loro carriere risulta particolarmente difficile, quando non del tutto impossibile. Ecco spiegata, quindi, la necessità di introdurre uno strumento, come la classificazione ATECO delle organizzazioni aziendali, che consenta di valutare se il KPI preso in considerazione sia stato o meno raggiunto, a partire dal «valore medio dell'*industry* di appartenenza».

Analogamente, la Prassi prevede l'applicazione proporzionale e graduale delle misure promozionali della parità di genere in ragione del profilo dimensionale dell'organizzazione considerata, introducendo importanti semplificazioni per le piccole e le microimprese.

³⁴ Da non confondere con il Tavolo di lavoro permanente sulla certificazione di genere alle imprese istituito con decreto del 5 aprile 2022 e incaricato di concorrere, attraverso approfondimenti, elaborazione di proposte e monitoraggio delle attività, al funzionamento del sistema di certificazione della parità di genere, anche in comparazione con le esperienze degli altri Paesi (ad esempio la Spagna) e delle organizzazioni internazionali. Il Tavolo svolge anche funzioni di supporto all'autorità politica delegata per le pari opportunità e al Dipartimento per le pari opportunità ai fini della valutazione dei risultati ottenuti in seguito all'introduzione del sistema di certificazione.

³⁵ Sotto il profilo numerico, le aziende vengono suddivise in 4 *cluster*: microimpresa (da 1 a 9 addette/i); piccola impresa (da 10 a 49 addette/i); media impresa (da 50 a 249 addette/i); grande impresa (da 250 addette/i in su).

³⁶ Sotto il profilo dei codici ATECO, invece, le aziende vengono suddivise in 12 *cluster*: agricoltura, silvicoltura e pesca; industria in senso stretto; costruzioni; commercio; alberghi e ristoranti; trasporto e magazzinaggio; servizi di informazione e comunicazione; attività finanziarie e assicurative; attività immobiliari, servizi alle imprese e altre attività professionali e imprenditoriali; amministrazione pubblica e difesa, assicurazione sociale obbligatoria; istruzione, sanità e altri servizi sociali; altri servizi collettivi e personali.

Al fine di misurare il livello di maturità delle singole organizzazioni, e sulla base della stessa attribuire o meno la certificazione della parità di genere, la Prassi individua sei aree di valutazione attinenti alle differenti variabili che possono contraddistinguere un'organizzazione inclusiva e rispettosa della parità di genere e a ciascuna delle stesse attribuisce un peso percentuale che può andare da 10 a 20: area cultura e strategia (volta a misurare il grado di coerenza degli obiettivi); area *governance* (volta a misurare il grado di sviluppo del modello di *governance* dell'organizzazione); area processi HR (volta a misurare il grado di maturità dei principali processi attuati nell'ambito delle risorse umane); area opportunità di crescita e inclusione delle donne in azienda (volta a misurare il grado di maturità delle organizzazioni in relazione alla crescita professionale); area equità remunerativa per genere (volta a misurare il grado di maturità delle organizzazioni in relazione al differenziale retributivo in logica di *total reward*); area tutela della genitorialità e conciliazione vita-lavoro (volta a misurare il grado di maturità delle organizzazioni in relazione alla presenza di politiche a sostegno della genitorialità).

Alla luce del contesto economico e sociale in cui versa il nostro Paese³⁷, non v'è dubbio che fra tutte quelle elencate l'area che merita maggior approfondimento è quella relativa alla tutela della genitorialità e alla conciliazione della vita lavorativa con quella familiare.

A tal proposito, occorre ricordare come proprio nell'ottica di favorire l'ingresso e la permanenza delle donne nel mondo del lavoro, il legislatore abbia riformato il d.lgs. n. 151/2001, (*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità*) per mezzo dell'adozione del d.lgs. n. 105/2022 (c.d. *Family Act*), con cui è stata recepita la dir. UE n. 2019/1158 relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza.

L'obiettivo di «migliorare la conciliazione tra attività lavorativa e vita privata per i genitori e i prestatori di assistenza, al fine di conseguire la condivisione delle responsabilità di cura tra uomini e donne e la parità di genere in ambito lavorativo e familiare», subito dichiarato all'art. 1, è stato perseguito mediante l'implementazione del congedo di paternità obbligatorio, l'introduzione del congedo di paternità alternativo e la riforma dei congedi parentali in genere³⁸.

I congedi parentali, tuttavia, operano per periodi di tempo limitati, sicché risulta essenziale affiancare a tali misure anche altri istituti, capaci di garantire in maniera continuativa la proficua gestione del tempo e delle energie delle lavoratrici e dei lavoratori onerati da compiti

³⁷ In Italia la natalità è oggi al minimo storico. Secondo gli ultimi dati forniti dall'ISTAT alla Presidenza del Consiglio – Dipartimento per le politiche della famiglia, nel 2022 le nascite sono scese per la prima volta sotto la soglia delle 400.000 unità, arrestandosi a 393.000. Anche a livello europeo, prendendo in considerazione i dati raccolti dall'Eurostat, l'Italia è fra gli Stati membri con il tasso di natalità più basso, contando 1,25 nascite per donna, dato superiore solo a quello spagnolo (1,19) e maltese (1,13). Si tratta di statistiche preoccupanti, soprattutto perché sintomo di politiche sociali poco solidali con le lavoratrici madri ma anche con le lavoratrici che, non essendo ancora madri, abbiano comunque intenzione di mettere su famiglia.

³⁸ Per una più attenta disamina delle misure introdotte con la riforma del 2022 v. F. Schiavetti, cit., che mette subito in luce come, anche quando animato dalle migliori intenzioni, il legislatore cada nell'errore di produrre gravi disparità di trattamento fra lavoratori padri e lavoratrici madri, ad esempio assicurando ai primi un'indennità di congedo pari al 100% della retribuzione, mentre alle seconde un'indennità di congedo pari al solo 80% della retribuzione. Come opportunamente evidenziato dall'autrice, «[d]a un punto di vista giuridico la scelta del legislatore può essere considerata lineare ed adeguata alla breve durata del congedo obbligatorio riservato al padre rispetto a quello spettante alla madre, si deve però rilevare, sotto un profilo di opportunità e di corrispondenza al più ampio disegno di riforma, che tale disallineamento rappresenta un segnale sbagliato in un Paese caratterizzato da uno dei più significativi *gender pay gap* europei e mondiali e che certamente avrebbe necessità di un forte impegno del legislatore e delle parti sociali in senso diametralmente opposto».

di cura.

Ecco perché oggi, a maggior ragione dopo l'esperienza pandemica, è divenuta fondamentale la regolamentazione del lavoro da remoto, categoria all'interno del quale si riconduce sia il lavoro agile (l. n. 81/2017) che il telelavoro (Accordo Interconfederale tra CGIL, CISL e UIL del 2014)³⁹.

Non è un caso, quindi, che fra i più importanti indicatori di *gender equality* vengano ricompresi:

- la presenza di servizi dedicati al rientro post maternità e post paternità (es. procedure/attività per il *back to work*, *coaching*, part time su richiesta temporaneo e reversibile, *smart working*, piano *welfare ad hoc*, asilo nido aziendale);
- la presenza di servizi volti a favorire la *work-life balance* e di *policy* dedicate alla tutela della maternità e della paternità migliorative rispetto allo standard minimo previsto dal CCNL di riferimento (es. congedo di paternità oltre le tempistiche previste dai CCNL e programmi di engagement, su base volontaria, durante il congedo di maternità);
- la presenza di *policy* per il mantenimento dei benefit e di iniziative che tutelino la relazione tra persone e azienda prima, durante e dopo la maternità e la paternità, allo stesso tempo valorizzando l'esperienza della genitorialità come momento di acquisizione di nuove competenze a favore della persona e dell'organizzazione.

Quelli appena elencati sono indicatori di natura qualitativa e vengono misurati in termini di presenza o assenza nell'ambito dell'organizzazione aziendale, a differenza degli indicatori di natura quantitativa, che vengono misurati prendendo in considerazione il delta percentuale rispetto a un valore interno aziendale ovvero a un valore medio di riferimento nazionale o, ancora, a seconda del tipo di attività economica concretamente svolta dall'impresa così come risultante dal codice ATECO di appartenenza. Fra questi ultimi, muovendoci sempre entro l'area della tutela della genitorialità e della conciliazione vita-lavoro, si ricordano il rapporto fra il numero dei beneficiari uomini effettivi sul totale dei beneficiari potenziali del congedo di paternità nei primi dodici anni di vita del bambino e il rapporto fra il numero medio di giorni effettivamente fruiti e il numero complessivo di giorni di congedo di paternità obbligatorio potenzialmente previsto dalla legge (i KPI si considerano progressivamente raggiunti quanto più si avvicinano al 100%).

Guardando alla Prassi nel suo complesso, è facile notare come tutti gli indicatori presi in considerazione dipendano esclusivamente dalle politiche che ciascuna azienda decide di implementare, anche perché spronata dall'impegno assunto dal legislatore di concedere alle imprese virtuose vantaggi economico-finanziari sia sul piano fiscale e contributivo che sul piano delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Come accennato nella premessa, quindi, il legislatore italiano, piuttosto che rafforzare le tutele minime già fissate dalla legge ovvero introdurre nuove misure atte a incrementare l'occupazione femminile, ha preferito addossare sulle imprese il compito di portare a zero le disuguaglianze di genere, lasciando che siano i singoli imprenditori a valutare se adottare o meno politiche aziendali di genere più all'avanguardia. Così facendo, se da un lato viene preservata la libertà di auto-organizzazione dell'imprenditore (tutelata dall'art. 41 Cost.), dall'altro vengono fortemente ridotte le possibilità di successo dell'intervento legislativo atto

³⁹ Sul punto si richiamano ancora una volta gli approfondimenti svolti da F. Schiavetti, cit., dai quali emerge, da un lato, l'urgenza di trovare un accordo in grado di ricostruire il sistema organizzativo riprogettando i diritti e i doveri delle parti senza snaturare il rapporto di lavoro, dall'altro, la necessità di evitare i rischi connessi a una modalità di lavoro potenzialmente in grado di erodere la linea di demarcazione fra i momenti lavoro e quelli dedicati alla vita personale, così sovraesponendo le lavoratrici e i lavoratori alle continue richieste del datore (c.d. *work-life blending*).

a migliorare la condizione delle lavoratrici.

Contestualmente all'individuazione delle suddette sei aree di valutazione, il Tavolo di lavoro ha individuato anche quei «pilastri» la cui azione congiunta è volta ad avviare il percorso sistemico di cambiamento culturale che deve portare non solo le organizzazioni aziendali ma la società tutta a raggiungere una più equa parità di genere: il rispetto dei principi costituzionali di parità e uguaglianza, l'adozione di politiche e misure volte a favorire l'occupazione femminile, l'adozione di misure che favoriscono l'effettiva parità fra uomini e donne nel mondo del lavoro, la promozione di politiche di *welfare*⁴⁰ a sostegno del lavoro silenzioso⁴¹ di chi si dedica alla cura della famiglia, l'adozione di misure specifiche a favore delle pari opportunità, l'integrazione del principio dell'equità di genere nella normativa nazionale.

In definitiva, l'obiettivo finale dell'intervento è quello di incorporare il nuovo paradigma relativo alla parità di genere nel DNA delle organizzazioni aziendali, al fine di produrre un cambiamento sostenibile e durevole nel tempo, anche sul piano culturale e sociale. La riuscita del tentativo di riforma appena avviato dal legislatore è fortemente condizionata dal contesto socioculturale italiano, all'interno del quale andrebbero fatti circolare per essere poi assorbiti due fondamentali messaggi: da una parte, non deve più essere considerata naturale la contrazione professionale subita dalla lavoratrice madre, dall'altra, non deve più essere guardata con dubbio o disapprovazione la medesima situazione quando coinvolge la figura paterna⁴². A occorrere, quindi, non è solo una riforma del lavoro ma anche della scuola, dei costumi e dei *media*.

7. La promozione delle pari opportunità nel settore dei contratti pubblici. Al fine di promuovere l'adozione della certificazione della parità di genere da parte delle imprese, la l. n. 162/2021 ha introdotto le seguenti premialità in favore delle aziende certificate:

- lo sgravio dei contributi previdenziali a carico del datore di lavoro per l'anno 2022, in misura non superiore all'1% ed entro il limite massimo di 50.000 euro annui per ciascuna azienda;
- il riconoscimento di un punteggio premiale per la valutazione, da parte di autorità titolari di

⁴⁰ Dove per *welfare* si intende l'insieme delle azioni volte a migliorare il benessere delle lavoratrici e dei lavoratori nonché delle loro famiglie con un approccio di «corso di vita». Come sottolineato da E. Catelani, cit., oggi si avverte più che mai la necessità di attivare interventi normativi qualificabili non tanto come azioni positive atte a favorire l'ingresso delle donne nel mondo del lavoro quanto piuttosto come misure di *welfare* dirette ad agevolare la tutela di due obiettivi fra loro strettamente connessi: la maternità e il lavoro femminile.

⁴¹ Sempre E. Catelani, cit., ha correttamente osservato che il lavoro svolto dalle donne all'interno della famiglia, ossia le attività di assistenza ai figli e agli anziani, non entrando nel circolo economico, è come se non esistessero (ecco perché si parla di lavoro «silenzioso»). Tale tipologia di lavoro, proprio perché non remunerata, può determinare un rischio di maggiore povertà all'interno della famiglia, circostanza dalla quale deriva una minor propensione alla procreazione e, dunque, una conseguente denatalità. Viceversa, una maggior occupazione delle donne determina non solo più crescita economica e meno vulnerabilità per le famiglie ma anche maggiore tranquillità emotiva e maggiore predisposizione alla procreazione. A ciò si aggiunga che, se la donna lavoratrice non ha la possibilità di svolgere direttamente i lavori di cura, si attivano di conseguenza nuove professionalità e nuove tipologie di lavoro fino a poco tempo fa inimmaginabili. Proprio su queste fondamenta poggia la c.d. *womeneconomics*, tesi formulata nel 1999 da una analista di *Goldman Sachs* e poi ripresa dal *The Economist* nel 2006, che introduce una nuova formula della crescita economica costituita dalla connessione fra quattro elementi essenziali: donne, lavoro, economia, fecondità.

⁴² Così, ancora una volta, F. Schiavetti, cit., ma v. anche I. De Cesare, *Pandemia e parità di genere*, cit., secondo la quale «le azioni volte a favorire la conciliazione dei tempi di lavoro e cura potranno sortire effetti consistenti per la riduzione delle disuguaglianze di genere solo se accompagnate da una decisa revisione culturale che elimini gli stereotipi della donna prima e soprattutto madre – *caregiver* – e dell'uomo prima e soprattutto lavoratore – *breadwinners*».

fondi europei, nazionali e regionali, di proposte progettuali ai fini della concessione di aiuti di Stato a cofinanziamento degli investimenti sostenuti.

Ulteriori forme di incentivo, legate alla partecipazione alle gare di appalto, sono state introdotte dall'art. 34, d.l. n. 36/2022⁴³, che ha modificato gli artt. 93, c. 7, e 95, c. 13, d.lgs. n. 50/2016 (*Codice dei contratti pubblici*), prevedendo per le aziende certificate la diminuzione della garanzia prevista per la partecipazione alle procedure di gara e richiedendo alle amministrazioni aggiudicatrici di istituire sistemi premiali legati al possesso della certificazione.

Come accennato in premessa, tuttavia, occorre tener conto del nuovo Codice dei contratti pubblici, adottato con d.lgs. n. 36/2023, entrato in vigore dal 1° aprile 2023⁴⁴, che ha in parte modificato il quadro normativo ricostruito finora, riducendo parzialmente l'impatto della certificazione della parità di genere nel settore dell'evidenza pubblica.

Tanto per cominciare, nel nuovo Codice la certificazione viene espressamente richiamata solo all'interno dell'art. 108, c. 7, ossia la disposizione che, andando a sostituire l'art. 95, c. 13, d.lgs. n. 50/2016, impone alle stazioni appaltanti di prevedere nei bandi il maggior punteggio da attribuire alle aziende in possesso dei requisiti di cui all'art. 46-*bis* Codice delle pari opportunità.

Anche nel Codice del 2023, dunque, viene ribadito l'obbligo per le stazioni appaltanti di istituire sistemi premiali legati al rispetto della parità di genere, il che si traduce nel prevedere il possesso della certificazione non quale requisito di partecipazione⁴⁵ ma, appunto, quale requisito ulteriore atto a migliorare il posizionamento in graduatoria del concorrente che se ne voglia giovare. Il bando, dunque, può prevedere che la commissione aggiudicatrice attribuisca un punteggio sempre più alto a seconda del maggiore o minor risultato assegnato all'azienda certificata dall'ente certificatore (a partire, come visto *supra*, da un minimo di 60 per arrivare a un massimo di 100).

Il testo originario della norma prevedeva che gli operatori economici potessero attestare il possesso dei requisiti di cui all'art. 46-*bis* Codice delle pari opportunità anche per mezzo di una semplice autocertificazione, la cui attendibilità sarebbe poi stata accertata dalle stazioni appaltanti, in sede di verifica dei requisiti del solo aggiudicatario, «con qualsiasi adeguato mezzo»⁴⁶.

Prevedere che gli operatori economici potessero provare il rispetto e la promozione della parità di genere con una autocertificazione qualsiasi, senza passare per i vari passaggi previsti dalla Prassi di riferimento (pianificazione, implementazione, monitoraggio), però, avrebbe messo in serio dubbio l'utilità del sistema introdotto dalla legge Gribaudo.

Proprio per tale ragione il legislatore è intervenuto con l'art. 2, c. 2, d.l. n. 57/2023 disponendo l'eliminazione dell'inciso «anche a mezzo di autocertificazione» nonché del

⁴³ Convertito con modificazioni dalla l. n. 79/2022.

⁴⁴ Le disposizioni del Codice, con i relativi allegati, tuttavia, acquistano efficacia a decorrere dal 1° luglio 2023 (art. 229, cc. 1 e 2, del d.lgs. n. 36/2023).

⁴⁵ Nell'ottica di garantire la massima concorrenza e partecipazione possibile nel settore dei contratti pubblici, l'art. 58 della dir. UE n. 2014/24 dispone che «Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici, come requisiti di partecipazione, unicamente i criteri di cui ai paragrafi 2, 3 e 4» e, dunque, esclusivamente il possesso dell'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale nonché il possesso della capacità economica e finanziaria e delle capacità tecniche e professionali necessarie per lo svolgimento della prestazione oggetto del contratto d'appalto.

⁴⁶ Preme ricordare, tuttavia, che quanto dichiarato all'interno dell'autocertificazione, ove non conforme al vero, espone il dichiarante alle conseguenze penali previste dall'art. 483 c.p. (falsità ideologica del privato in atto pubblico), ossia la reclusione fino a due anni.

successivo periodo relativo alla verifica di attendibilità svolta dalle stazioni appaltanti.

Un più vago riferimento alla certificazione della parità di genere è contenuto nell'art. 106, c. 8, norma nel quale è confluito il previgente art. 93, c. 7, d.lgs. n. 50/2016 e che prevede la riduzione della garanzia presentata a corredo dell'offerta fino a un importo massimo del 20%, ove l'operatore economico possieda una o più delle certificazioni indicate all'interno dell'elenco contenuto nell'Allegato II.13, elenco fra cui compare, appunto, anche la certificazione rilasciata ai sensi della UNI/PdR 125:2022.

Mettendo a confronto la nuova con la vecchia normativa, risulta facile notare che la riduzione della garanzia provvisoria è passata dall'iniziale 30%, non cumulabile con le altre ipotesi di riduzione, all'attuale 20%, cumulabile con le altre ipotesi di riduzione.

Se da un lato, quindi, si assiste a un decremento del beneficio di ben dieci punti percentuali, dall'altro emerge la volontà del legislatore di incoraggiare le imprese a dotarsi della certificazione della parità di genere, consentendo a quest'ultime di cumulare i vantaggi derivanti dal possesso di tale certificazione con quelli derivanti dal possesso delle altre certificazioni individuate dall'Allegato II.13.

Nel sistema delineato dal nuovo Codice la certificazione della parità di genere resta sullo sfondo, mentre un ruolo decisamente maggiore viene assegnato al rapporto periodico sulla situazione del personale disciplinato dall'art. 46, d.lgs. n. 198/2006.

All'art. 94, c. 5, lett. c), d.lgs. n. 36/2023, infatti, il legislatore introduce una nuova causa di esclusione automatica⁴⁷ per tutte le aziende con oltre 50 dipendenti che non abbiano prodotto al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta copia conforme dell'ultimo rapporto sul personale trasmesso alle rappresentanze sindacali e alle consigliere ovvero ai consiglieri di parità⁴⁸.

Le novità più interessanti, però, si riscontrano in materia di contratti riservati⁴⁹ all'art. 61, cc.

⁴⁷ Preme sottolineare che, a differenza delle cause di esclusione non automatica (oggi elencate all'art. 95 del d.lgs. n. 36/2023), che lasciano alla stazione appaltante ampia discrezionalità, potendo la stessa decidere, motivatamente, di non escludere il concorrente, le cause di esclusione automatica operano immediatamente e senza il bisogno di nessun intervento da parte dell'amministrazione, rendendo così evidente il maggior grado di gravità assegnato a quest'ultime dal legislatore.

⁴⁸ L'Allegato II.3, inoltre, prevede una lunga serie di obblighi anche per le aziende che occupano un numero pari o superiore a 15 dipendenti, alle quali è richiesto di consegnare, entro sei mesi dalla conclusione del contratto: una relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni e riguardo allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta; la certificazione di cui all'art. 17 della l. n. 68/1999 sul rispetto delle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili; una relazione relativa all'assolvimento degli obblighi di cui alla l. n. 68/1999 e alle eventuali sanzioni e provvedimenti disposti a carico dell'azienda nel triennio antecedente la data di scadenza di presentazione delle offerte.

⁴⁹ I contratti riservati, in linea con il Considerando n. 2 e n. 36 della dir. UE n. 2014/24 sugli appalti pubblici, perseguono l'obiettivo di facilitare l'ingresso nel mondo del lavoro delle persone con disabilità e svantaggiate, promuovendo la loro integrazione sociale e professionale ma soprattutto incoraggiando la creazione di imprese sociali che si prefiggono come obiettivo primario quello di creare nuovi posti di lavoro per tali categorie di lavoratori. Ciò posto, e fermo restando l'apprezzabile intento del legislatore, sia consentito sollevare più di una perplessità in merito all'opportunità di equiparare la condizione femminile a quella di tali soggetti svantaggiati, storicamente individuati – si fa particolare riferimento al previgente art. 112, c. 2, del d.lgs. n. 50/2016 – non soltanto nelle persone disabili ma anche negli ex degenti di ospedali psichiatrici (anche giudiziari), nei soggetti in trattamento psichiatrico, nei tossicodipendenti, negli alcolisti, nei minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, nelle persone detenute o internate in istituti penitenziari, nei condannati e negli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno.

2 e 4, d.lgs. n. 36/2023 nonché al correlato Allegato II.3⁵⁰.

Le disposizioni in esame, infatti, contengono affermazioni fra loro contraddittorie, dal momento che:

- l'art. 61, c. 2 impone alle stazioni appaltanti di prevedere nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, come requisiti necessari «o» come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, meccanismi e strumenti idonei a realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate;
- l'art. 1, c. 4, dell'Allegato II.3 impone alle stazioni appaltanti di prevedere come requisiti necessari «e» come ulteriori requisiti premiali dell'offerta specifiche clausole dirette all'inserimento di criteri orientati a promuovere l'inclusione lavorativa, la parità di genere e l'assunzione di giovani e donne e, in particolare, l'obbligo di riservare all'occupazione giovanile e femminile, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30% del numero complessivo di risorse impiegate nell'esecuzione dell'appalto⁵¹.

In altre parole, se l'art. 61 consente alle stazioni appaltanti di inserire nel bando di gara criteri atti a garantire le pari opportunità di genere e generazionali, «alternativamente», o come requisito necessario o come requisito premiale (*rectius*: facoltativo), l'Allegato – che, preme ricordarlo, in quanto parte integrante del Codice, ha anch'esso rango legislativo, per lo meno fintantoché non si procederà con la delegificazione prevista dall'art. 61, c. 5 – consente alle stazioni appaltanti di inserire nel bando di gara criteri atti a garantire le pari opportunità di genere e generazionali, «cumulativamente», sia come requisito necessario che come requisito premiale⁵².

A ben vedere, dunque, ove il legislatore non intervenga al fine di rendere le due norme coerenti l'una con l'altra, ricadrà sull'interprete il gravoso compito di risolvere il contrasto anche alla luce dell'art. 108, c. 7, Codice, che non è chiaro se si applichi o meno a tutti i contratti pubblici e, dunque, anche a quelli riservati, oltre che alla stregua dei principi e criteri direttivi individuati dall'art. 1, c. 2, lett. b), n. 3, l. n. 78/2022 (*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*)⁵³.

⁵⁰ È, tuttavia, prevista l'abrogazione dell'Allegato II.3 a decorrere dalla data di entrata in vigore del corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'art. 17, c. 3, l. n. 400/1988, che lo andrà a sostituire integralmente anche in qualità di allegato al Codice (art. 61, c. 5, d.lgs. n. 36/2023). Il legislatore ha ulteriormente precisato che il suddetto regolamento va adottato entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del nuovo Codice (art. 1, ult. comma, dell'Allegato II.3). Tale termine è da considerarsi meramente ordinatorio.

⁵¹ Nell'Allegato II.3 confluisce il disposto dell'art. 47, c. 4, d.l. n. 77/2021 (c.d. decreto Semplificazioni), poi convertito con modificazioni dalla l. n. 108/2021. Ci troviamo di fronte, dunque, non tanto a una nuova previsione normativa quanto piuttosto a una razionalizzazione della materia, che viene finalmente concentrata all'interno di un unico atto, dopo anni di parcellizzazione in svariati testi legislativi.

⁵² Trattasi di obblighi presidiati da sanzioni parecchio gravose dal momento che, ai sensi dell'art. 1, c. 7, dell'Allegato II.3, i contratti d'appalto devono prevedere, in caso di violazione dell'obbligo di cui al comma 4, l'applicazione di penali commisurate alla gravità della violazione e proporzionali rispetto all'importo ovvero alle prestazioni del contratto. La medesima sanzione è prevista anche in caso di mancata consegna, da parte degli operatori economici che impiegano un numero pari o superiore a quindici dipendenti, della relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile (art. 1, c. 2, dell'Allegato II.3) nonché della certificazione di cui all'art. 17, l. n. 68/1999 e della relazione relativa all'assolvimento degli obblighi di cui alla medesima legge (art. 1, c. 3, dell'Allegato II.3). La mancata consegna della relazione di cui al c. 2 (da non confondere con il rapporto sulla situazione del personale), inoltre, impedisce la partecipazione alle procedure di affidamento per un periodo pari a dodici mesi, senza alcuna possibilità *self cleaning*.

⁵³ Sul punto, la legge delega prescrive, senza lasciare alcun margine di opinabilità, che le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti specifiche clausole sociali con cui indicare, come requisiti necessari dell'offerta, criteri orientati a «promuovere meccanismi e strumenti anche di premialità

Gli obblighi appena descritti, tuttavia, si svuotano di significato laddove più oltre, all'art. 1, c. 7, dell'Allegato II.3, viene lasciata aperta alle stazioni appaltanti la possibilità di escludere l'inserimento di tali requisiti ovvero ridurre la quota di assunzione riservata all'occupazione giovanile e femminile⁵⁴, previa adeguata e specifica motivazione, che tenga conto dell'oggetto del contratto, della tipologia o della natura del progetto ovvero di qualsiasi altro elemento puntualmente indicato e tale da rendere l'inserimento di tali clausole impossibile o contrastante con gli obiettivi di universalità e socialità, efficienza, economicità, qualità del servizio e ottimale impiego delle risorse pubbliche⁵⁵.

Il legislatore, dunque, introduce un «falso» obbligo, un obbligo «relativo», in quanto le pubbliche amministrazioni restano libere di sottrarsi allo stesso, purché offrano una motivazione dalla quale sia possibile ricostruire le ragioni che giustificano la deroga⁵⁶.

A quanto detto finora si aggiunga che, ove le stazioni appaltanti decidano di prevedere clausole volte a promuovere la parità di genere, comunque il contenuto di tali clausole verrebbe subordinato al rispetto di un gran numero di condizioni, quali i principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione e, in generale, ogni altro principio individuato in sede sovranazionale. Nella predisposizione del bando, inoltre, l'amministrazione deve tener conto dell'oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo progetto in relazione ai profili occupazionali richiesti, degli indicatori degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giovanile e del tasso di occupazione delle persone disabili al 2026⁵⁷.

Volendo tradurre in termini concreti quanto finora detto, è molto probabile che le amministrazioni faranno ampio ricorso alla deroga quando dovranno affidare contratti in settori caratterizzati da una bassa diversità di genere o quando sarà loro richiesto di predisporre bandi che contengano la clausola sociale di riassorbimento occupazionale o, ancora, quando la natura del servizio messo a gara richiederà l'assunzione di risorse con significativa esperienza lavorativa pregressa (in quest'ultimo caso, però, a scontarne le conseguenze sarà la sola occupazione giovanile).

per realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate».

⁵⁴ Nonostante i principi e dei criteri direttivi individuati all'interno della legge delega siano chiari nel qualificare come obbligatorio, senza alcuna possibilità di deroga, l'inserimento nei bandi di gara di specifiche clausole sociali volte a indicare, come requisiti necessari dell'offerta, criteri orientati a promuovere e salvaguardare le pari opportunità di genere e generazionali.

⁵⁵ Norma che sembra evocare la tesi – propugnata anche da alcuni Padri costituenti – secondo cui il rendimento del lavoro della donna sarebbe tendenzialmente inferiore rispetto a quello dell'uomo. Sul punto si richiamano ancora una volta le osservazioni di C. Salazar, cit., E. Catelani, op. cit., e F. Covino, op. cit.

⁵⁶ Vale la pena precisare, comunque, che si tratterebbe di una motivazione molto difficile da rendere, in quanto «rafforzata» dalla compiuta, accurata e argomentata indicazione delle ragioni – espressamente individuate dal legislatore – a fronte delle quali diverrebbe legittimo escludere dalla documentazione di gara l'inserimento delle clausole volte a promuovere l'occupazione femminile e generazionale.

⁵⁷ La situazione di storica (e cronica) inferiorità delle donne viene confermata anche dall'ormai consolidata scelta del legislatore di assimilare la loro situazione a quella di categorie svantaggiate quali i soggetti diversamente abili. Il sesso femminile, però, non identifica una minoranza bensì una «connotazione dell'umanità» che trae le proprie origini da un dato biologico, che non può e non deve essere utilizzato per giustificare il trattamento deteriore spesso riservato alle donne in ambito lavorativo e non. Così C. Salazar, op. cit. Sulla necessità di abbandonare l'impostazione protezionistica e assistenziale finora assunta dal legislatore v. F. Covino, op. cit. In tale direzione si pongono anche le recenti affermazioni (*post Facebook* del 31 gennaio 2023) dell'ex Ministra per le pari opportunità e la famiglia Elena Bonetti (oggi deputata appartenente al gruppo Azione-Italia Viva), secondo cui il nuovo Codice dei contratti pubblici ritorna a parlare di donne come di soggetti svantaggiati piuttosto che come risorse economiche e sociali per il Paese.

Rendere facoltativo l'inserimento nei bandi, negli avvisi e nelle lettere di invito di clausole volte a promuovere l'occupazione femminile e consentire la riduzione della quota di assunzioni riservata alle donne, però, se da un lato ha il pregio di tenere conto della situazione di fatto⁵⁸, alla luce della quale è molto spesso difficile (quando non del tutto impossibile) attuare il dettato normativo, dall'altro ha il difetto di contribuire al c.d. *watering-down* («annacquamento») delle misure poste a presidio della parità di genere, incentivando la settorializzazione del lavoro femminile e finendo, dunque, per produrre un effetto del tutto contrario a quello voluto.

Come emerge dall'art. 102, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 36/2023, infine, il ricorso alla certificazione non è richiesto neanche al fine di attestare l'adozione di politiche aziendali volte a promuovere la parità di genere, essendo l'impegno che gli operatori economici sono tenuti ad assumere in fase di gara del tutto estraneo al possesso o meno della certificazione di cui all'art. 46-*bis* Codice delle pari opportunità.

La norma, però, omette di individuare la sanzione applicabile in caso di mancato rispetto dell'impegno preso. Fermo restando che certamente non è possibile parlare di risoluzione per inadempimento, dal momento che l'art. 122, c. 3, d.lgs. n. 36/2023 ancora la risoluzione del contratto a un inadempimento tanto da grave da compromettere la buona riuscita delle prestazioni (mentre la violazione degli impegni assunti sul piano della parità di genere impatta esclusivamente sull'organizzazione aziendale e non anche sull'esecuzione del contratto), l'unica strada percorribile – ma non menzionata dal legislatore – è quella della sanzione pubblicistica irrogata dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), come, ad esempio, l'esclusione dalla partecipazione alle gare per un più o meno ampio lasso di tempo.

8. Considerazioni conclusive. Una volta ricostruito il quadro storico e normativo di riferimento, è ora possibile individuare i pro e i contro della misura adottata dal legislatore italiano in attuazione della Missione 5 del PNRR.

La certificazione costituisce indubbiamente un importante passo avanti nella promozione dell'*empowerment* femminile, dal momento che non solo favorisce l'adozione di *policy* volte a incorporare la parità di genere fra i valori aziendali ma fissa anche dei criteri di misurazione della *performance* aziendale in grado di valutare se e come aumenta il livello di maturità dell'organizzazione nel corso del tempo, stimolando i vertici aziendali a impegnarsi per portare avanti un costante e continuo miglioramento⁵⁹.

D'altra parte, è lo stesso PNRR a volgere lo sguardo al mondo dell'impresa cercando di creare le condizioni per la parità di genere mediante strumenti di premialità piuttosto che sanzionatori, in modo tale che siano gli stessi privati – quasi in un'ottica di sussidiarietà orizzontale – ad organizzarsi in autonomia al fine di monitorare e supervisionare il buon andamento delle imprese, anche sotto il profilo dell'inclusione e delle pari opportunità di genere.

L'approccio dell'incentivo attraverso la premialità è un metodo senz'altro efficace per promuovere i comportamenti desiderati⁶⁰ e, di conseguenza, favorire l'affermazione

⁵⁸ Secondo i dati ISTAT relativi all'ultimo trimestre del 2022, sono solo 76.000 le donne operanti nel settore delle costruzioni, su un dato complessivo di 1.015.000 occupati. Le donne occupate nel comparto economico dei servizi (commercio, alberghi, ristoranti e altre attività), invece, sono ben 6.910.000, su un dato complessivo di 12.567.000. In entrambi i casi la ricerca fa riferimento alle lavoratrici e ai lavoratori dipendenti dai 15 agli 89 anni.

⁵⁹ Così I. Seminaroti, op. cit.

⁶⁰ Sul punto v. E. Schein, *Cultura d'azienda e leadership*, Milano, 2018, secondo cui diventa più facile creare una «cultura organizzativa» se alla persistenza del comportamento corretto si accompagna un fattore di premialità.

sostanziale del principio di uguaglianza. La premialità, infatti, contribuisce a creare un senso di comunità basato sulla cooperazione e sulla condivisione di valori: incentivando la collaborazione e il rispetto reciproco, si incoraggia la costruzione di società più resilienti e coese.

A risultare particolarmente lodevole è anche il tentativo del legislatore di individuare un approccio nuovo alla tematica della *gender equality*, facendo leva sulla maggiore responsabilizzazione delle imprese, sulla maggiore trasparenza e diffusione dei dati e delle informazioni inerenti alla situazione del personale e, soprattutto, sull'adozione di un'idea organizzativo-gestionale dell'uguaglianza di genere che completi, affiancandola, quella più tradizionale fondata sulla repressione del singolo atto discriminatorio⁶¹.

In altre parole, si sta finalmente facendo strada l'idea secondo la quale il cambiamento deve essere prima di tutto culturale e sociale, potendo il diritto solo introdurre strumenti che ne accelerino e facilitino l'avanzata.

Lo stesso PNRR mostra una certa consapevolezza rispetto al problema della suddivisione dei compiti di cura fra uomo e donna, riconoscendo espressamente che le azioni volte a favorire la conciliazione dei tempi di lavoro con quelli di cura potranno sortire effetti consistenti per la riduzione/eliminazione delle disuguaglianze di genere solo se accompagnate da una decisa revisione culturale che, a partire dalla scuola dell'infanzia e primaria, elimini gli stereotipi che vedono nella donna prima e soprattutto una madre e nell'uomo prima e soprattutto un lavoratore⁶².

Tutto ciò premesso, però, occorre sottolineare come la scintilla che ha avviato la discussione attorno alla parità di genere abbia preso le mosse dalla *lex mercatoria* più che dalla spontanea iniziativa di un legislatore attento e capace di intercettare le istanze della società.

A conferma di quanto detto finora valga la pena rilevare come le misure adottate nell'ambito del PNRR – e, in generale, nel corso degli ultimi anni – abbiano preferito concentrare i loro sforzi nell'incentivare l'ingresso delle donne nel mondo del lavoro, trascurando invece altri aspetti, ugualmente rilevanti, quali, ad esempio, la conservazione del posto di lavoro, la progressione della carriera nonché le possibilità di reinserimento al termine del congedo di maternità.

Nell'ottica di rilancio dell'economia nazionale assunta dal legislatore successivamente alla crisi economica ed energetica legata alla pandemia e allo scoppio della guerra in Ucraina, infatti, hanno assunto primaria importanza gli interventi normativi atti a incidere sul mercato del lavoro quantitativamente più che qualitativamente⁶³, lasciando sullo sfondo l'implementazione del principio di uguaglianza sostanziale sancito in Costituzione.

L'attenzione del legislatore, invece, dovrebbe essere rivolta verso la ristrutturazione del mercato del lavoro in chiave costituzionalmente orientata ed egualitaria, attraverso l'adozione

Si rimanda anche alla Teoria dei Giochi, sviluppata dal matematico John Von Neumann a partire dagli anni Quaranta del secolo scorso.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Così anche I. De Cesare, *Pandemia e parità di genere*, cit.

⁶³ Si guardi, in particolare, alla quasi totale assenza di misure in grado di garantire efficacemente alle lavoratrici una reale e concreta conciliazione dei tempi di vita con quelli di lavoro (si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'aumento del numero degli asili nido, al prolungamento della durata del congedo di paternità, all'introduzione di orari di lavoro maggiormente flessibili, anche grazie all'utilizzo del *remote work* quale strumento atto ad assecondare i bisogni e le esigenze delle lavoratrici madri e *caregiver* e non quale strumento volto ad assicurare al datore la costante reattività dei dipendenti).

di misure che, oltre ad aumentare il numero degli occupati, obiettivo senz'altro auspicabile⁶⁴, dovrebbero altresì combattere il precariato, migliorare le condizioni di lavoro delle lavoratrici madri e *caregiver*, colmare il *gender pay gap*, valorizzare la funzione familiare dell'uomo, essenziale tanto quanto quella della donna (art. 37 Cost.).

Sotto tale profilo preme evidenziare i limiti dello stesso PNRR, che punta esclusivamente all'aumento occupazionale, per di più in ambiti – pubblica amministrazione, turismo, cultura – dove le donne sono già ampiamente presenti, rischiando così di peggiorare la situazione delle donne occupate, perpetrando la prassi della settorializzazione lavorativa⁶⁵.

Il PNRR, inoltre, prevedendo interventi rivolti molto genericamente alla cura dei figli, non si discosta dal terreno già tracciato dalle politiche sociali finora adottate dal legislatore italiano, rivelatesi del tutto inadeguate a riequilibrare la sproporzione presente in ambito familiare fra uomo e donna nella suddivisione dei compiti di cura.

Una più efficace tutela dei diritti delle donne, poi, sarebbe realizzabile ove gli stessi fossero riconosciuti, disciplinati e garantiti da strumenti di *hard law* e non da mere linee guida o indirizzi più o meno politici, come quelli che abbiamo visto essere stati impiegati per introdurre nell'ordinamento italiano il sistema della certificazione di genere, il cui funzionamento è nella sostanza dettato esclusivamente dalle Prassi di riferimento.

Se, ad esempio, gli Stati fossero ritenuti responsabili per il mancato rispetto degli obblighi derivanti dai singoli PNRR e dagli accordi internazionali (si pensi alla Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne⁶⁶) sarebbe effettivamente possibile affiancare una tutela giuridica agli strumenti di *soft law* e alle norme consuetudinarie spesso usate per indirizzare il sistema.

Sarebbe altrettanto consigliabile ricondurre i diritti delle donne entro l'alveo dei diritti fondamentali. È bene ricordare, infatti, che tali diritti si basano sull'assunto secondo cui ogni persona possiede una dignità intrinseca, indipendentemente dal sesso e, dunque, incarnano il principio di uguaglianza e non discriminazione.

Volendo riepilogare, anche nell'impianto del PNRR è possibile ritrovare una visione della tutela delle lavoratrici sbilanciata verso la dimensione familiare, in quanto vengono quasi del tutto trascurate le azioni previste a garanzia dei diritti delle lavoratrici non madri, quasi a presupporre la maternità quale essenza e condizione intrinseca della donna e non libera scelta individuale⁶⁷.

Il raggiungimento dell'uguaglianza di genere, tuttavia, richiede di affrontare le disuguaglianze sistemiche, sfidando gli stereotipi di genere e promuovendo un radicale cambiamento culturale e sociale, dal momento che è solo a partire del riconoscimento dei diritti delle donne come diritti umani che le società possono lavorare per la creazione di un mondo più giusto, inclusivo ed equo, garantendo a tutti gli individui il diritto di sviluppare pienamente il proprio

⁶⁴ Secondo i dati Eurostat, fra gli Stati membri dell'Unione europea l'Italia è al terzo posto per tasso di disoccupazione e al secondo per numero di NEET (*Not engaged in Education, Employment or Training*).

⁶⁵ Sulla settorializzazione lavorativa si rimanda agli approfondimenti contenuti nei contributi di I. De Cesare, *Pandemia e parità di genere*, cit., e *Il lavoro delle donne alla prova della pandemia. L'inattuazione del progetto costituzionale*, cit.

⁶⁶ La *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (CEDAW) è uno strumento adottato nel 1979 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ed entrato in vigore il 3 settembre 1981. Nei Paesi che hanno ratificato il trattato, la CEDAW si è dimostrata preziosa nell'opporsi agli effetti della discriminazione, che includono violenza, povertà e mancanza di tutele legali, insieme alla negazione dell'eredità, dei diritti di proprietà e dell'accesso al credito. Tutti gli Stati parti devono riferire sulle misure che hanno adottato in relazione ai diritti descritti nella Convenzione e sui progressi compiuti nella difesa dei diritti delle donne.

⁶⁷ In tal senso I. De Cesare, *Pandemia e parità di genere*, cit.

potenziale e le proprie aspirazioni indipendentemente dalle scelte compiute in ambito privato e familiare.

Tutti gli sforzi indirizzati verso la parità sostanziale non possono essere ulteriormente posticipati. Va creato un ambiente che consenta a tutti di percepire i benefici derivanti dal rispettare i diritti umani e delle donne in particolare, perché solo in questo modo è possibile creare le basi per lo sviluppo di una cultura di rispetto e responsabilità in grado di persistere nel tempo e generare, quindi, cambiamenti sostenibili e più duraturi.

Abstract. Il seguente contributo si propone di analizzare lo strumento della certificazione della parità di genere, prestando particolare attenzione alla sua applicazione nel settore dei contratti pubblici e alle criticità che l'istituto pone all'interno della nostra realtà sociale. In particolare, si tenterà di mettere in luce come il legislatore abbia scelto di promuovere l'ingresso e l'avanzamento delle donne nel mondo del lavoro in via mediata, seguendo una logica di tipo premiale e affidando tale compito alle imprese, quando forse sarebbe stato più opportuno adottare un approccio teso a potenziare i diritti sociali mediante l'introduzione di misure strutturali in grado di migliorare le condizioni delle lavoratrici madri e non madri.

Abstract. The following paper aims to address the issue of gender equality certification, focusing on public procurement and the challenges that the institution poses within our social reality. In particular, the document will attempt to highlight how the legislator has chosen to indirectly promote women's entry into the working field, as well as their career progression, following a reward-type logic and entrusting this process to companies and businesses, when perhaps it would have been more proper to adopt an approach aimed at strengthening social rights through the introduction of structural measures capable of improving the conditions of working women, mothers and non-mothers.

Parole chiave. Parità di genere – coesione sociale – occupazione femminile – conciliazione dei tempi di vita con quelli di lavoro – contratti pubblici – equa distribuzione dei compiti di cura – logica della premialità.

Key words. Gender equality – social integration – female labor force participation – work-life balance – public procurement – fair distribution of care duties – reward-type logic.

LA RISERVA DI LEGGE A TUTELA DEGLI ANIMALI NEL RIPARTO DI COMPETENZE TRA STATO E REGIONI*

di Franco Sicuro**

Sommario. 1. Perimetrazione delle riflessioni. – 2. L'art. 9, c. 3, Cost. e il riferimento allo Stato nella più complessa organizzazione repubblicana. – 3. La riserva di legge statale all'interno dei «Principi fondamentali». – 4. Il nuovo articolo 9 della Costituzione e la (re-)interpretazione adeguatrice della legislazione vigente in materia di tutela degli animali. – 5. Uno sguardo alla giurisprudenza (non solo) costituzionale successiva all'introduzione del nuovo art. 9, c. 3, Cost. – 6. La modifica costituzionale e la clausola di salvaguardia delle competenze delle Regioni a Statuto speciale.

45

1. Perimetrazione delle riflessioni. All'interno di una Repubblica (ri-)«fondata sull'ambiente»¹, il novellato art. 9, c. 3 Cost. attribuisce alla legge dello Stato il compito di stabilire «i modi e le forme di tutela degli animali», così da colmare una formale «lacuna»² della Carta repubblicana³.

Sebbene il legislatore costituzionale non abbia espressamente riconosciuto gli animali quali esseri senzienti⁴, né abbia declinato la loro protezione alla stregua di un «principio

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottore di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Bari Aldo Moro.

¹ Così come la definisce A. Morrone, *Fondata sull'ambiente*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4, 2022, 783, individuando in essa «la chiave di lettura per comprendere il senso complessivo della revisione, se si vuole prendere sul serio la codificazione, tra i principi fondamentali, dei valori ambientali, tra cui l'interesse delle future generazioni e la tutela degli animali».

² Problematica alquanto complessa, quest'ultima, su cui ragiona R.G. Rodio, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 1, 2019, 136 ss.

³ Come ha evidenziato S. Grassi, *La tutela degli animali nella prospettiva della "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema"*, in S. Castiglione, L. Lombardi Vallauri (a cura di), *La questione animale*, Milano, 2012, 309-312, la tutela degli animali aveva però già assunto rilevanza costituzionale «nell'ambito della visione unitaria dell'ambiente e dell'ecosistema» alimentata dal giudice delle leggi. E tanto, a partire almeno dalla sentenza n. 210 del 1987, in cui la Corte costituzionale ha inteso il «bene ambientale» comprensivo de «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» (*cons. in dir.* n. 4.2).

⁴ Nell'alveo di quanto stabilisce – seppure in senso alquanto compromissorio – l'art. 13 TFUE, a norma del quale, «nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda in particolare i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale». Come si evince dal suo tenore letterale, tale disposizione non attribuisce una competenza propria all'Unione, limitandosi ad intersecare, attraverso il «benessere degli animali», un più ampio complesso di politiche europee. Intorno a tale articolo si è poi sviluppato, sempre a livello europeo (e, segnatamente, nella giurisprudenza della CGUE), un orientamento interpretativo di certo non lineare, anch'esso forse eccessivamente refrattario a concretamente bilanciare il benessere animale con le tradizioni culturali e religiose degli Stati membri, soprattutto in tema di macellazioni c.d. rituali. Per averne contezza, si veda T.M. Moschetta, *La tutela del benessere degli animali: principio*

equiparabile alla tutela dell'ambiente»⁵, la previsione di una riserva di legge statale sulle modalità di tutela degli animali è parsa aver determinato la «stabilizzazione dei punti più avanzati dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale avvenuta nell'ambito in questione»⁶, rafforzando la competenza esclusiva dello Stato nella protezione degli animali «come parte dell'ambiente»⁷.

La previsione costituzionale della tutela degli animali può implicare sia un'indagine intorno ai diritti «degli» o «per» gli esseri senzienti non umani⁸, sia sull'opportunità di scorgere in essi soggetti di diritto; problematiche aventi, entrambe, una sicura rilevanza nell'ambito della «domanda di cura costituzionale per l'ambiente»⁹ intercettata dai gruppi parlamentari della XVIII Legislatura¹⁰. Ai fini del presente contributo, però, qualsiasi discorso sulla senzietà

di non discriminazione e bilanciamento tra valori, in E. Battelli, M. Lottini, G. Spoto, E.M. Incutti (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, Roma, 2022, 39-53.

⁵ R. Bifulco, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it – Paper*, 6 aprile 2022, 6. E tanto, secondo l'A., testimonierebbe «l'impronta antropocentrica della revisione perché gli animali sono tutelati in funzione degli interessi dell'uomo: ciò deriva dalla tecnica normativa prescelta in cui le forme e i modi sono rimessi alla discrezionalità (vincolata) del legislatore».

⁶ A. Valastro, *La tutela degli animali nella Costituzione italiana*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2022, 271. In questa prospettiva, per quanto critico rispetto alla collocazione della tutela degli animali nell'art. 9 Cost., A. Vuolo, *La modifica dell'art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali*, in *PasSaggi costituzionali*, 1, 2022, 44, ritiene «molto problematico per il legislatore ordinario rivedere in *peius* la normativa finora elaborata per la protezione degli esseri animali: si tratta in altri termini di un livello minimo di tutela pressoché intangibile».

⁷ S. Grassi, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2023, 227, il quale evidenzia come, a seguito della revisione costituzionale, tale «palese intenzione di rafforzare la competenza esclusiva statale, anche e soprattutto nel settore della disciplina a tutela della fauna come parte dell'ambiente», «vale anche nei confronti delle regioni a Statuto speciale». La rilevanza costituzionale dell'ambiente era già stata evidenziata da numerosi studi della dottrina, tra cui si veda F. Gabriele, A.M. Nico (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, 2005.

⁸ Il riferimento ai diritti potendo, peraltro, rivelarsi quale mera «rifrazione retorica» della soggettività giuridica umana, «creata in funzione della rappresentazione e [...] gestione di interessi umani». Così, G. Pelagatti, *La costituzionalizzazione simbolica degli animali nella revisione dell'art. 9*, in *Amministrazioneincammino.it*, 8 luglio 2022, 4. Su tali aspetti, si veda *amplius* F. Rescigno, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2005. Il «rapporto fra costituzionalismo e diritti degli animali» è indagato anche da G. Gemma, *Costituzione e tutela degli animali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 27 aprile 2004, 1-3, il quale ritiene che «il costituzionalismo conduca sì alla configurazione di diritti degli animali, ma non in termini tali da comportare uno status costituzionale di parità fra specie umana ed altre».

⁹ Q. Camerlengo, *Ambiente e Costituzione: speranza e disincanto*, in *PasSaggi costituzionali*, 1, 2022, 14, il quale però non si dice «ottimista» sulla possibilità che «questa riforma costituzionale» determini «una coraggiosa e netta virata ecologista delle nostre istituzioni repubblicane». Secondo l'A., infatti, occorrerebbe «rivedere la stessa matrice di legittimazione del potere», da reindirizzare in senso «naturale» al fine di «una reinterpretazione in chiave ecologica della democrazia e dei suoi elementi costitutivi: pluralismo, partecipazione, coesione sociale». Su questi temi, dello stesso A. cfr. *amplius* Id., *Natura e potere. Una rilettura dei processi di legittimazione politica*, Milano-Udine, 2020.

¹⁰ In particolare, come evidenzia M.S. D'Alessandro, *La tutela degli animali nel dibattito parlamentare sulle proposte di modifica della Costituzione nella XVIII legislatura*, in E. Battelli, M. Lottini, G. Spoto, E.M. Incutti (a cura di), *Nuovi orizzonti*, cit., 82, nt. 6, le senatrici De Petris, Cirinnà e Giammanco, firmatrici dei disegni di legge di revisione costituzionale A.S. 83 (De Petris) e A.S. 212 (De Petris, Cirinnà e Giammanco), appartenevano tutte all'intergruppo parlamentare per i diritti degli animali, a dimostrazione della diffusa trasversalità della volontà riformatrice. Ed infatti, come ha evidenziato A. Gusmai, *Alcune riflessioni sui gruppi parlamentari dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020*, in *Forum Costituzionale*, 1, 2021, 43-44, gli intergruppi parlamentari sono «associazioni trasversali di deputati e senatori appartenenti, a loro volta, ad una pluralità di gruppi politici regolarmente costituiti», i quali si aggregano «informalmente» in Parlamento «al fine di orientare la produzione normativa verso particolari interessi», di volta in volta rimodulati. Come però non manca di precisare l'A., sarebbe necessario formalizzare, mediante la predisposizione di un registro pubblico, la presenza degli

animale resterà sullo sfondo, pur nella consapevolezza che, tra i primi commentatori della revisione costituzionale, non è mancato chi ha rinvenuto in essa «una sorta di principio inespresso del nostro ordinamento»¹¹ e nella formulazione del nuovo art. 9, c. 3, Cost. l'«implicito riconoscimento normativo» degli animali «come esseri senzienti»¹².

Le riflessioni che seguono saranno, invece, incentrate sulla previsione di una riserva di legge statale all'interno dei «Principi fondamentali» della Carta repubblicana e sul conseguente riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di tutela degli animali.

2. L'art. 9, c. 3, Cost. e il riferimento allo Stato nella più complessa organizzazione repubblicana. Sin dalla sua genesi, l'art. 9 Cost. ha rappresentato uno dei «luoghi» della Carta repubblicana in cui più acceso si è fatto lo «scontro» fra statalisti e regionalisti¹³. I primi, interessati ad accentrare nello Stato la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione; i secondi ad attribuirlo alla competenza concorrente delle Regioni. Com'è noto, fu l'emendamento presentato dall'on. Emilio Lussu a risolvere la controversia, sostituendo il termine Stato – originariamente previsto dalla Costituente come riferimento normativo della suddetta tutela – con quello più ampio di Repubblica¹⁴.

Una simile contesa sembra oggi rinnovarsi con riguardo all'attribuzione alla legge dello Stato, e non già alla Repubblica in tutte le sue articolazioni territoriali *ex* art. 114 Cost.¹⁵, del compito di definire primariamente «i modi e le forme di tutela degli animali». Ed infatti, mentre i commi 1 e 2 dell'art. 9 Cost. si rivolgono alla Repubblica, ossia ad «ogni soggetto pubblico

intergruppi nelle Camere, anche per non vanificare il ruolo dei partiti politici e la piena operatività dei principi di pubblicità e responsabilità che presiedono l'esercizio della funzione pubblico-rappresentativa.

¹¹ R. Garetto, *La tutela dell'animale nella Costituzione. Elementi di novità ed "omissioni" nel testo riformato dell'art. 9 Cost.*, in *PasSaggi costituzionali*, 1, 2022, 85. Peraltro, sino alla revisione costituzionale del 2022, anche la tutela dell'«ambiente» si rivelava uno «status» «valoriale» sorretto da norme inesprese del nostro ordinamento, di volta in volta esplicitate dal giudice delle leggi. A questa conclusione giungeva, alcuni anni prima della novella costituzionale del 2022, A. Gusmai, *La tutela costituzionale dell'ambiente tra valori (meta-positivi), interessi (mercificatori) e (assenza di) principi fondamentali*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna On Line*, 1, 2015, spec. 139-142, il quale sottolineava che, «nel caso specifico della delineazione dello status costituzionale ambientale, le norme inesprese desunte dalla Consulta da altre disposizioni di principio risultano essere il frutto di un'attività marcatamente nomopoietica, destinata precisamente a colmare lacune assiologiche (il valore «ambiente» nel frattempo diffusosi in società) giudicate ormai «insostenibili» nello scenario costituzionale contemporaneo».

¹² Così, A. Valastro, *La tutela degli animali*, cit., 265. A conclusioni di fatto similari giunge anche F. Rescigno, *Parturient montes, nascetur ridiculus mus? Il nuovo articolo 9 della Costituzione italiana e il mancato traguardo della soggettività animale*, in *PasSaggi costituzionali*, 1, 2022, 62, la quale scorge nel nuovo art. 9, c. 3 Cost. la premessa costituzionale per il futuro riconoscimento della soggettività giuridica animale.

¹³ M. Cecchetti, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2022, 133. Sul contrasto insorto in Assemblea costituente, cfr. Id. *Art. 9*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 218-220.

¹⁴ A ricordarlo è, ancora una volta, M. Cecchetti, op. cit.

¹⁵ Sul punto, nell'intento di operare «una contestualizzazione», all'interno dell'art. 114 Cost. per come modificato nel 2001, della tesi argomentata da C. Lavagna, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in Id., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 807-809, sulla distinzione tra Stato-società e Stato-governo, A.M. Nico, *La ricerca della sovranità nello studio di Carlo Lavagna sulle figure giuridiche soggettive*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, 14, ritiene che tale nuova formulazione «per un verso contiene ancora nel lemma 'Repubblica' il concetto di Stato-società, quale collettività organizzata, e in quella di 'Stato', quale elemento costitutivo della Repubblica, il concetto di Stato-governo, quale istituzione in senso stretto. A quest'ultimo si accompagnano le altre istituzioni a carattere rappresentativo alle quali si riconosce pari dignità costituzionale, fermo restando la posizione dominante o di supremazia che comunque lo Stato conserva rispetto agli altri enti territoriali. La riforma costituzionale del 2001 sembra dunque confermare la solidità della tesi di Lavagna in ordine alla configurazione dello Stato-società».

indistintamente nella misura e nei limiti ammessi dal proprio ambito di competenza»¹⁶, il c. 3 affida al solo Stato il dovere di stabilire direttamente le modalità di tutela degli animali.

Anche a causa dell'assenza di pubblicità dei lavori del Comitato ristretto, ignote restano però le ragioni sottese a tale scelta, se si eccettua il riferimento ad un generico «punto di mediazione»¹⁷ raggiunto tra i gruppi parlamentari a seguito della presentazione di un gran numero di emendamenti da parte delle forze politiche che più hanno avversato la costituzionalizzazione di un principio incondizionato di tutela degli animali¹⁸.

Dalla lettura dei *Resoconti* parlamentari emerge, infatti, che il riconoscimento degli animali quali esseri senzienti, previsto in alcuni disegni di legge di revisione costituzionale presentati nelle Camere¹⁹, avesse coagulato le rimozioni delle categorie di allevatori e produttori di carne, oggetto di audizioni informali; critiche che sono state poi rilanciate, all'interno dell'organo legislativo, da alcuni gruppi parlamentari, preoccupati dalla possibile «deriva ecocentrica»²⁰ che avrebbe assunto la novella costituzionale. E così, l'originario testo unificato adottato dalla Commissione Affari costituzionali del Senato, che affidava alla Repubblica il compito di proteggere «la biodiversità e gli animali» (art. 1), contestualmente inserendo la tutela degli animali tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato *ex* art. 117, c. 2, lett. s), Cost. (art. 3), veniva modificato attribuendo alla «legge dello Stato» il compito di stabilire «i modi e le forme di tutela degli animali», senza intervenire sulla formulazione dell'art. 117, c. 2, lett. s), Cost.²¹

Il rinvio alla legge dello Stato²², in luogo del più ampio riferimento alla Repubblica, e il

¹⁶ F. Merusi, *Art. 9*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 438.

¹⁷ Come si può infatti leggere nel *Dossier Servizio Studi del Senato* n. 396 del 2021, 5-6, «siffatta formulazione ha costituito un punto di mediazione tra un novero piuttosto articolato di orientamenti quali emersi nella discussione referente presso la Commissione Affari costituzionali del Senato, tra i due capi della proposta di inserimento di una tutela degli animali quali «esseri senzienti» [...] o di contro l'opzione di non inserimento alcuno di una previsione circa la tutela degli animali, ritenuta già inclusa appieno nella nozione di ecosistema e biodiversità quale scandita dalla novella. Si è dunque resa necessaria, nella sede referente, una mediazione tra orientamenti diversificati».

¹⁸ In particolare, per la discussione fissata il 20 aprile 2021, sono stati presentati circa 245 mila emendamenti, principalmente a firma del sen. Calderoli, con un chiaro intento ostruzionistico.

¹⁹ Un espresso riferimento agli animali era contenuto in tre degli otto disegni di legge di revisione costituzionale originariamente presentati nel Senato della Repubblica: ora come «rispetto degli animali» (A.S. 212), ora come compito della «Repubblica» di proteggere «la biodiversità e gli animali» (A.S. 2103). Analoghe previsioni erano contenute nei disegni di legge presentati alla Camera dei deputati, tra i quali – per quel che qui più rileva – si segnalano l'A.C. 2174, con cui si proponeva di attribuire alla «Repubblica» il compito di «riconosce[re] gli animali come esseri senzienti» e di promuoverne e garantirne «il rispetto a un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche» e l'A.C. 15, contenente disposizioni sulla protezione degli animali e la proposta di modificare l'art. 117, c. 2, lett. s) Cost., con l'intento di attribuire alla competenza esclusiva dello Stato la tutela degli animali. La modifica del solo art. 117, c. 2, lett. s), Cost. era invece prevista dall'A.C. 143 e dall'A.C. 2838. Su tali aspetti, cfr. A.O. Cozzi, *La modifica degli artt. 9 e 41 Cost. in tema di ambiente: spunti dal dibattito francese sulla Carta dell'ambiente del 2004 tra diritti e principi*, in *DPCE online*, 4, 2021, 3394-3395, nt. 6.

²⁰ Così come la definisce – dalla prospettiva dei gruppi politico-parlamentari che si sono opposti al riconoscimento della tutela degli animali come principio incondizionato – G. Vivoli, *Il mondo animale davanti al nuovo art. 9, c. 3 della Costituzione: "ingabbiato" in una "riserva statale"?*, in *AmbienteDiritto.it*, 4, 2023, 30.

²¹ Cfr. Senato della Repubblica, I Commissione permanente Affari costituzionali, *Resoconto sommario n. 251 del 18 maggio 2021 – Allegato*. In particolare, la modifica del testo-base si deve all'approvazione dell'emendamento n. 1.100 al disegno di legge n. 83, 212, 1203, 1532, 1627, 1632, 938 – Art. 1, il quale imponeva «conseguentemente» di «sopprimere l'articolo 3» del testo-base.

²² La cui introduzione è stata deliberata a seguito dell'acquisizione del parere formulato, nella seduta del 4 maggio 2021, dalla Commissione Territorio, ambiente e beni ambientali del Senato, in cui si invitava a valutare «l'opportunità di integrare la modifica proposta all'art. 9 della Costituzione demandando ad una legge dello Stato la disciplina circa i modi e le forme di tutela degli animali».

conseguente ridimensionamento formale del livello di tutela degli animali, hanno dunque consentito di raggiungere quel compromesso politico necessario per non interrompere il procedimento di revisione costituzionale²³ e scongiurare il suo eventuale rigetto da parte del corpo elettorale²⁴. Tanto è vero che, in seconda deliberazione, il d.d.l. di revisione costituzionale è stato approvato alla quasi unanimità da entrambe le Camere²⁵.

Dopo aver «dequotato»²⁶ la tutela degli animali mediante la previsione di una riserva di legge, il legislatore costituzionale ha però evitato la sua ulteriore degradazione a mera materia oggetto di ripartizione di competenze tra Stato e Regioni ex art. 117 Cost., conservando il riferimento agli animali nell'art. 9 Cost. Nel far ciò, si è inserita una riserva di legge statale tra i «Principi fondamentali», la quale è parsa sin da subito alimentare le perplessità degli esperti auditi dalle commissioni, l'invito ad un'attenta ponderazione sulla formula prescelta da parte dei Servizi Studi delle Camere²⁷ e le critiche della dottrina. E ciò proprio a causa della sostituzione del termine Repubblica con quello di Stato, da cui deriverebbe il risultato, «palesamente incongruo e comunque inopportuno»²⁸, di restringere o eliminare del tutto²⁹,

²³ Che proprio questa sia stata l'*intentio* del legislatore costituzionale lo si evince dalla semplice lettura dei resoconti parlamentari. Su tali aspetti, si veda *amplius* G. Vivoli, *Il mondo animale davanti al nuovo art. 9, c. 3 della Costituzione*, cit., 24 ss., il quale evidenzia come, dall'analisi degli stessi resoconti, «si ha la percezione che non è indossando solo le lenti della razionalità e della logica che si può comprendere meglio ciò che è davvero accaduto», dacché è stato «il timore, giusto o sbagliato che fosse, che l'inserimento della tutela degli animali quale principio in sé, quindi svincolato da agganci normativi “concreti”, potesse aprire la porta a scenari ecocentrici inarrestabili».

²⁴ Una volta approvato dal Senato nella seduta del 9 giugno 2021, il d.d.l. di revisione costituzionale è stato adottato come testo-base anche dalla I Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati. E tanto, proprio al fine di accelerarne l'*iter* parlamentare, come dimostra la mancata approvazione degli emendamenti presentati al testo ed il celere conferimento dell'incarico alla relatrice di riferire favorevolmente all'Assemblea.

²⁵ Il d.d.l. di revisione costituzionale è stato infatti approvato con 218 voti favorevoli, nessun contrario e 2 astenuti nel Senato della Repubblica il 3 novembre 2021; con 468 voti favorevoli, 1 contrario e 6 astenuti nella Camera dei deputati l'8 febbraio 2022.

²⁶ In tal senso, proprio a cagione del suddetto compromesso politico-parlamentare, G. D'Alessandro, *La legge costituzionale n. 1 del 2022 nei lavori preparatori della XVIII Legislatura*, in *AmbienteDiritto.it*, 2, 2023, 3, ritiene che «la specifica previsione di una tutela degli animali» sia stata «dequotata» da principio costituzionale tout court a istituzione di una riserva di legge dello Stato», così «riducendo corrispondentemente l'ambito di possibile residuo intervento legislativo regionale». Allo stesso modo, di «tutela indiretta ed eteronoma» parla G. Spoto, *Benessere e tutela dell'animale: da “oggetto di protezione” a “soggetto” di diritti?*, in E. Battelli, M. Lottini, G. Spoto, E.M. Incutti (a cura di), *Nuovi orizzonti*, cit., 60.

²⁷ A titolo esemplificativo, dopo aver rievocato l'intreccio tra competenze statali e regionali (queste ultime derogatorie in *melius* delle prime nelle materie spettanti alle Regioni), con il *Dossier* n. 396 del giugno 2021, il Servizio Studi del Senato ha evidenziato che «potrebbe ritenersi suscettibile di verifica se la disposizione prospettata dal disegno di legge, la quale (entro i principi fondamentali della Costituzione) riserva alla legge ‘dello Stato’ la disciplina dei ‘modi e forme’ della tutela degli animali, si ponga meramente confermativa dell'intervento competenziale sopra ricordato, ovvero determini un effetto restrittivo circa l'ambito di possibile intervento normativo regionale».

²⁸ M. Cecchetti, *Virtù e limiti della modifica*, cit., 135, il quale, nel ragionare intorno al possibile impatto della novella costituzionale sulle competenze legislative regionali a tutela degli animali, sottolinea «il rischio, evidentemente paradossale, di escludere la maggior tutela regionale e di conseguire complessivamente risultati di minore protezione». Anche se, lo stesso A., ritiene comunque possibile considerare la competenza legislativa statale «circoscritta alla disciplina ‘direttamente’ rivolta alla tutela degli animali e che, perciò, essa non sia in grado di escludere l'intervento delle Regioni che, trovando fondamento nelle competenze legislative e amministrative di queste ultime, si riveli idoneo a perseguire forme di tutela ‘indiretta’ delle specie animali, come accade evidentemente nell'ambito della regolazione delle attività venatorie, ovvero negli ambiti di legislazione concorrente relativi alla ricerca scientifica o alla tutela della salute».

²⁹ Come sembra ritenere G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum Costituzionale*, 2, 2021, 470, secondo il quale l'introdotta riserva di legge statale «non ha soltanto un valore di garanzia, ma

se non nelle – invero rare – ipotesi in cui lo Stato decida di azionare la clausola dell'art. 117, c. 6, Cost., lo spazio di intervento regionale a tutela degli animali.

In effetti, allorché la Costituzione adopera l'espressione «legge dello Stato» l'intento parrebbe essere proprio quello di attribuire all'Ente statale, con esclusione di ogni altro, il dovere di disciplinare una determinata materia: è così nell'art. 114, c. 3, Cost., che demanda alla legge dello Stato il compito di dettare l'«ordinamento» di Roma-capitale; nell'art. 116, c. 3, Cost., in cui si specifica che deve essere la «legge dello Stato» ad attribuire alle Regioni che ne facciano richiesta, nel rispetto delle condizioni previste, «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia»; e, ancora, nell'art. 117, u.c., Cost., in cui si prevede che, «nelle materie di sua competenza», la Regione possa «concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato»³⁰.

Previsioni normative, queste, contenute tutte nel Titolo V della Costituzione, dedicato ai rapporti tra gli Enti che compongono la «Repubblica», al contrario della riserva di legge statale inserita tra i «Principi fondamentali», la quale, per ciò stesso, sembrerebbe destinata ad orientare l'interpretazione del medesimo Titolo V Cost.³¹. La sostituzione del termine Repubblica con quello di Stato³² non sarebbe stata dunque «neutrale», ma avrebbe determinato un significativo ampliamento dei poteri dell'Ente statale in una materia sino ad oggi tradizionalmente inserita tra le competenze residuali delle Regioni *ex* art. 117, c. 4, Cost.³³. Se, sin da ora, può però anticiparsi che la riserva di legge statale non parrebbe in grado di

segna anche un limite alla competenza legislativa regionale, escludendo che possano intervenire provvedimenti normativi degli enti territoriali (a statuto ordinario).

³⁰ E così, ancora, l'art. 118, c. 3, Cost. stabilisce che la «legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere *b*) e *h*) del secondo comma dell'articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali»; l'art. 117, c. 5, prevede che, nelle materie di loro competenza, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano «partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza»; l'art. 119, c. 3, Cost. attribuisce alla «legge dello Stato» il compito di istituire un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante»; l'art. 119, c. 5, Cost. riconosce a Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni la possibilità di godere di un proprio patrimonio, «attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato».

³¹ G. Santini, *Costituzione e ambiente*, cit., 470.

³² La nuova formulazione dell'art. 114, c. 1, Cost. ha alimentato diverse ricostruzioni dottrinali sul rapporto che intercorre tra gli Enti che compongono la Repubblica, oltre che sul significato che esso assume alla luce dell'art. 5 Cost. In particolare, C. Pinelli, *L'ordinamento repubblicano nel nuovo impianto del Titolo V*, in R. Gambino (a cura di), *Il 'nuovo' ordinamento regionale. Competenze e diritti*, 2003, 160-161, ritiene che, pur parificando gli Enti che la compongono, il nuovo art. 114 Cost non possa legittimare la prevalenza di un potere locale sui principi di unità ed indivisibilità della Repubblica. Allo stesso modo, R. Bifulco, *Art. 5*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 146, contesta la tesi dell'equiparazione tra Enti e ritiene che «l'elencazione ivi contenuta non mira [...] a creare una parificazione tra gli enti ma solo a indicare che la Repubblica si costituisce sussidiariamente attraverso di essi». F. Fabrizzi, *Articolo 114*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. II, Bologna, 2018, 320, osserva invece che, all'esito di quel «processo di sussidiarietà», l'art. 114, c. 1 Cost. «pone sullo stesso piano gli enti elencati, dando vita ad un pluralismo istituzionale paritario».

³³ Articolo, questo, che, come ha evidenziato A.M. Nico, *La tutela dell'ambiente nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in F. Gabriele, A.M. Nico (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, cit., 168, «non ha evitato una stratificazione normativa che ha finito col porre spinosi problemi di coordinamento, non solo tra le diverse fonti nazionali e tra queste e quelle comunitarie, ma anche tra gli organi giurisdizionali».

eliminare del tutto la possibilità per le Regioni di legiferare *in melius*³⁴ a tutela degli animali nelle materie di propria competenza concorrente o residuale, la formulazione dell'art. 9, c. 3, Cost. «merita» comunque «di essere valorizzata e non rubricata come una svista del riformatore»³⁵ e, in ogni caso, conclusosi l'*iter* di revisione costituzionale, valutata nelle sue conseguenze applicative³⁶.

Di talché, al fine di non sminuire «la rilevanza della previsione sulla tutela degli animali»³⁷, potrebbero rinvenirsi profili financo positivi derivanti dall'introdotta riserva di legge statale. A partire dalla necessità che sia lo Stato, in termini di doverosità, a compiutamente³⁸ legiferare a tutela degli animali, così da aumentare il livello di protezione già oggi riconosciuto nell'ordinamento repubblicano e scongiurare la moltiplicazione di leggi regionali che finiscono per differenziarne la tutela all'interno dell'unico e indivisibile territorio nazionale³⁹. Anzi, proprio la mancata inclusione della tutela degli animali nell'art. 117, c. 2, lett. s), Cost. parrebbe aver evitato il possibile trasferimento della materia a favore delle Regioni che dovessero concludere l'*iter* per il riconoscimento di «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» ex art. 116, c. 3, Cost. Il che avrebbe di fatto esposto la tutela degli animali al rischio di ulteriori ritagli e differenziazioni sul territorio nazionale, non sempre orientati ad

³⁴ Di tale opinione sono anche E. Rossi, *L'ambiente (e il resto) in Costituzione: fu vera gloria?*, in *Lessico di Etica Pubblica*, 2, 2022, 12; M.S. D'Alessandro, *La tutela degli animali nel dibattito parlamentare*, cit., 91; A. Valastro, *La tutela degli animali*, cit., 277.

³⁵ F. Rescigno, *Parturient montes, nascetur ridiculus mus?*, cit., 62.

³⁶ Come sottolinea E. Rossi, *L'ambiente (e il resto) in Costituzione*, cit., 12, pur essendo criticabile per molteplici profili, la novella costituzionale «così è, e quindi dobbiamo valutarne le conseguenze».

³⁷ P. Vipiana, *La protezione degli animali nel nuovo art. 9 Cost.*, in *DPCE online*, 2, 2022, 1119, secondo la quale, pur essendo teoricamente ammissibile, la collocazione nell'art. 117 Cost. «avrebbe sminuito la rilevanza della previsione sulla tutela degli animali». Cosicché, la scelta del legislatore costituzionale di modificare l'art. 9 Cost. è stata opportuna, anche perché, formulata «come una frase a sé», la tutela degli animali pare «un aspetto nettamente distinto rispetto a quelli menzionati prima del punto (la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi)», pur essendo «de due parti dell'art. 9, terzo comma, Cost. [...] strettamente connesse e la tutela degli animali acquista uno specifico significato proprio in correlazione con la tutela dell'ambiente».

³⁸ Come ha sottolineato L. Carlassare, (voce) *Legge (riserva di)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990, 5, «la riserva [...] è egualmente violata sia quando vengano attribuiti poteri normativi a fonti diverse, sia quando la legge, anziché regolamentare completamente la materia, la lasci praticamente sfornita di disciplina, limitandosi a generiche indicazioni o al conferimento di poteri discrezionali».

³⁹ La legislazione regionale si è esplicata soprattutto con riguardo agli animali da affezione, a tutela dei quali – sin dagli anni '90 del XX secolo – si sono diffusi una serie di provvedimenti legislativi: tra questi, si pensi alla legge reg. campana n. 3/2019 o alla legge reg. pugliese n. 2/2020, mediante la quale si è provveduto a rielaborare la disciplina previamente dettata dalla legge reg. n. 12/1995 al fine di puntualmente regolare il rapporto tra uomo, animali (invero, solo cani e gatti) ed ambiente, nell'alveo dell'innovativo parametro del *One Health*. Per di più, la legge pugliese sulla tutela degli animali d'affezione e prevenzione del randagismo riconosce tali esseri senzienti non umani quali forme di vita dotate di una propria «dignità» (art. 1), che, tanto le istituzioni pubbliche (Regioni, Comuni, ASL), quanto i cittadini «proprietari» di tali animali, hanno il dovere di tutelare anche nel rispetto delle loro caratteristiche etologiche. Per restare sul piano regionale, alcune Regioni a Statuto ordinario hanno incluso la promozione del «rispetto per gli animali» (art. 2, c. 4, lett. k) St. Lombardia), inteso quale aspetto dal rilievo culturale (art. 4, c. 1, lett. l) St. Toscana), financo nei rispettivi Statuti, anche se, a guardar bene, si tratta di previsioni di principio cui spesso non corrispondono effettive ed innovative forme di tutela animale. Su tali aspetti, cfr. P. Vipiana, *La protezione degli animali*, cit., 1116. Ancora. Alcune Regioni, come il Piemonte (legge reg. n. 6 del 2010), hanno istituito la figura del Garante per i diritti degli animali, quale figura istituzionale deputata a prevenire e contrastare forme di crudeltà o disinteresse umano nei confronti degli esseri senzienti non umani. La figura del Garante è invero stata introdotta anche in alcune realtà locali, come nel Comune di Taranto è avvenuto a decorrere dal novembre 2022.

un incremento della sfera di protezione degli esseri senzienti non umani⁴⁰ e in palese distonia con il significato costituzionale della previsione di una riserva di legge statale nella materia *de qua*.

3. La riserva di legge statale all'interno dei «Principi fondamentali». Per la sua collocazione tra i «Principi fondamentali» della Carta repubblicana, la riserva di legge statale sulle modalità di tutela degli animali è tuttavia parsa generare un vero e proprio «corto circuito topografico, logico, pratico»⁴¹, tanto da mettere in discussione la stessa possibilità di scorgere in essa l'istituto della «riserva», difettando di quei requisiti di «garanzia» della collettività rappresentata e di «democraticità» del contenuto normativo che ne costituiscono la *ratio*⁴².

E così, all'esito di un percorso interpretativo – forse eccessivamente – manipolativo del dettato costituzionale, il nuovo art. 9, c. 3, Cost. altro non rappresenterebbe che un «pressante invito [...] specificamente rivolto al legislatore statale a dare concreta attuazione al nuovo principio fondamentale», dal momento che, «quanto al rapporto fonti primarie/fonti secondarie nulla» sarebbe «cambiato rispetto al passato». Quella contenuta nell'art. 9, c. 3, Cost. non sarebbe dunque una vera e propria riserva di legge e, stante la mancata modifica dell'art. 117, c. 2, lett. s), Cost., la «tutela degli animali» sarebbe rimasta una «materia innominata»⁴³.

Considerazione, quest'ultima, precipuamente legata all'(in-)opportunità di assegnare allo Stato la competenza «diretta» in materia di tutela degli animali, ma invero difficilmente compatibile con la *littera* e il significato della riserva di legge statale inserita nell'art. 9 Cost. Non sembra infatti convincere la rigida distinzione tra la «riserva» e il mero riparto di competenze operata al fine di negare la presenza della prima tra i «Principi fondamentali». Nel rivolgersi «agli organi della produzione giuridica, ossia agli organi investiti di competenze normative»⁴⁴, le «norme di riserva» stabiliscono infatti una «riserva di competenza normativa»⁴⁵ a favore della fonte ritenuta più idonea a disciplinare il contenuto della materia. In altre parole, non si può separare del tutto l'istituto della riserva di legge dalla previsione contestuale di un criterio di distribuzione delle competenze normative tra fonti⁴⁶.

⁴⁰ Al contrario, D. Cerini, E. Lamarque, *La tutela degli animali nel nuovo articolo 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, 57, stigmatizzano tale mancata inclusione nell'art. 117, c. 2, lett. s), Cost. proprio perché, in tal modo, «la 'tutela degli animali' non potrebbe neppure essere oggetto di una richiesta di attribuzione a titolo di autonomia differenziata formulata da una Regione particolarmente virtuosa e attenta ai temi animalisti».

⁴¹ A. Vuolo, *La modifica dell'art. 9 della Costituzione*, cit., 40. Secondo l'A., si tratterebbe di un «corto circuito topografico [...] perché l'allocatione delle competenze avrebbe dovuto essere realizzata all'interno dell'art. 117, come originariamente previsto, attenendo a un profilo di stretta distribuzione delle competenze e non alla funzione di garanzia tipica delle riserve di legge contenute tra i principi fondamentali. Logico in quanto lo scorporo della semplice 'tutela degli animali' dalla 'tutela della biodiversità' non ha più alcun senso se non accompagnata dalla previsione che questi sono esseri senzienti. [...] Pratico perché è molto poco credibile che la congetturata competenza esclusiva dello Stato estrometta il legislatore regionale, specie alla luce della notevole produzione normativa da questi finora sviluppata in argomento».

⁴² Sul punto, L. Carlassare, (voce) *Legge (riserva di)*, cit., 3-4, sostiene, a più riprese, l'impossibilità di ridurre «la riserva di legge a semplice criterio di ripartizione delle competenze tra la legge e le altre fonti del diritto», atteso che la «previsione costituzionale della riserva di legge, [...] è principio del tutto estraneo ed inapplicabile ai rapporti tra fonti statali e regionali».

⁴³ È questa la conclusione cui giungono D. Cerini, E. Lamarque, *La tutela degli animali*, cit., 61-62.

⁴⁴ Così, R. Guastini, (voce) *Legge (riserva di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1994, 164.

⁴⁵ V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 775 ss.

⁴⁶ Tanto è vero che R. Guastini, (voce) *Legge (riserva di)*, cit., 165, definisce la riserva di legge statale come una «riserva di competenza», dal momento che «le disposizioni» costituzionali che le prevedono «fanno rinvio a specifiche fonti del diritto», esprimendo «norme di riserva» facilmente evincibili «dal contesto, il quale lascia

Quella contenuta nell'art. 9, c. 3 Cost. è dunque una riserva di legge⁴⁷ a favore dello Stato che esclude la competenza legislativa regionale dalla diretta definizione delle modalità di tutela degli animali. Del resto, anche qualora l'attribuzione alla competenza statale fosse stata inserita nell'art. 117, c. 2, lett. s), Cost., lasciando nell'art. 9, c. 3, Cost. una previsione di principio a tutela degli animali, la ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni non sarebbe di fatto cambiata, soprattutto se la Corte costituzionale avesse poi interpretato la «tutela degli animali» alla stregua di una «materia» *stricto sensu* intesa⁴⁸, e non già come un «fine» che – al pari della tutela dell'«ambiente» e dell'«ecosistema» – investe trasversalmente le competenze concorrenti o residuali delle Regioni⁴⁹.

Per di più, la previsione di una riserva di legge statale tra i *Principi fondamentali* della Carta repubblicana non può considerarsi un *unicum*, sol che si pensi al rinvio operato dall'art. 8 Cost. alla legge – evidentemente statale⁵⁰ – destinata a regolare, sulla base di intese con le relative rappresentanze, i rapporti dello Stato con le confessioni religiose diverse dalla cattolica⁵¹. Allo stesso modo, pur se istituita prima della modifica del 2001, un'ulteriore riserva di legge statale al di fuori del Titolo V della Costituzione è presente nell'ultimo comma dell'art. 33 Cost., lì dove si precisa che «le istituzioni di alta cultura, università ed accademie,

trasparire una 'ratio' evidente». Sottolinea come la riserva di legge rappresenti «anche un criterio di distribuzione della competenza tra le fonti», F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, Genova, 1992, 57. D'altronde, nell'alveo delle riflessioni qui soltanto principiate, un regolamento emanato in una materia coperta da riserva di legge sarà dichiarato illegittimo per vizio di *competenza*; così come, qualora una legge deleghi, all'interno di una materia riservata, la disciplina della stessa ad una fonte secondaria, quest'ultima sarà annullata e la prima sarà dichiarata costituzionalmente illegittima.

⁴⁷ G. Marazzita, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione anche nel rapporto fra Stato e Regioni*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4, 2022, 896-897, ritiene la suddetta riserva «rinforzata», in quanto «al legislatore ordinario statale non viene affidato il compito di disciplinare liberamente la materia 'animali' ma quello di porre norme 'a tutela degli animali'». Dunque sembra che il nuovo terzo comma dell'art. 9 Cost. impedisca al Parlamento di adottare una legge sugli animali che non li tuteli minimamente considerandoli alla stregua di cose [...]. In ogni caso, su un piano generale, la dottrina ha a lungo contestato la possibilità stessa di distinguere le riserve di legge sulla base del loro carattere assoluto, relativo o rinforzato. Ed infatti, se per L. Paladin, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958, 80, «qualunque riserva dovrebbe dirsi assoluta relativamente ad oggetti più o meno limitati», per S. Fois, *La riserva di legge*, Milano, 1963, 322 ss., la riserva sarebbe sempre assoluta. G. Amato, *Rapporti tra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962, 89 ss. distingue, invece, tra riserva «di campo materiale» e riserva di «modo di disciplina».

⁴⁸ Così come la Consulta ha argomentato nella sentenza n. 11/2016 con riguardo al «paesaggio», inteso «come un ambito riservato alla potestà legislativa esclusiva statale (sentt. nn. 210/2014 e 235/2011)», con la conseguenza che «la tutela paesaggistica apprestata dallo Stato costituisce un limite inderogabile alla disciplina che le Regioni e le province autonome possono dettare nelle materie di loro competenza (sentt. nn. 101/2010, 437 e 180/2008, 378 e 367/2007)».

⁴⁹ Il legame tra tutela degli animali e tutela dell'ambiente è messo in evidenza da P. Vipiana, *La protezione degli animali*, cit., 1121, la quale sottolinea che la correlazione tra le due forme di tutela «risulta ora inequivocabilmente sancita nel novellato art. 9, terzo comma, Cost., da cui si desume una nozione di ambiente inteso in senso ampio come biosfera, cioè habitat di tutti gli esseri viventi – umani, animali e vegetali – che va tutelato nella sua interezza e unitarietà: la protezione degli animali assume allora un nuovo significato poiché viene inserita in questa visione non (più) antropocentrica, ma olistica dell'ambiente».

⁵⁰ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla l. n. 449/1984 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le chiese rappresentate dalla Tavola valdese*) o alla l. n. 516/1988 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno*) e alle successive leggi n. 517 del 1988 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le Assemblee di Dio in Italia*) e n. 101/1989 (*Norme per la regolamentazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane*).

⁵¹ Del pari, lo stesso art. 10, c. 2, Cost. rinvia alla legge la regolazione della «condizione giuridica dello straniero», da realizzarsi «in conformità delle norme e dei tratti internazionali». Legge che non potrà che essere statale, sol che si pensi all'inclusione dell'«immigrazione» nell'art. 117, c. 2, lett. b), Cost.

hanno diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato»⁵². Riserva, questa, che non sembra peraltro soddisfare le ricordate esigenze di democraticità e garanzia che ne hanno accompagnato la genesi⁵³, con ciò confermando il perimetro più ampio della *ratio* sottesa alla previsione costituzionale di una riserva di legge. Ed invero, guardando il complesso ordito costituzionale, essa sembrerebbe svolgere un'ulteriore, precipua funzione: quella di indirizzare e controllare l'attività dell'Esecutivo, come dimostrano gli articoli 76 e 77 Cost.⁵⁴.

Per questa via, ben si possono rinvenire elementi in grado di giustificare anche tecnicamente – e non solo politicamente – la previsione di una riserva di legge statale nell'art. 9, c. 3, Cost., individuati nella volontà del legislatore costituzionale di riservare allo Stato la potestà di disciplinare la (e dunque indirizzare la produzione normativa in) materia di tutela degli animali, al contempo sottraendo al (e quindi controllando il) potere regionale – e, chiaramente, a quello Esecutivo – la possibilità di differenziare tale normativa sul territorio nazionale⁵⁵. Certo, la formulazione della riserva di legge statale avrebbe potuto essere più precisa⁵⁶, essendo «i modi e le forme» espressioni tra loro pressoché sinonimiche, come tali non direttamente connesse al piano contenutistico della tutela. Tuttavia, la *ratio* della novella costituzionale non può che implicare che «la disciplina delle «modalità» trascini con sé anche quella dei *casi* per i quali si intenda predisporre la tutela»⁵⁷, non potendosi ritenere che la definizione di questi ultimi sia rimessa a fonti secondarie⁵⁸.

E così, benché anche prima dell'entrata in vigore della l. cost. n. 1/2022 la giurisprudenza costituzionale avesse già enucleato «un'ampia serie di titoli di competenza» statale «per adottare le normative più adeguate»⁵⁹ a tutela dell'ambiente e degli animali, l'introduzione di

⁵² Sugli effetti determinati dalla modifica del Titolo V Cost. sul margine di applicazione della suddetta riserva di legge, si veda F. Guella, *Una materia "università" in Costituzione: atenei e territori tra autonomia funzionale, riserva di legge e competenze regionali*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 3-7.

⁵³ Tali per cui le limitazioni delle libertà fondamentali promanano da organi rappresentativi della volontà popolare e assumano, per ciò stesso, la *fiction* dell'autolimitazione.

⁵⁴ Al contrario, L. Carlassare, (voce) *Legge (riserva di)*, cit., 4-5, esclude dal novero delle riserve di legge proprio le ipotesi di legge di approvazione del bilancio, di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, di delegazione e di conversione, dacché si tratterebbe di «attribuzione costituzionale di competenza», concretantesi in una «funzione di controllo politico sul governo» del tutto estranea allo «schema», alla «funzione» e al «meccanismo della riserva di legge».

⁵⁵ Come ha sottolineato F. Rescigno, *Animali e Costituzione: prodromi della soggettività giuridica?*, in D. Buzzelli (a cura di), *Animali e diritto, I modi e le forme di tutela*, Pisa, 2023, 24-25, «la neo-riserva di legge introdotta all'articolo 9 non presenta soltanto un valore di garanzia, ma segna anche un limite – parziale – alla competenza legislativa regionale», comprimendola «nelle materie concorrenti e residuali, anche alla luce del fatto che la tutela degli animali può articolarsi in un fascio vastissimo di discipline settoriali, che investono un gran numero di ambiti (dall'agricoltura, alla sanità, dalle politiche sociali, al governo del territorio), con una capacità di proiezione potenzialmente molto incisiva».

⁵⁶ Di «scarsa qualità redazionale» della riserva di legge statale a tutela degli animali discorre S. Grassi, *La cultura dell'ambiente*, cit., 222.

⁵⁷ In tal senso, seppure in forma dubitativa, E. Di Salvatore, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it – Parte III*, 1, 2022, 14.

⁵⁸ Soluzione, questa, «azzarda[ta]» da C. Cupelli, *La salvaguardia degli animali in Costituzione: le ricadute sul sistema penale della legge costituzionale n. 1 del 2022*, in D. Buzzelli (a cura di), *Animali e diritto*, cit., 62, il quale evidenzia, in ogni caso, che si tratterebbe di un risultato «paradossale».

⁵⁹ M. Cecchetti, *Virtù e limiti della modifica*, cit., 136, il quale si riferisce «al ben noto titolo di competenza esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema», alla potestà legislativa concorrente in materia di «tutela della salute», alla quale il Giudice delle leggi ha sempre pacificamente ricondotto il settore dell'assistenza e della polizia veterinaria». Del resto, tra tutela dell'ambiente e della salute v'è un legame inestricabile, ulteriormente comprovato dalle conseguenze (e, prima ancora, dalle cause) dell'emergenza pandemica del 2020: su tali aspetti,

una riserva di legge a favore dello Stato tra i «Principi fondamentali» non può che spostare verso «l'alto» tanto la competenza dell'Ente preposto alla tutela diretta degli animali⁶⁰, quanto il livello di doverosa⁶¹ protezione da assicurare loro sul territorio nazionale⁶².

4. Il nuovo articolo 9 della Costituzione e la (re-)interpretazione adeguatrice della legislazione vigente in materia di tutela degli animali. Una volta approvata ed entrata in vigore, la legge dello Stato che stabilisca «i modi e le forme di tutela degli animali» potrebbe determinare l'implicita abrogazione delle leggi regionali che prevedano un livello di tutela degli animali inferiore rispetto a quello fissato a livello nazionale⁶³, restando invece in vigore le leggi regionali ampliative della protezione degli animali⁶⁴, tanto selvatici quanto di affezione⁶⁵.

si veda M.G. Nacci, *Ambiente, salute ed emergenza pandemica*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna On Line*, 1, 2021, 49 ss.

⁶⁰ In tal senso, G. Pelagatti, *La costituzionalizzazione simbolica degli animali*, cit., 8, sottolinea che «la riserva alla legge dello Stato sembra dare veste unitaria a competenze che sono già ad esso riconosciute, sia in via esclusiva (nel caso della 'tutela dell'ambiente e dell'ecosistema' – art. 117, 2° comma, lett. s), sia tra le materie di legislazione concorrente – la tutela della salute, art. 117, 3° comma, cui è ascrivibile l'assistenza e la polizia veterinaria».

⁶¹ L'adozione di una siffatta legge non rientra più, infatti, nel «novero dei buoni propositi, lasciati alle scelte volubili di *politique politicienne*», ma «serve per privilegiare nell'ordine dei valori tutte le forme di vita sensibile, rendendo non più esclusiva la prospettiva antropologica». Così, A. Morrone, *Fondata sull'ambiente*, cit., 788. Di «precisa responsabilità a capo del Legislatore statale», il quale «dovrà necessariamente intraprendere una strada nuova riguardo alla [...] tutela e protezione» degli animali, parla F. Rescigno, *Parturient montes, nascetur ridiculus mus?*, cit., 63.

⁶² In questa prospettiva, F. Rescigno, *Animali e Costituzione*, cit., 25, evidenzia come, attraverso il ricorso alla riserva di legge, «gli esseri animali [...] diventano destinatari di uno strumento tipico di garanzia umana. In questo senso la riforma presenta un profilo realmente inedito se non rivoluzionario, forse anche più di quanto gli stessi fautori della revisione potevano immaginare, perché ci si allontana dal tipico antropocentrismo giuridico per estendere la platea dei soggetti protetti da precisi ed incontrovertibili strumenti quali appunto la riserva di legge».

⁶³ È chiaro che, qualora lo Stato o la Regione dovessero adire la Corte costituzionale per ristabilire l'ordine delle competenze fissato dalla Costituzione, la Consulta non potrà che dichiarare l'illegittimità costituzionale della fonte primaria che violi la suddetta ripartizione. In altri termini, il criterio cronologico lascerà il posto a quello gerarchico, l'abrogazione implicita trasformandosi in annullamento. In tali casi, infatti, «l'invasione di campo [...] 'in orizzontale', [...] si converte *ipso iure* in una trasgressione, 'in verticale', nei confronti della norma superiore distributiva delle competenze. La gerarchia, ancora una volta, insomma, fagocita e trasforma un criterio che porta un nome diverso dalla gerarchia stessa, ma che esprime pur tuttavia l'essenza di un ordinamento a gradi delle fonti eretto sulla comune base costituzionale». Così, A. Ruggeri, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, V ed., Torino, 2009, 64-65.

⁶⁴ La legge statale che fissi le modalità di tutela degli animali non potrebbe, infatti, stabilire un livello massimo inderogabile dalle Regioni, daché, come ha evidenziato la Corte costituzionale nella sentenza n. 125 del 2015, la legislazione statale non può «imporre un tetto massimo» alla potestà legislativa regionale (nella specie, si trattava della previsione, contenuta nel d.l. 95/2012, della riduzione dello *standard* di posti letto imposto alla Provincia autonoma di Trento), ma «garantire un *minimum* intangibile della prestazione».

⁶⁵ Per quanto, ancora oggi, la differenziazione normativa delle tutele apprestate a favore degli animali non umani in ragione del loro essere riconosciuti di/da affezione, da macello o selvatici continui a destare più di qualche perplessità, sol che si ragioni sul piano della (ormai scientificamente acquisita) loro senzientà. Da questa prospettiva, L. Lombardi Vallauri, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, in S. Castiglione, L. Lombardi Vallauri (a cura di), *La questione animale*, cit., 264, ritiene che «il diritto sanziona un razzismo smisurato tra animali di famiglia ed animali da reddito/macellazione che non ha fondamento ontologico ed etologico [...]». Un approccio «oltre» la specie, e attento all'individualità dei singoli animali e delle loro specifiche esigenze, è quello argomentato da M. Nussbaum, *Giustizia per gli animali. La nostra responsabilità collettiva*, Bologna, 2023. In particolare, sul presupposto che «per i biologi la nozione di 'specie' è approssimativa; ciò che realmente lavorano

Allo stesso modo, la riserva di legge di cui all'art. 9, c. 3, Cost. parrebbe determinare *ex se* l'illegittimità sopravvenuta delle fonti secondarie disciplinanti la materia, così come delle leggi che dovessero contenere una delega al potere regolamentare dell'Esecutivo⁶⁶.

La *ratio* inscritta nella previsione di una riserva di legge statale sulle modalità di tutela degli animali è poi apparsa strettamente correlata al suo potenziale impatto nella materia penale, ambito in cui – com'è noto – è esclusa la competenza legislativa regionale⁶⁷ e, per quel che qui più rileva, maggiore è la dimensione esclusivamente antropocentrica assunta dalla produzione normativa (sol che si pensi all'art. 727 c.p.⁶⁸). Anzi, è proprio nell'intreccio con la normativa penale a tutela del «sentimento degli animali»⁶⁹ che si può rinvenire «il punto di ricaduta nevralgico della riforma» e «la cartina di tornasole della sua attuazione effettiva»⁷⁰.

sono le popolazioni, composte da singole creature», la giurista-filosofa statunitense intende applicare l'«approccio delle capacità», da essa stessa precedentemente elaborato con riferimento alle forme di giustizia «umana», al fine di esaltare l'esigenza di tutela delle singole vite animali non umane. E tanto, dal momento che tale approccio «si propone di fornire una costituzione virtuale a cui nazioni, stati e regioni possano guardare nel tentativo di migliorare (o di riformulare) le loro leggi sulla protezione degli animali. [...] L'obiettivo di fondo è che tutti gli animali avrebbero l'opportunità di vivere una vita compatibile con la loro dignità e i loro sforzi, fino a una soglia ragionevole di protezione». Per questa via, l'A. propone di «imparare quello che serve per fare una lista distinta per ogni tipo di creatura, inserendovi le cose che più contano per sopravvivere e fiorire. La lista, in realtà, viene approntata dagli animali stessi, che esprimono le loro più profonde preoccupazioni via via che cercano di vivere». Cosicché, gli animali parrebbero divenire essi stessi fonte di normatività.

⁶⁶ Su tali aspetti, si vedano R. Guastini, (voce) *Legge (riserva di)*, cit., 168-169 e L. Carlassare, (voce) *Legge (riserva di)*, cit., 9-10.

⁶⁷ Circostanza, questa, ribadita dal giudice delle leggi sin dalla sentenza n. 79/1977, in cui la Consulta ha esplicitato che «la fonte del potere sanzionatorio penale non può risiedere che nella legislazione dello Stato». Dalla circostanza «di avere autonoma potestà normativa in determinate materie» non può infatti dedursi che «le Regioni, anche a Statuto speciale, dispongano del potere sia di introdurre, sia di rimuovere o variare con proprie leggi norme penali nelle materie stesse». In questa prospettiva, A. Valastro, *La tutela degli animali*, cit., 277, sottolinea che, in questa materia, «la competenza statale esclusiva è fisiologica perché il nucleo duro della tutela diretta degli animali è affidata alle fattispecie che ne puniscono le forme di maltrattamento, e il diritto penale è competenza esclusiva dello Stato». Circostanza, questa, esplicitamente confermata dall'art. 117, c. 2, lett. l), Cost.

⁶⁸ Il quale, nell'alveo della suddetta prospettiva esclusivamente antropocentrica, viene collocato fra i reati contro la moralità pubblica e il buon costume e, precisamente, tra le «contravvenzioni concernenti la polizia dei costumi». Allo stesso modo, anche l'art. 727-bis c.p., inerente l'«uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette», trova applicazione «salvo che il fatto costituisca più grave reato», al di «fuori dei casi consentiti» e «salvo i casi in cui l'azione riguardi una quantità trascurabile di tali esemplari e abbia un impatto trascurabile sullo stato di conservazione della specie». Deroghe, queste, della cui costituzionalità – a seguito della revisione costituzionale del 2022 – è lecito nutrire (almeno) qualche dubbio, soprattutto per l'inconsistenza delle conseguenze penali in cui incorrerebbe chi, per i motivi i più discutibili o meramente ludici, attenta alla vita di una specie protetta.

⁶⁹ Introdotta dalla legge n. 189 del 2004, la quale, come sottolinea F. Rescigno, *Parturient montes, nascetur ridiculus mus?*, cit., 60, pur costituendo «senza dubbio una svolta significativa nell'approccio giuridico alla questione animale», rappresenta al contempo «una battuta d'arresto nel nostro cammino legislativo in materia», essendosi poi il legislatore «limitato all'attuazione e all'applicazione della normativa europea senza proporre soluzioni nuove maggiormente orientate verso il benessere animale».

⁷⁰ Così, ancora, A. Valastro, *La tutela degli animali*, cit., 273, secondo la quale «la presenza, oggi, di un principio di portata costituzionale impone di tornare a riflettere sulla coerenza complessiva» del sistema penale, «alzando il livello della ragionevolezza necessaria non solo e non tanto rispetto alle forme di crudeltà gratuita quanto soprattutto sul piano dei limiti alle attività umane di utilizzo degli animali». In un lavoro di poco precedente, la stessa A. aveva passato in rassegna le principali criticità dischiuse dalle singole fattispecie di reato contro la vita e la salute animale ed il loro pratico ridimensionamento a causa della doppia clausola derogatoria contenuta nell'art. 19-ter disp. trans. del Codice penale. Sul punto, si veda pertanto A. Valastro, *La tutela penale degli animali: problemi e prospettive*, in S. Castiglione, L. Lombardi Vallauri, *La questione animale*, cit., spec. 645-673, la quale – conclusivamente – scorge «un legislatore [...] costantemente in bilico: tanto severo verso le forme di maltrattamento più eclatanti ma anche più isolate (come il caso dell'uccisione ingiustificata), quanto blando

La mancata reinterpretazione costituzionalmente orientata delle previsioni (civilistiche e) penalistiche potrebbe infatti concretamente ridurre la tutela degli animali a «costituzionalizzazione simbolica»⁷¹, dopo che in sede di istruttoria parlamentare si sono già eliminate le innovazioni più impattanti sul vigente ordinamento repubblicano, a partire dalla compatibilità delle condizioni di vita degli animali con le loro caratteristiche etologiche⁷².

Ed invero, anche in assenza di una nuova legge dello Stato a tutela degli animali, la formulazione complessiva dell'art. 9 Cost. parrebbe di per sé provocare il tangibile ridimensionamento dell'ambito applicativo della doppia clausola derogatoria di cui all'art. 19-ter disp. trans. c.p., se non proprio la sua incostituzionalità sopravvenuta⁷³. E tanto, dal momento che essa prevede una causa di non punibilità che comporta la non applicabilità delle fattispecie di cui al Titolo IX-bis del Libro II c.p. (artt. 544-bis – 544-sexies) «ai casi previsti dalle leggi speciali in materia di caccia, di pesca, di allevamento, di trasporto, di macellazione degli animali, di sperimentazione scientifica sugli stessi, di attività circense, di giardini zoologici», oltre che «alle manifestazioni storiche e culturali autorizzate dalla regione competente». Ovverosia, a tutti quei «casi» in cui maggiore è il rischio di non poter evitare forme di crudeltà verso gli animali, le quali vengono anzi legittimate. Al pari di quelle civilistiche che ancora declinano gli animali alla stregua di *res*⁷⁴, tali disposizioni dovrebbero

verso i comportamenti nascosti fra le pieghe delle tradizionali attività di sfruttamento degli animali, di fatto più gravi (e più subdole) in quanto più frequenti e maggiormente tollerate» (672).

⁷¹ È questo il rischio che, proprio con riferimento alla clausola derogatoria di cui all'art. 19-ter disp. trans. c.p., ritiene prefigurarsi G. Pelagatti, *La costituzionalizzazione simbolica degli animali*, cit., 10. Secondo l'A., infatti, il contrasto tra la legislazione penale e il nuovo art. 9 Cost. è «solo apparente», dacché «l'assunzione nel testo costituzionale della tutela animale trascende il 'senso proprio delle parole', la tutela degli animali essendo «trasferita su un piano concettuale ove la sua concreta portata verrà dagli interpreti individuata attraverso l'interpolazione con altri riferimenti valoriali fondati su diversi enunciati costituzionali, in una reciproca ponderazione in termini di compatibilità e ragionevolezza». L'espressione «costituzionalizzazione simbolica» è tratta dal lavoro di M. Neves, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto*, Lecce, 2004.

⁷² Si pensi all'A.C. 2174, con cui si proponeva di attribuire alla «Repubblica» il compito di «riconosce[re] gli animali come esseri senzienti» e di promuoverne e garantirne «il rispetto a un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche». Innovazione, questa, che, se riconosciuta a livello costituzionale, avrebbe concretamente sollevato la questione della compatibilità costituzionale – oltre che della sostenibilità ambientale – delle modalità attraverso le quali sono organizzati gli allevamenti intensivi. Peraltro, ragionando intorno al reato di «maltrattamento degli animali» di cui all'art. 544-ter c.p., con la recente sentenza n. 15453 del 23 aprile 2023, la Suprema Corte di Cassazione ha precisato che «la nozione di comportamenti insopportabili per le caratteristiche etologiche non assume un significato assoluto (come raggiungimento di un limite oltre il quale l'animale sarebbe annullato), ma un significato relativo inteso quale contrasto con il comportamento proprio della specie di riferimento come ricostruita dalla scienza naturale. E, in questo senso, la collocazione degli animali in ambienti inadatti alla loro naturale esistenza, inadeguati dal punto di vista delle dimensioni, della salubrità, delle condizioni tecniche vale certamente a integrare la fattispecie nei termini oggi richiesti dal legislatore (così Cass., Sez. 3, n. 39159 del 27/03/2014, Muccini, Rv. 260295)».

⁷³ Del resto, anche prima della novella costituzionale del 2022, L. Lombardi Vallauri, *Testimonianze, tendenze, tensioni*, cit., 265, aveva sottolineato che «sembrano, *prima facie*, punibili in base al Titolo IX-bis, solo casi marginali di sadismo o episodico [...] o abituale [...], eccettuate tutte le immense strutture industriali e commerciali della carneficina legittima, utile/necessaria».

⁷⁴ Come l'art. 820 c.c., il quale stabilisce che «sono frutti naturali», come tali spettanti al proprietario, «quelli che provengono direttamente dalla cosa, vi concorra o no l'opera dell'uomo come i prodotti agricoli, la legna, i parti degli animali, i prodotti delle miniere, cave e torbiere». Nella stessa dimensione ontologica, l'art. 925 c.c. prevede che «gli animali mansuefatti possono essere inseguiti dal proprietario nel fondo altrui» e che «essi appartengono a chi se ne è impossessato, se non sono reclamati entro venti giorni da quando il proprietario ha avuto conoscenza del luogo dove si trovano». Ed ancora, l'art. 843 c.c. impone al proprietario di un fondo di «permettere l'accesso a chi vuole riprendere la cosa sua che si trovi accidentalmente o l'animale che vi si sia riparato sfuggendo alla custodia». A ciò si aggiunga che, proprio in quanto *res*, ad essi si applicano gli artt. 623

dunque essere reinterpretate in senso conforme al significato assunto dal rinnovato articolo 9 della Costituzione⁷⁵, così da espungere considerazioni soggettive in ordine alla crudeltà e al maltrattamento degli animali utilizzati nelle attività umane⁷⁶.

Anche attraverso il riferimento scientifico-normativo ai concetti di «biodiversità» ed «ecosistemi»⁷⁷, la nuova formulazione dell'art. 9, c. 3, Cost. è apparsa altresì poter incidere sul perimetro della «materia» della caccia, sino ad oggi rientrante nella competenza residuale delle Regioni, le quali, nel predisporre il calendario venatorio e i piani di abbattimento o controllo selettivo della fauna selvatica, devono comunque considerarsi vincolate all'osservanza dei limiti minimi inderogabili di tutela fissati dalle leggi dello Stato⁷⁸. Pur non comportando l'incostituzionalità sopravvenuta della l. n. 157/1992 (*Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio*), né delle normative regionali che disciplinano la materia, la novella costituzionale è sembrata poter incidere sul contenuto della stessa legge-quadro statale, tanto da lasciar presagire che, a seguito della revisione costituzionale, l'attività venatoria non possa perseguire finalità diverse da quelle «a protezione delle specie», da ancorare «a rigorosi criteri scientifici, per la cui verifica è stato istituito [...] l'ISPRA, organo tecnico statale»⁷⁹. A guardar bene, una simile interpretazione avrebbe significativamente

c.c. («Cose suscettibili di occupazione») e 924 c.c. («Acquisto di proprietà di sciami d'api»). Tali previsioni codicistiche devono considerarsi tutte costituzionalmente illegittime a seguito dell'approvazione del rinnovato art. 9 Cost., soprattutto se interpretate in chiave esclusivamente antropocentrica. Sul punto, G.L. Conti, *Note minime sulla sopravvivenza dei valori ambientali alla loro costituzionalizzazione*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2, 2022, 203, ha rimarcato che «nessuna riserva di legge [...] è vuota, soprattutto se è espressa nei principi fondamentali della Costituzione: con questa riserva di legge, gli animali sono oggetto di una dereificazione, perché altrimenti non avrebbe senso una loro tutela specifica e distinta dalla tutela dell'ambiente, degli ecosistemi o della biodiversità».

⁷⁵ Del resto, l'interpretazione conforme a Costituzione ha l'obiettivo «di far penetrare la Costituzione e i suoi principi fondamentali finanche nell'anfratto più nascosto dell'ordinamento giuridico formale». Così, A. Gusmai, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in *Rivista AIC*, 3, 2014, 12.

⁷⁶ A sottolinearlo è A. Valastro, *La tutela degli animali*, cit., 274, la quale, sulla base della circostanza che «la violenza dell'incrudelire – in quanto gratuita – non può essere mai necessaria», ritiene «opportuno modificare queste norme ed eliminare il riferimento alla crudeltà, rimanendo essa assorbita nel più generale e oggettivo accertamento della assenza di necessità». In argomento, sul presupposto della «natura prevalentemente dichiarativa» del nuovo art. 9, c. 3, Cost., C. Cupelli, *La salvaguardia degli animali in Costituzione*, cit., 68-69, auspica «interventi minimi, mirati ed efficaci, che tuttavia – razionalmente – non andranno imperniati, quantomeno in via prioritaria, sullo strumento penale», ma su soluzioni imperniate sulla responsabilità civile o sulle sanzioni preventive, oltre che su una più estesa sensibilizzazione sociale alla tutela animale.

⁷⁷ Tale ultimo riferimento costituzionale è, invero, parso testimoniare l'impegno della Repubblica nella «lotta al cambiamento climatico e quindi la tutela del clima. C'è infatti un rapporto di strumentalità e finalizzazione tra ecosistemi e clima: la tutela degli ecosistemi, nelle condizioni attuali, non può non presupporre la tutela del clima e quindi la lotta al cambiamento climatico». E tanto, dal momento che «la tutela del clima, e in particolare l'azione per arrestare il cambiamento climatico, rappresenta una preconditione della tutela dell'ambiente e delle sue parti costitutive (biodiversità, ecosistemi, ecc.)». Così, R. Bifulco, *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 3, 2023, 139.

⁷⁸ Come ripetutamente affermato dalla Corte costituzionale. A titolo di esempio, si pensi a quanto statuito dal giudice delle leggi nella sentenza n. 20 del 2012, in cui la Consulta ribadisce che «la selezione, sia delle specie cacciabili, sia dei periodi aperti all'attività venatoria, implichi l'incisione di principi propri della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, che fanno capo alla competenza esclusiva dello Stato».

⁷⁹ D. Granara, *Il principio animalista nella Costituzione*, in *DPCE online*, 2, 2023, 868, a detta del quale si è dinanzi ad «un mutamento di prospettiva epocale, poiché l'esigenza di “conservazione della fauna selvatica” non è più limite, ma obiettivo, che giustifica l'effettuazione del prelievo». Ed invero, la giurisprudenza amministrativa successiva all'entrata in vigore del rinnovato articolo 9 della Costituzione ha precisato che i principi normativi volti a consentire il prelievo venatorio nei soli casi in cui esso sia compatibile con gli obiettivi di conservazione delle specie animali «assumono oggi un valore maggiormente pregnante alla stregua delle modifiche alla Carta

ridotto i margini operativi della legislazione regionale in materia di prelievo venatorio⁸⁰, a volte fin troppo osmotica rispetto alla «pressione dei cacciatori o di altri soggetti interessati a limitare le incursioni di specie predatorie»⁸¹, e valorizzato l'espressa inclusione della fauna selvatica nel «patrimonio indisponibile dello Stato [...] tutelata nell'interesse della comunità nazionale ed internazionale»⁸². In effetti, come si è già anticipato *supra*, una volta introdotta tra i «Principi fondamentali» della Carta repubblicana, la riserva di legge statale non può che spostare verso «l'alto» la competenza in materia di forme e modalità del prelievo venatorio, scongiurando o correggendo quelle persistenti «aperture» ad interessi meramente locali e di categoria che intercettano trasversalmente la materia⁸³.

Di tutt'altro avviso è però apparso proprio il legislatore statale, almeno per quel che attiene alle novelle legislative che hanno connotato l'avvio della XIX Legislatura. La l. n. 157/1992 è stata infatti sì sensibilmente modificata, ma non al fine di ampliare la tutela della fauna selvatica né, tantomeno, con una compiuta legislazione organica statale. Al contrario, le introdotte modifiche sono state apportate attraverso un emendamento alla legge di bilancio del 2023 (l. n. 197/2022), atto del tutto estraneo alla compiuta legislazione statale a tutela degli animali imposta dalla riserva di legge di cui all'art. 9, c. 3, Cost. Oltre che per il profilo formal-procedurale, la modifica legislativa *de qua* parrebbe incrinare la riserva di legge statale a tutela degli animali anche per l'ampio rinvio da essa effettuato a piani regionali «ordinari» e «straordinari» (art. 19-ter)⁸⁴, cui è di fatto affidata la concreta gestione della fauna selvatica, e,

costituzionale introdotte con la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1». In tal senso, cfr. TAR – Palermo, sentenza n. 3691/2022.

⁸⁰ Così, ancora, D. Granara, op. cit., 868-869.

⁸¹ D. Buzzelli, *La caccia dopo la riforma dell'art. 9 della Costituzione: spunti civilistici*, in D. Buzzelli (a cura di), *Animali e diritto*, cit., 207. A comprova del tutt'altro che soddisfacente livello di tutela assicurato dalle Regioni alla fauna selvatica, si pensi alla condanna inflitta all'Italia dalla CGUE (sentenza 15 luglio 2010, causa C 573/08) a seguito dell'apertura di una procedura d'infrazione causata dal troppo ampio ricorso delle Regioni al potere di «deroga», azionabile sulla base dell'art. 18 della l. n. 157 del 1992, delle previsioni di tutela fissate dallo Stato, con il risultato di compromettere lo «stato di conservazione» delle specie tutelate dalla Direttiva c.d. Uccelli. Vicenda, questa, che, come sottolinea S. Grassi, *La tutela degli animali*, cit., 325, «conferma lo stretto rapporto tra tutela dell'ambiente e tutela delle specie animali e la difficoltà di trovare nelle diverse realtà locali il punto di equilibrio tra le attività umane (come l'agricoltura e l'attività venatoria) e l'esigenza di tutela della fauna selvatica».

⁸² Come ribadisce l'art. 1 della l. n. 157/1992, a norma del quale «la fauna selvatica è patrimonio indisponibile dello Stato ed è tutelata nell'interesse della comunità nazionale e internazionale». Sulla base di tale disposizione, la Corte dei conti ha sottolineato che la fauna selvatica «ha un valore, anche a prescindere dalla sua collocazione nel contesto ambientalistico e dell'ecosistema. La regola generale è, quindi, il divieto di abbattimento dei singoli animali» (Corte dei conti, sez. prima giurisd., 18 giugno 2018, n. 248).

⁸³ In questa prospettiva, l'art. 32, c. 3, della legge-quadro sulle aree naturali protette (l. n. 394/1991) è parso sollevare qualche dubbio di legittimità costituzionale, dacché esso stabilisce che «All'interno delle aree contigue le regioni possono disciplinare l'esercizio della caccia, in deroga al terzo comma dell'articolo 15 della legge 27 dicembre 1977, n. 968, soltanto nella forma della caccia controllata, riservata ai soli residenti dei comuni dell'area protetta e dell'area contigua, gestita in base al secondo comma dello stesso articolo 15 della medesima legge». Ed invero, come ha sottolineato D. Buzzelli, *La caccia dopo la riforma dell'art. 9*, cit., 212, «norme consimili, pur ispirate ad un bilanciamento proporzionale e sostenibile degli interessi in gioco, sacrificano l'interesse degli animali senza una giustificazione concretamente riconducibile ai diritti fondamentali della persona, si ché esse dovrebbero essere oggetto di rivalutazione e rimodulazione nel quadro dei nuovi principi dettati dalla Carta Costituzionale».

⁸⁴ Esso prevede, infatti, l'adozione, con decreto del Ministro dell'Ambiente e della sicurezza energetica, di concerto con il Ministro dell'Agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste, sentito l'I.S.P.R.A. e previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, di un piano straordinario per la gestione e il contenimento della fauna selvatica (c. 1) che «costituisce lo strumento programmatico, di coordinamento e di attuazione dell'attività di gestione e contenimento numerico della presenza della fauna selvatica nel territorio nazionale mediante abbattimento e cattura» (c. 2). Attività anch'esse del tutto paradossalmente non definite «esercizio di attività

non secondariamente, guardando al contenuto complessivo del rinnovato art. 9 Cost., per l'espunzione dei «metodi ecologici» quale parametro delle procedure di controllo e per la contrapposizione tra «biodiversità» ed «ecosistemi» a più riprese invocata al fine di legittimare il drastico ridimensionamento della tutela della prima mediante la generica esigenza di conservazione dei secondi. E tanto, nonostante la congiunzione («e») con la quale il nuovo art. 9, c. 3, Cost. mette in relazione la tutela della «biodiversità» e quella degli «ecosistemi»⁸⁵. Al di là delle criticità che, sul piano giuridico-costituzionale, pare suscitare una simile strategia di (in-)attuazione della novella costituzionale, la quale ha peraltro condotto l'Unione Europea ad aprire la procedura *EU Pilot* n. 2023/10542⁸⁶ contro l'Italia per violazione della Direttiva Uccelli (2009/147/CEE) e del reg. UE 2021/57 che vieta l'utilizzo del piombo nelle zone umide protette dalla Convenzione di Ramsar, la re-interpretazione in senso conforme al nuovo art. 9 Cost. delle disposizioni che compongono l'ordinamento repubblicano dovrebbe, di converso, determinare l'esclusione dal perimetro della legittimità costituzionale del prelievo venatorio esercitato a fini meramente ludici⁸⁷ e di tutte quelle previsioni legislative che violino o riducano⁸⁸ *standard* di protezione già precedentemente fissati dalla legislazione nazionale o dalla giurisprudenza costituzionale, ovvero stabiliti in fonti sovra-⁸⁹ e

venatoria» e suscettibili di essere «attuate anche nelle zone vietate alla caccia, comprese le aree protette e le aree urbane, nei giorni di silenzio venatorio e nei periodi di divieto» (c. 3).

⁸⁵ Come ha sottolineato S. Candela, *Annotazioni a margine delle recenti modifiche normative (introdotte dalla l. 197/2022) alla legge-quadro in materia di protezione della fauna selvatica omeoterma e prelievo venatorio*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 1, 2023, 304-305, «la tutela della biodiversità e la tutela degli ecosistemi [...] devono essere garantite congiuntamente. Esiste, infatti, un legame inscindibile tra queste forme di tutela», peraltro «consacrat[o], al massimo livello dell'ordinamento interno, anche dal comma 3 del novellato articolo 9 Cost.». Cosicché, «non si potrebbe [...] immaginare la possibilità di sostituzione/contrapposizione tra metodi ecologici e tutela della biodiversità: l'interesse alla tutela della biodiversità, nel caso dell'art. 19 utilizzato addirittura quale elemento giustificativo delle forme di abbattimento e cattura delle specie faunistiche, non potrebbe cioè costituire una forma di contro-bilanciamento all'eliminazione dei metodi ecologici (sia nel senso della sostituzione sia in quello della contrapposizione)».

⁸⁶ Per di più, nei primi giorni del 2024 fonti di stampa hanno comunicato che la Commissione avrebbe concluso la procedura Pilot, cui farà seguito l'apertura di una procedura d'infrazione contro l'Italia se la normativa non dovesse essere modificata.

⁸⁷ Sul punto, evidente è l'evoluzione della coscienza e della sensibilità sociale, la quale non può che riflettersi nelle pronunce degli organi giurisdizionali (prima ancora che nelle leggi approvate dai Parlamenti). Basti pensare a come, ancora nel 1976, la Corte costituzionale abbia riconosciuto «connaturata» nel prelievo venatorio un'«utilità sociale [...] razionalmente insopprimibile» (sent. n. 57 del 1976, n. 3 del *cons. in dir.*), come tale in grado di imporre al proprietario di un fondo il diritto di ingresso dei cacciatori. Tutt'al contrario, la «funzione sociale» della proprietà (art. 42 Cost.) può oggi essere invocata dal proprietario di un fondo, contrario alla pratica della caccia, al fine di opporsi allo svolgimento, sul terreno di sua proprietà, di attività venatorie: per tale assunto si veda Corte CEDU, Grande Camera, sentenza 26 giugno 2012, Hermann c. Germania. Dalla stessa angolatura concettuale, parrebbe lecito dubitare della conformità a Costituzione della clausola di esclusione (art. 30, c. 3, della l. n. 157 del 1992) dell'applicabilità degli artt. 624, 625 e 626 c.p. nei casi disciplinati dal comma 1 dell'art. 30 della l. n. 157 del 1992, inerenti alle fattispecie in cui la pratica venatoria è esercitata al di fuori delle regole fissate dalla medesima legge (ipotesi di c.d. bracconaggio).

⁸⁸ Di contrario avviso sembra essere M. Olivi, *L'art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali selvatici*, in *AmbienteDiritto.it*, 4, 2022, 12, il quale, contrapponendo la prospettiva ambientalista a quella animalista, ritiene «non scontato cosa debba intendersi per intervento migliorativo» della legislazione regionale rispetto alla normativa fissata a livello nazionale. Con il che, però, si finisce per privare di ogni contenuto normativo innovativo la riserva di legge statale fissata dall'art. 9, c. 3, Cost. e la consolidata giurisprudenza costituzionale in punto di ripartizione di competenze legislative tra Stato e Regioni.

⁸⁹ Numerose sono le fonti europee stratificatesi a tutela del benessere degli animali, di volta in volta incentrate su singoli aspetti della vita animale: si pensi alla Convenzione europea sulla protezione degli animali negli allevamenti adottata a Strasburgo il 10 marzo 1976 e ratificata dall'Italia con la l. n. 623/1985; o alla

internazionali.

5. Uno sguardo alla giurisprudenza (non solo) costituzionale successiva all'introduzione del nuovo art. 9, c. 3, Cost. In disparte dalla sua in-attuazione, l'inserimento della riserva di legge statale nel nuovo art. 9, c. 3, Cost. è sembrata ingenerare «una notevole confusione», limitando le competenze regionali a tutela degli animali senza peraltro arricchire «significativamente» quelle del legislatore statale, «ben definite da consolidata giurisprudenza»⁹⁰.

Ed è proprio alle modalità con cui la novella costituzionale è stata interpretata dalla giurisprudenza, costituzionale e comune, che parrebbe ora opportuno volgere lo sguardo, al fine di ricavare elementi ulteriori sull'effettiva o presunta eliminazione delle possibilità d'intervento regionale nella materia *de qua*⁹¹.

Come anticipato, ancor prima della revisione costituzionale del 2022, il giudice delle leggi ha rimarcato che, persino nelle materie – come la caccia – rientranti nella competenza residuale delle Regioni *ex* art. 117, c. 4, Cost., «è tuttavia necessario, in base all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., che la legislazione regionale rispetti la normativa statale adottata in tema di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ove essa esprima regole minime uniformi (sentenza n. 139 del 2017)»⁹². Orientamento, questo, confermato anche a seguito della modifica costituzionale del 2022, allorché, con la sentenza n. 148/2023, la Consulta ha ribadito che, «qualora le norme legislative regionali censurate abbiano «determinato l'effetto di incrementare la tutela minima ascrivibile alla potestà legislativa statale, si deve ritenere che, in quest'ambito di maggiore protezione faunistica, del tutto legittimamente si sia esplicata la potestà legislativa residuale in materia di caccia» (sentenza n. 7 del 2019)»⁹³.

Convenzione europea sulla protezione degli animali da macello, adottata sempre a Strasburgo il 10 maggio 1979 e alla Convenzione europea per la *Protezione degli animali da compagnia* sottoscritta a Strasburgo il 13 novembre 1987 e ratificata dall'Italia soltanto dopo più di vent'anni, con la l. n. 201/2010. O, ancora, si pensi al reg. UE n. 1223/2009 sul divieto di utilizzo degli animali per la sperimentazione dei prodotti cosmetici e alla dir. UE 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici; al reg. UE n. 124/2019 sul divieto di pesca elettrica; al reg. CE n. 1/2015 del Consiglio del 22 dicembre 2004 «sulla protezione degli animali durante il trasporto e le operazioni correlate». A tali provvedimenti normativi devono poi ovviamente aggiungersi le Direttive europee dirette a tutelare la fauna selvatica (soprattutto la Direttiva *Habitat* e quella *Uccelli*) e, da ultimo, gli ambiziosi obiettivi fissati dalla *Strategia europea per la biodiversità per il 2030*, la quale impone agli Stati membri di creare nuove zone protette in Europa tutelando, con strumenti giuridicamente vincolanti, il 30% della superficie terrestre e marina (c.d. Obiettivo 30/30), prevedendo al contempo che il 10% del territorio sia adibito a «protezione integrale». A livello internazionale, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale dell'UNESCO del 15 ottobre 1975 riconosce espressamente il diritto alla vita, all'assenza di sofferenza e al benessere fisico e psichico degli animali. Anche se il grado di vincolatività giuridica della Dichiarazione è di fatto estremamente limitato, non può sottacersi che essa si spinge sino a definire «biocidio» l'uccisione dell'animale.

⁹⁰ R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, 13, 2022, 207.

⁹¹ In effetti, come ha sottolineato F. Rescigno, *Animali e Costituzione*, cit., 23, l'espressa rilevanza costituzionale attribuita alle modalità di tutela degli animali non ha «poteri taumaturgici» sulla legislazione vigente, dato che «purtroppo non sono poche le previsioni costituzionali che rimangono sostanzialmente inattuato, per cui una revisione formale, se non accompagnata da un reale sforzo culturale-legislativo e sociale, rischia di tradursi in un'astratta formulazione che necessita ancora una volta di complicati equilibrismi giuridici e soprattutto giurisprudenziali per trovare un *ubi consistam*».

⁹² Corte cost., sent. n. 7/2019. E tanto, anche con riferimento alle disposizioni normative contenute nella legge-quadro sulle aree naturali protette (l. n. 394/1991), le quali continuano a vincolare la legislazione regionale in materia di prelievo venatorio (come ribadito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 315/2010).

⁹³ Corte cost., sent. n. 148/2023.

Con tale pronuncia, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge reg. Veneto n. 2/2022, in quanto approvativo con legge – e non con provvedimento amministrativo – del calendario venatorio regionale, il giudice delle leggi ha censurato l'«abbassamento del livello di tutela» degli animali, rievocando «la possibile tutela in *melius*»⁹⁴ tradizionalmente riconosciuta *ante* riforma alla potestà legislativa regionale. Parrebbe dunque potersi concludere che, stando a questo primo orientamento del giudice delle leggi, la riserva di legge statale di cui all'art. 9, c. 3, Cost. non escluderebbe la potestà legislativa regionale indiretta (*ex* art. 117, cc. 3 e 4, Cost.) nelle materie (come la caccia) rientranti nella competenza degli Enti regionali, purché essa sia ampliativa del livello di tutela fissato dalle leggi statali⁹⁵. Epperò, in misura maggiore rispetto alla Consulta, è stata la giurisprudenza amministrativa ad aver esplicitato la portata innovativa della revisione costituzionale del 2022.

In particolare, nel sospendere il provvedimento con cui il Presidente della Provincia autonoma di Trento ha disposto l'abbattimento di un orso bruno «colpevole» di aver aggredito e ucciso un essere umano, il Consiglio di Stato ha riconosciuto nella tutela degli animali un principio supremo dello Stato⁹⁶ e, richiamata la copiosa normativa europea e sovranazionale a tutela della specie ursina⁹⁷, ha specificato che «può ricorrersi all'abbattimento dell'animale solo nell'ipotesi - estrema e di rara verifica - di impossibilità oggettiva, non solo temporanea e soggettiva, da valutarsi secondo i criteri

⁹⁴ Come ha evidenziato G. Vivoli, *Il mondo animale davanti al nuovo art. 9, c. 3 della Costituzione*, cit., 38, il «ripasso» generale sugli approdi noti ed il richiamo specifico alla sentenza n. 7 del 2019 avrebbero un sapore meramente pleonastico a Costituzione invariata ma [...] possono essere invece letti come «segnali» di continuità con le coordinate generali del passato che non vengono incise dal contenuto dell'art. 9, co. 3. [...] È ovviamente poco ma può essere visto come un segnale «indiretto»: nell'attività venatoria tutto resta come prima; come se la riserva di legge statale dell'art. 9, co. 3 non avesse rilievo».

⁹⁵ Secondo un indirizzo – *ex multis* – ribadito dalla Consulta nella sentenza n. 88/2020, allorché la Corte ha precisato che «la collocazione della materia 'tutela dell'ambiente e dell'ecosistema' tra quelle di esclusiva competenza statale non comporta che la disciplina statale vincoli in ogni caso l'autonomia delle Regioni, poiché il carattere trasversale della materia, e quindi la sua potenzialità di estendersi anche nell'ambito delle competenze regionali, mantiene salva la facoltà delle Regioni di adottare, nell'esercizio delle loro competenze legislative, norme di tutela più elevate». Sul punto, maggiormente esposta al rischio di una completa eliminazione del possibile intervento in *melius* della legislazione regionale a tutela degli animali è quella giurisprudenza costituzionale che ragiona intorno al c.d. «punto di equilibrio tra esigenze contrapposte espressamente individuato dalla norma dello Stato» (così, da ultimo, Corte cost., sent. n. 197/2014).

⁹⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, ordinanza n. 2918/2023.

⁹⁷ L'orso bruno (*ursus arctos*) è protetto dalla Convenzione di Berna del 19 settembre 1979, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. n. 503/1981, sulla conservazione della flora e fauna selvatica europea e dei suoi *habitat* naturali. Essendo stato incluso nell'Allegato II, l'orso bruno rientra – assieme al lupo – tra le specie «rigorosamente protette», che lo Stato ha il dovere di tutelare mediante ogni misura amministrativa e legislativa, vietandone – tra le altre cose – tutte le forme di cattura, sequestro ed uccisione deliberata (art. 6 della Convenzione). La classificazione della Convenzione di Berna è poi confluita nell'art. 1, c. 1, l. n. 157/1992, la quale inserisce l'orso bruno tra le specie particolarmente protette. A livello europeo, a venire in rilievo è certamente la direttiva 92/43/CEE adottata dal Consiglio in data 21 maggio 1992 (c.d. direttiva *Habitat*), che richiama espressamente l'art. 6 della Convenzione di Berna, vietandone l'uccisione o forme di alterazione dell'*habitat* naturale, oltre che la commercializzazione (art. 12). Com'è noto, l'art. 16 della direttiva *de qua* consente sì la deroga dell'elevato livello di tutela predisposto dall'art. 12, ma soltanto «a condizione che non esista un'altra soluzione valida e che la deroga non pregiudichi il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente, delle popolazioni della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale». Cosicché, la Direttiva ammette la possibilità di sacrificare la vita dell'animale, ma soltanto qualora ricorrano precise circostanze che escludano la realizzabilità di soluzioni alternative, nel rispetto di quel principio di proporzionalità che non può che ispirare la legislazione in tema di tutela degli animali. Valutazione di proporzionalità che, a seguito della modifica costituzionale, non può che essere innalzata verso l'alto, richiedendo un più ampio approfondimento istruttorio.

generali dell'ordinamento giuridico, di ricorrere ad azioni meno cruenti»⁹⁸.

Senza preoccuparsi di sindacarne la sopravvenuta illegittimità costituzionale⁹⁹, il supremo consesso amministrativo ha comunque esplicitato che tale interpretazione dell'art. 1, l. prov. n. 9/2018 «è peraltro, oggi, l'unica compatibile con la modifica costituzionale del comma [3] dell'art. 9 della Costituzione». Cosicché, il principio di proporzionalità dischiuso dall'art. 9, c. 3, Cost. si rivela un imprescindibile parametro atto a non sbilanciare le decisioni normative e giurisprudenziali né verso la prevalenza assoluta delle esigenze umane né, tantomeno, verso forme di tutela incondizionata delle specie animali (anche di quelle «particolarmente protette»), il cui abbattimento deve comunque considerarsi, se non proprio escluso, una *extrema ratio*, da motivare sulla base di un'istruttoria adeguata delle ragioni che propendono per tale soluzione.

Attraverso il criterio dell'interpretazione conforme a Costituzione, il Consiglio di Stato ha dunque escluso il ricorso in via incidentale al giudice delle leggi¹⁰⁰, anche se tale soluzione avrebbe probabilmente scongiurato la successiva modifica legislativa dell'art. 1, l. prov. n. 9 del 2018, che – in spregio dell'art. 9 Cost. – ha affidato ad un organo monocratico (il Presidente della Provincia) il potere di deliberare, con ordinanza, l'abbattimento di animali

⁹⁸ Di talché, il Consiglio di Stato ha sospeso l'ordinanza presidenziale di abbattimento dell'orsa JJ4 in quanto «il provvedimento impugnato [...] delibera l'abbattimento dell'animale senza avere adeguatamente valutato l'efficacia di misure intermedie idonee a salvaguardare l'incolumità pubblica senza sacrificare la vita dell'animale, bene giuridico oggi costituzionalmente protetto. Il provvedimento impugnato, come correttamente osservato dal Presidente del Tar locale nei numerosi decreti monocratici resi nei giudizi di che trattasi, presenta un inaccettabile vizio logico. La mancanza di adeguate strutture per l'accoglimento e la gestione di animali problematici non può legittimare una misura che viola il principio di proporzionalità e che rischia di autorizzare un uso seriale, indiscriminato della decisione estrema e più cruenta che – come detto – deve costituire l'*extrema ratio*; l'allarme sociale destato dai drammatici episodi ultimamente occorsi, se legittima il rafforzamento delle misure preventive diverse dall'abbattimento, non può incidere sulle valutazioni dell'amministrazione che deve continuare ad ispirarsi rigorosamente ai già citati criteri di legge al fine di trovare il punto di equilibrio ispirato a proporzionalità».

⁹⁹ Com'è noto, prima della revisione costituzionale del 2022, con la sentenza n. 215/2019 la Corte costituzionale ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dallo Stato rispetto all'art. 1, l. prov. aut. Trento n. 9/2018 e all'art. 1, l. prov. aut. Bolzano n. 11/2018, entrambi afferenti alla gestione dei c.d. grandi carnivori (orso bruno e lupo), in quanto le competenze legislative delle Province autonome in tema di caccia, pesca, apicoltura, parchi, foreste e corpo forestale legittimerebbero il trasferimento di funzioni amministrative, in ordine al possibile abbattimento delle specie protette, ai rispettivi Presidenti. E tanto, dal momento che l'art. 16 della Direttiva *Habitat* – il quale consente agli Stati di derogare al divieto assoluto di abbattimento delle specie rigorosamente protette in particolari e circoscritte ipotesi – non specificherebbe l'Ente a cui attribuire detta facoltà. A prescindere da tale ultimo assunto, a seguito della revisione costituzionale del 2022 una simile interpretazione sarebbe oltremodo difficoltosa, a meno di non voler svuotare del tutto il significato e la *ratio* della riserva di legge statale contenuta nell'art. 9 Cost., la quale non può che ridondare nell'interpretazione dell'art. 11 del d.P.R. 357/1997 e delle intatte competenze del Ministro dell'Ambiente in materia. Esso, infatti, resta titolare del potere di «autorizzare le deroghe alle disposizioni» (di cui all'art. 8) che vietano l'abbattimento, la cattura o il disturbo delle specie di fauna selvatica rigorosamente protette a livello europeo, in presenza delle stesse condizioni (art. 11) già fissate nell'art. 16 della Direttiva *Habitat*. Per di più, le recenti modifiche apportate alla legge prov. trentina n. 9 del 2018 nel 2023 hanno contribuito a rendere la stessa più che dubbia sul piano costituzionale, per l'eliminazione di qualsiasi ruolo effettivo dell'ISPRA e per la genericità della casistica che legittima il sistematico abbattimento di esemplari della specie ursina (al massimo otto all'anno per i prossimi tre anni, secondo le prospettate modifiche – per ora solo deliberate – del 2024).

¹⁰⁰ «Tanto la norma primaria, tanto quella secondaria, se non interpretate sulla scorta di tali canoni ermeneutici (il principio di proporzionalità derivante dal diritto UE e il nuovo art. 9 Cost., n.d.r.), sarebbero inevitabilmente illegittime», evidenzia infatti il Consiglio di Stato nell'ordinanza 2918/2023. Sull'evoluzione dell'utilizzo del criterio dell'interpretazione conforme a Costituzione cfr. A.M. Nico, *L'accesso e l'incidentalità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 25 ottobre 2019, 177 e Id., *L'accentramento e la diffusione nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2007.

potenzialmente pericolosi per la sicurezza pubblica sulla base di una casistica estremamente generica e del tutto sganciata dall'acquisizione del preventivo parere dell'ISPRA e dallo svolgimento di una adeguata istruttoria¹⁰¹; oltre che delle stesse condizioni fissate dall'art. 16 della Direttiva Habitat, per come interpretato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁰². Ancor più in là del Consiglio di Stato si è però spinta altra parte della giurisdizione amministrativa, la quale ha rinvenuto nella «conservazione del patrimonio naturalistico nel suo complesso considerato» un «valore assoluto in quanto corrispondente all'esigenza di salvaguardare habitat naturali e specie viventi dal pericolo di estinzione», dinanzi al quale «recessivi» sono i «contrapposti interessi di quanti «praticano l'attività venatoria». E tanto, non solo sulla base dell'art. 1, c. 2, l. n. 157/1992, «nella parte in cui consente l'esercizio dell'attività venatoria purché non contrasti con l'esigenza di conservazione della fauna selvatica», ma soprattutto della «recente Legge cost. 11 febbraio 2022 n. 1»¹⁰³.

Come si vede, pur se talvolta impropriamente configurato alla stregua di un «valore assoluto»¹⁰⁴, il rinnovato articolo 9 Cost. ha principiato – invero, ancora timidamente – ad incunearsi nelle argomentazioni giurisprudenziali, confermando la necessità che sia il legislatore statale a prevedere forme più elevate ed effettive di tutela degli animali, da applicarsi uniformemente sul territorio nazionale. Cionondimeno, nel solco di una consolidata giurisprudenza costituzionale, la competenza diretta dello Stato non esclude la tutela in *melius* predisposta dalle Regioni nelle materie di propria competenza concorrente o

¹⁰¹ È quanto sanciscono le modifiche apportate nel 2023 alla legge prov. trentina n. 9 del 2018, la quale, ferma restando la non vincolatività del parere dell'ISPRA, rende lo stesso facoltativo per le ordinanze presidenziali contingibili e urgenti che potranno ora disporre l'uccisione (e non la cattivazione) dell'animale ritenuto «problematico», peraltro aumentando a dismisura i casi di problematicità dei plantigradi. In disparte da ogni considerazione – financo superflua – sulla problematicità di applicare categorie umane a comportamenti naturali degli animali, tale novella legislativa – non impugnata dal Governo in via principale dinanzi alla Consulta per non meglio precisate intese politiche – solleva più di qualche criticità costituzionale alla luce del nuovo art. 9 Cost., il cui significato viene di fatto sdilinquito o *expressis verbis* neutralizzato dall'attribuzione ad un organo monocratico (il Presidente della Provincia), nell'assenza di una pressoché minima istruttoria e di qualsiasi evidenza scientifica, del potere di disporre l'abbattimento di individui che appartengono ad una specie protetta a livello internazionale e sovranazionale, in spregio di qualsiasi canone di proporzionalità e ragionevolezza della decisione. Peraltro, già nel 2021, con la sentenza n. 7366 il Consiglio di Stato ha rilevato l'illegittimità dell'azione della Provincia autonoma di Trento nell'ambito della gestione degli esemplari di orso bruno ritenuti «pericolosi» per l'uomo, con precipuo riferimento all'ordinanza contingibile ed urgente emessa dal Presidente nei confronti dell'orso M57, rinchiuso nel recinto del Le Casteller e poi trasferito in un «santuario per gli orsi» in Ungheria. Epperò, pur avendone rilevato l'illegittimità per carenza di istruttoria e dell'assenza del parere dell'ISPRA, il Consiglio di Stato non ha potuto disporre il rilascio in libertà dell'orso, dacché la lunga – ed illegittima – cattivazione nel recinto del Le Casteller ne avrebbe aumentato il tasso di aggressività verso l'uomo. In tal caso, l'illegittimo operare della Provincia autonoma di Trento si è riverberato nelle ragioni che alimentano il principio di proporzionalità, a dimostrazione delle plurime criticità che evidenzia la novella legislativa che, oggi, si propone di aumentare considerevolmente i poteri del Presidente della Provincia rispetto ad orsi considerati problematici per l'uomo. Sulla vicenda che ha portato alla sentenza del Consiglio di Stato del 2021, si veda G. Gallo, *Nota a Consiglio di Stato, Sez. V, Sent. 3 novembre 2021, n. 7366*, in E. Battelli, M. Lottini, G. Spoto, E.M. Incutti (a cura di), *Nuovi orizzonti*, cit., 155-184.

¹⁰² Nella sentenza Corte Giust., sez. II, 10 ottobre 2019, *Luonnonsojeluhyhdistys Tapiola*, causa C-674/17, la Corte di Giustizia ha specificato che la «protezione rigorosa» di talune specie animali impone che eventuali deroghe ex art. 16 siano ben argomentate e giustificate alla luce delle migliori conoscenze tecnico-scientifiche (punto 51), tali da non compromettere il loro «stato di conservazione soddisfacente».

¹⁰³ Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giurisd., ordinanza cautelare n. 345/2022.

¹⁰⁴ Al contrario, come ha evidenziato il giudice delle leggi nella sentenza n. 85/2013, sul piano costituzionale i diritti (ed i principi che li esprimono) non possono divenire «tiranni» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette.

residuale¹⁰⁵.

6. La modifica costituzionale e la clausola di salvaguardia delle competenze delle Regioni a Statuto speciale. La rilevanza delle richiamate pronunce giurisprudenziali si accresce alla luce della circostanza che tanto la Provincia autonoma di Trento, quanto la Regione Sicilia sono Enti ad autonomia speciale, nei cui confronti opererebbe la clausola di salvaguardia delle competenze contenuta nell'art. 3 della l. cost. n. 1/2022. Pur senza modificare espressamente il testo della Costituzione, tale articolo stabilisce infatti che «la legge dello Stato che disciplina i modi e le forme di tutela degli animali [...] si applica alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano nei limiti delle competenze legislative ad esse riconosciute dai rispettivi statuti»¹⁰⁶.

Tale previsione è sembrata assumere una «valenza compromissoria», da cui discenderebbe una tutela degli animali «a geometria variabile» rispetto all'efficacia nei diversi territori¹⁰⁷.

Tuttavia, considerando l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sui limiti dei «principi generali dell'ordinamento» e delle «norme fondamentali delle riforme economico-sociali» dello Stato¹⁰⁸, la portata della clausola di salvaguardia può considerarsi decisamente più limitata rispetto a quanto possa *prima facie* immaginarsi. Ed infatti, con riferimento alle competenze finalistiche dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e del paesaggio, il giudice delle leggi ha a più riprese ribadito che esse soddisfano l'esigenza di fissare un «limite minimo di tutela non derogabile dalle Regioni, ordinarie o a statuto speciale, e dalle Province

¹⁰⁵ A tal proposito, al fine di scongiurare interpretazioni strettamente letterali della novella costituzionale del 2022 in ordine alla mancata inclusione della tutela della «biodiversità» e degli interessi delle generazioni future all'interno della ripartizione di materie di cui all'art. 117 Cost. (sino al punto da considerarle materie rientranti nella competenza residuale delle Regioni ex art. 117, c. 4, Cost.), G.M. Salerno, *Ambiente e articolazione costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Rivista AIC*, 3, 2023, 183, invoca «una diversa e più ragionevole lettura che consenta di mettere coerentemente a sistema» la «tutela complessiva, integrata e diacronica degli interessi di carattere ambientale con una visione complessivamente incrementale degli spazi di intervento legislativo costituzionalmente giustificati», tale per cui non sarebbe mutato «il punto in cui si colloca il pendolo nella ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni».

¹⁰⁶ In particolare, lo Statuto del Trentino-Alto Adige riconosce alle Province Autonome di Trento e di Bolzano la potestà di emanare leggi entro i limiti indicati dall'art. 4 nelle materie «caccia e pesca» (art. 8, c. 1, n. 15), «apicoltura e parchi per la protezione della flora e della fauna» (art. 8, c. 1, n. 16). Lo Statuto della Regione Friuli-Venezia Giulia attribuisce alla Regione la potestà legislativa in materia «caccia e pesca» (art. 4, c. 1), al contempo prevedendo che la Regione possa adeguare alle sue particolari esigenze le leggi della Repubblica, emanando norme di integrazione e di attuazione anche nella materia «fauna» (art. 6, c. 1, n. 3). Lo Statuto della Valle d'Aosta riconosce la potestà legislativa della Regione nelle materie «agricoltura e foreste, zootecnia, flora e fauna» (art. 2, c. 1, lett. d)) oltre che «caccia e pesca» (art. 2, c. 1, lett. l)). Lo Statuto della Sicilia attribuisce alla legislazione esclusiva regionale la materia «caccia e pesca» (art. 14, c. 1, lett. l)), nei limiti delle leggi costituzionali dello Stato e senza pregiudizio delle riforme agrarie e industriali deliberate dalla Costituente. Infine, lo Statuto della Regione Sardegna attribuisce alla Regione la potestà legislativa nella materia «caccia e pesca» (art. 3, c. 1, lett. i)).

¹⁰⁷ G. Santini, *Costituzione e ambiente*, cit., 469. Sul punto, G. Chiola, *La Costituzione ambientale in Italia: un tentativo di costituzionalizzare il diritto della natura oppure un problematico rafforzamento dei riconoscimenti esistenti?*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2, 2022, 12, ritiene che, «nonostante l'ambiguità della formulazione», la novella costituzionale parrebbe aver «voluto consacrare la “trasversalità” della tutela degli animali. Peraltro», prosegue l'A., «la previsione dell'art. 3, essendo diretta soltanto alle Regioni a Statuto speciale, dovrebbe considerarsi una “deroga” al regime riservato alle Regioni ordinarie nei cui confronti, *a contrario*, dovrebbe escludersi, con dubbia coerenza, quanto meno rispetto al regime precedente il potere d'intervento, anche se migliorativo di quello statale».

¹⁰⁸ «In conseguenza» dei quali, A. D'Atena, *Diritto regionale*, III ed., Torino, 2017, 276, ritiene che la competenza legislativa piena o primaria delle Regioni a Statuto speciale non possa «svilupparsi in modo completamente slegato dagli indirizzi ricavabili dalla legislazione nazionale nelle materie di cui all'art. 117, comma 2, Cost.».

autonome (sentt. nn. 272/2009 e 378/2007)¹⁰⁹, proprio al fine di garantirne l'uniforme applicazione «nell'intero territorio nazionale, ivi compreso quello delle Regioni a statuto speciale». La Consulta non ha dunque esitato a dichiarare illegittima una legge della Regione Sardegna che, «privilegiando un preteso «diritto di caccia» rispetto all'interesse della conservazione del patrimonio faunistico che è stato più volte riconosciuto come prevalente da questa Corte (sentenze n. 1002 del 1988; n. 35 del 1995; n. 169 del 1999), non rispetta il suddetto standard di tutela uniforme e lede, pertanto, i limiti stabiliti dallo Statuto della Regione Sardegna (art. 3, primo comma, della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3)»¹¹⁰. Per questa via, la Corte costituzionale ha financo declinato gli *standard* minimi uniformi dettati dalla legislazione statale in materia di tutela della fauna selvatica alla stregua di norme fondamentali di riforma economico-sociale, come tali vincolanti la legislazione delle Regioni a Statuto speciale¹¹¹.

Ancora una volta, dunque, purché fondata sui «limiti previsti dagli statuti speciali»¹¹², la legislazione statale funge da «limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza, per cui queste ultime non possono in alcun modo derogare o peggiorare il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato»¹¹³, dovendo esse peraltro rispettare – al pari della legge dello Stato – i vincoli derivanti dalle fonti europee ed internazionali *ex* art. 117, c. 1, Cost.¹¹⁴.

In ragione della stretta contiguità tra tutela dell'ambiente e tutela degli animali¹¹⁵, è sembrato allora «piuttosto scontato prevedere che, non solo la clausola di salvaguardia non impedirà l'intervento della legge dello Stato nelle materie disciplinate dagli Statuti speciali, ma sul piano sostanziale si confermerà una parificazione fra Regioni ordinarie, Regioni ad autonomia differenziata e Province autonome di Trento e di Bolzano»¹¹⁶. A prescindere dalle motivazioni sottese alla mancata impugnazione governativa, in via principale, della novella legislativa

¹⁰⁹ Corte cost., sent. n. 234/2010.

¹¹⁰ Corte cost., sent. n. 536/2002, n. 7, cons. in dir.

¹¹¹ Corte cost., sent. n. 233/2010 (nella specie, si trattava di una legge approvata nell'esercizio della competenza primaria dalla Regione Friuli-Venezia Giulia). Nello stesso senso, cfr. Corte cost., sentenza n. 227/2003, inerente all'individuazione statale delle specie cacciabili.

¹¹² In effetti, come ha sottolineato A. D'Atena, *Diritto regionale*, cit., 278, «l'estensione, alle materie statutarie, dei vincoli derivanti dall'esercizio delle competenze finalistiche dello Stato» è legittimo in quanto «sono proprio i limiti statutariamente apposti alle competenze legislative regionali a giustificare questo allargamento dell'ambito di operatività delle competenze finalistiche. Non è, invece, condivisibile la giurisprudenza che, senza passare per i limiti previsti dagli statuti speciali, riconduce i vincoli» «finalistici» «al titolo competenziale dello Stato».

¹¹³ Corte cost., sent. n. 348/2007. Sul punto, in dottrina non manca chi, come A. D'Atena, op. cit., 277, ritiene che «tra i limiti che s'impongono al rispetto delle leggi regionali adottate nell'esercizio della competenza piena (o primaria), figurino anche i principi fondamentali posti da eventuali leggi-cornice adottate dallo Stato nelle materie di cui all'art. 117, comma 3, Cost. (e questo – si badi – quand'anche non contenessero norme fondamentali di riforma economico-sociale)». Sul punto, dello stesso A., si veda *amplius* Id., *La parabola delle autonomie speciali*, in *Costituzione e Regioni. Studi*, Milano, 1991.

¹¹⁴ Ragionando intorno al significato costituzionale del riferimento specifico agli animali inserito nel nuovo art. 9, c. 3, Cost., R. Bifulco, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Atti del convegno, 28 gennaio 2022, Napoli, 2022, 82, evidenzia che «l'obbligo di tutela non riguarda solo gli animali che si trovano all'interno del territorio italiano. Il rilievo ha significato soprattutto con riguardo agli impegni internazionali che lo Stato italiano è chiamato ad assumersi per una tutela più efficace della fauna».

¹¹⁵ Ed invero, come ha sottolineato G. Vivoli, *Il mondo animale davanti al nuovo art. 9, c. 3 della Costituzione*, cit., 19, «l'adozione di un approccio simmetrico della Corte tra ambiente e mondo animale pone ancora di più in risalto il trattamento differenziato che, adesso, il nuovo art. 9 dedica alla tutela degli animali».

¹¹⁶ G. Marazzita, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., 898. Alla stessa conclusione giunge anche R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente*, cit., 207, nt. 108.

trentina del 2023, anche in tale ambito la rinnovata formulazione dell'art. 9 Cost. avrebbe dunque consolidato l'esigenza di «una armonizzazione al rialzo dei panorami normativi territoriali e una valorizzazione degli strumenti di leale collaborazione»¹¹⁷.

D'altronde, anche negli Stati federali la tutela degli animali rientra nella primigenia competenza statale. Così è, per esempio, nella Confederazione elvetica, la cui Costituzione dedica un apposito articolo (l'art. 80) alla «Protezione degli animali», attribuendo alla Confederazione il compito di «emana[re] prescrizioni sulla protezione degli animali», la cui «esecuzione [...] compete ai Cantoni, per quanto la legge non riservi alla Confederazione»¹¹⁸. Cosicché, qualora la clausola di salvaguardia di cui all'art. 3 della l. cost. n. 1/2022 fosse interpretata in maniera strettamente letterale, il risultato sarebbe quello di attribuire alle Regioni a Statuto speciale potestà financo maggiori rispetto a quelle riconosciute agli stati (nella specie, i Cantoni) che compongono una Confederazione. Esito palesemente in disaccordo con la consolidata giurisprudenza costituzionale in materia di competenze finalistiche dello Stato e, soprattutto, con la stessa *ratio* della riserva di legge statale introdotta nell'art. 9, c. 3, Cost.¹¹⁹.

Anzi, con riferimento precipuo alla gestione dei c.d. «grandi carnivori» da parte delle Regioni speciali e delle Province autonome, nonostante la clausola di formale salvaguardia delle loro competenze, la *ratio* della complessiva revisione costituzionale e della riserva di legge statale prevista nell'art. 9, c. 3, Cost. parrebbe poter legittimare, al di là della logica delle «materie» e delle «competenze» che ha informato la pronuncia n. 215/2019 del giudice delle leggi, l'accentramento in capo al Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza energetica della competenza a pronunciarsi sull'abbattimento o sulla cattivazione degli animali selvatici ritenuti pericolosi per l'uomo. O, in ogni caso, dando almeno in parte applicazione all'art. 11, d.P.R. n. 357/1997, richiedere un coinvolgimento del Ministero nel procedimento istruttorio a tal fine principiato dalla Regione, ordinaria o speciale¹²⁰. Se non attraverso una legge del Parlamento, soluzione che comunque si appalesa più appropriata alla luce del nuovo art. 9

¹¹⁷ A. Valastro, *La tutela degli animali*, cit., 278.

¹¹⁸ Si pensi all'art. 20a della Costituzione della Repubblica federale tedesca, il quale stabilisce che «lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto». Alla «legge» è poi demandata «la protezione degli animali dalla crudeltà» dall'art. 72, c. 4 della Costituzione della Slovenia. Sullo Stato incombe il dovere di «promuove[re] la protezione e il benessere degli animali» in Lussemburgo (art. 11-*bis*, c. 2, Cost.), mentre il Portogallo attribuisce alle Regioni autonome insulari delle Azzorre e di Madeira il compito di regolare, con legge, le materie di «sanità pubblica, animale e vegetale» (art. 228). Al di fuori del panorama costituzionale europeo, la Costituzione indiana del 1950, dopo aver esplicitato il dovere dei cittadini di «avere compassione per le creature viventi» (art. 51a, *lett. g*, Cost.), stabilisce il dovere dello Stato di intervenire «al fine di preservare e migliorare le razze e proibire la macellazione delle mucche e dei vitelli e dell'altro bestiame da latte e da tiro» (art. 48 Cost.). Sul punto, per riflessioni anche civilistiche, si veda *amplius* F. Fontanarosa, *I diritti degli animali in prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 1, 2021, 169 ss.

¹¹⁹ Di contrario avviso sono invece D. Cerini, E. Lamarque, *La tutela degli animali*, cit., 50, le quali ritengono auspicabili «autonome politiche animaliste, adeguate alle caratteristiche culturali del loro territorio, nell'esercizio della loro competenza normativa in materia, e in alcuni casi anche in ottemperanza a precise indicazioni in tal senso contenute negli statuti di autonomia».

¹²⁰ In questa prospettiva, S. Grassi, *La cultura dell'ambiente*, cit., 227, sottolinea che, pur a fronte della «scarsa qualità dell'indicazione contenuta», (l'art. 3, l. cost. n. 1/2022 e) il nuovo art. 9, c. 3 Cost. «tradisce comunque una tendenza all'accentramento nello Stato della definizione della qualità degli equilibri ambientali, cui è corrisposta, in coerenza con la revisione dell'art. 41, la concentrazione nel Ministero dell'ambiente e della transizione ecologica, insieme alle competenze ambientali, delle competenze del Ministero dello sviluppo economico riferite alle attività più impattanti, quali quelle relative alla produzione energetica».

Cost., lo Stato, in quanto Ente che compone la Repubblica e che, anzi, è «l'unico» tra essi «che può parlare per la Repubblica tutta intera»¹²¹, deve comunque essere coinvolto nella gestione delle specie rigorosamente protette a livello inter- e sovranazionale, quantomeno attraverso forme di collaborazione istituzionale tra Enti¹²².

Quel riferimento alla legge dello Stato motivato da ragioni politiche potrà così esplicitare i suoi più rilevanti effetti nell'ordinamento costituzionale, elevando il livello di protezione degli esseri senzienti non umani senza artefatte differenziazioni tra porzioni dell'unico territorio dello Stato.

Abstract. Il contributo intende indagare le implicazioni costituzionali e legislative disciuse dalla previsione di una riserva di legge statale sulle modalità di tutela degli animali all'interno dei *Principi fondamentali* della Carta repubblicana, con particolare riferimento agli effetti da questa esplicitati sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni. Da questa prospettiva, dopo aver esaminato l'interpretazione del nuovo art. 9, c. 3, Cost. fornita dalla giurisprudenza (anche) costituzionale, si analizzerà il potenziale contrasto tra la riserva di legge statale sui «modi e le forme di tutela degli animali» e la salvaguardia delle competenze legislative delle Regioni a Statuto speciale sancita dall'art. 3 della legge di revisione costituzionale n. 1 del 2022.

Abstract. The paper aims to investigate the constitutional and legislative implications disclosed by a provision of statutory reservation within the Fundamental Principles of the Constitution concerning the effects it has on the division of legislative powers between the State and the Regions in the field of animal protection. From this perspective, after examining the interpretation of the new Art. 9, c. 3 Const. provided by (also) constitutional jurisprudence, the paper will analyze the potential contrast between the law of the State on the «ways and forms of animal protection» and the safeguarding of the legislative powers of Regions with special statutes enshrined in Art. 3 of Constitutional Revision Law No. 1 of 2022.

Parole chiave. Tutela degli animali – riserva di legge statale – competenze legislative statali e regionali – revisione costituzionale – Stato e Regioni a Statuto speciale.

Key words. Animal protection – statutory reservation – State and regional legislative powers – constitutional review – State and special-status Regions.

¹²¹ È questa la conclusione cui giunge A. D'Atena, *Tutela ambientale e autonomia differenziata*, in *ConsultaOnLine*, I, 2024, 62, il quale, proprio alla luce della giurisprudenza «finalistica» della Corte in materia ambientale e dell'espresso riferimento allo Stato nel nuovo art. 9, c. 3 Cost., ritiene che, anche qualora approvata in via parlamentare, la clausola di asimmetria di cui all'art. 116, c. 3 Cost. non sia in grado di «compromettere l'equilibrio complessivo del sistema».

¹²² Ipotizza «forme di coordinamento e di intesa che possano tener conto delle specificità e della tempestività dei vari interventi che le politiche ambientali devono svolgere», anche S. Grassi, *La cultura dell'ambiente*, cit., 227.

RECENTI QUESTIONI SULLA MOBILITÀ TRANSFRONTALIERA E SUL DIRITTO AL LAVORO NELL'UNIONE EUROPEA: IMPLICAZIONI GIURIDICHE ED ECONOMICHE RELATIVE AL MERCATO UNICO *

di Gianluca Marcantognini**

Sommario. 1. Introduzione: le implicazioni giuridiche e socioeconomiche della recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libertà di circolazione. – 2. La recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libera circolazione dei dipendenti universitari. – 3. La giurisprudenza sulla ricevibilità di ulteriori domande sul medesimo rapporto di lavoro da parte del giudice di un diverso Stato membro. – 4. I benefici del mercato unico europeo per il sistema economico nazionale. – 5. Considerazioni conclusive.

69

1. Introduzione: le implicazioni giuridiche e socioeconomiche della recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libertà di circolazione. Di recente, questioni legate alla mobilità transfrontaliera dei lavoratori sono state a più riprese affrontate dalla Corte di giustizia, la quale ha avuto modo di mettere in luce la centralità della libertà di circolazione dei lavoratori ai fini della realizzazione del mercato unico europeo¹.

A questo riguardo, infatti, si noti che l'Italia è attualmente implicata in una procedura di infrazione² innanzi alla Corte di giustizia, avviata dalla Commissione il 14 luglio 2023, per aver mantenuto trattamenti discriminatori nei confronti di lettori di madrelingua straniera che prestano servizio nelle università italiane, in violazione dei principi dell'Unione in materia di mobilità dei lavoratori e circolazione delle persone.

La strumentalità del rispetto della libertà di circolazione dei cittadini UE emerge anche da una recente sentenza della Corte di giustizia, dell'8 giugno 2023³, attraverso la quale – esaminando una vicenda concernente l'applicazione del reg. (CE) n. 44/2001 (cd. *Bruxelles*

* Sottoposto a referaggio.

** Laureando in Giurisprudenza – Università di Urbino Carlo Bo.

¹ La nozione di mercato unico, pur non figurando nella versione originaria dei Trattati (che hanno preferito il termine mercato comune, poi sostituito, con l'Atto unico europeo del 1986, con mercato interno), appare maggiormente idonea ad evitare confusione con il mercato nazionale degli Stati membri, a rappresentare un segnale di apertura verso gli interlocutori non europei e a rendere consapevoli gli attori politici e commerciali della necessità di evitare frammentazioni (v., sul punto, il rapporto di M. Monti alla Commissione europea, *A new strategy for the single market at the service of Europe's economy and society. Report to the President of the European Commission*, del 9 maggio 2010).

² INFR(2021)4055 – Caso EU Pilot 2079/11/EMPL (“*Discrimination towards non-Italian foreign language lecturers in Italian universities*”). Inoltre, va rilevato sin d'ora che il nostro Paese risulta implicato in due ulteriori recenti interlocuzioni pre-contenziose con la Commissione europea dopo che quest'ultima ha contestato, con due pareri motivati del 19 aprile e del 14 luglio 2023, la contrarietà della disciplina italiana sui rapporti di lavoro a termine (INFR(2014)4231, “*Less favourable treatment and lack of protection against abusive successive fixed-term employment in the Italian public sector*”) e sull'inquadramento giuslavoristico di diverse categorie di magistrati onorari (INFR(2016)4081, “*Working conditions of honorary magistrates in Italy*”) rispetto al diritto dell'Unione europea.

³ Corte di giustizia, *Bnp Paribas S.A.*, sentenza del 8 giugno 2023, causa C-567/21. Sulla pronuncia e i relativi commenti in dottrina v., *infra*, par. 3.

I⁴) ad un'ipotesi di riconoscimento fra Stati membri di una sentenza relativa ad un contratto di lavoro – è stata messa in risalto la complementarità tra cooperazione giudiziaria in materia civile e attuazione dei principi del mercato unico.

Illustrando il contesto di fatto e diritto dei richiamati casi giudiziari, il presente contributo tenterà di rispondere (par. 2 e 3) al seguente interrogativo: in che modo le scelte legislative gius-lavoristiche nazionali – nonché le pratiche amministrativo-contrattuali di attuazione – e il pieno riconoscimento fra Stati membri delle decisioni giurisdizionali possono incidere sulla garanzia della libertà di circolazione, prima, e sulla realizzazione del mercato unico europeo, poi? La risposta evidenzierà, in particolare, quanto elevato risulti il livello di specificità degli interventi potenzialmente capaci di incidere sull'instaurazione del mercato unico e quanto eterogenee siano le questioni in grado di condizionare il raggiungimento di tale obiettivo europeo, cardine fondamentale delle politiche dell'Unione. In ultima battuta, ci si soffermerà sui vantaggi di carattere macroeconomico che discendono dalla predisposizione di politiche nazionali pienamente in linea con l'obiettivo del mercato unico (par. 4).

2. La recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libera circolazione dei dipendenti universitari. Il 23 settembre 2021, la Commissione europea ha inviato una lettera di costituzione in mora allo Stato italiano per non aver rispettato le norme in materia di libera circolazione dei lavoratori sancite dal reg. (UE) n. 492/2011⁵ e, più in generale, dall'art. 45 TFUE⁶.

La questione ha ad oggetto la ricostruzione di carriera, nell'ambito di alcune università italiane, degli *ex* lettori di lingua straniera⁷ successivamente assunti come collaboratori ed esperti linguistici in seguito all'entrata in vigore della l.n. 236/1995⁸.

⁴ Reg. (CE) n. 44/2001 del Consiglio, 22 dicembre 2000, *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale* (GU L 12 del 16.1.2001, 1).

⁵ Reg. (UE) n. 492/2011 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, *relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione*. Il Regolamento ha aggiornato la precedente normativa sulla possibilità, da parte dei cittadini dell'Unione, di circolare e lavorare liberamente in un altro Paese membro, garantendo così la concreta applicazione dei fondamentali diritti di libera circolazione di cui all'art. 45 TFUE. In particolare, il Regolamento ha introdotto una serie di disposizioni volte a: vietare disparità di trattamento tra lavoratori nazionali e lavoratori cittadini di altri Stati membri per quanto concerne, in generale, tutti gli ambiti dell'attività lavorativa; promuovere l'adozione di azioni volte a mettere in contatto e compensare le offerte e le domande d'impiego; istituire organismi incaricati di assicurare la collaborazione tra gli Stati membri in materia di libera circolazione e occupazione dei lavoratori. Per un'analisi sull'impatto del reg. n. 491/2011 sulla libera circolazione dei lavoratori, v. C. Gasparro, *La libera circolazione dei lavoratori europei dopo il regolamento 492/2011*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2011, 823-839.

⁶ Sull'art. 45 TFUE, per tutti, v.: A. Adinolfi, *Art. 45 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 669-703; I. Viarengo, *Commento agli artt. 45 – 47 TFUE*, in F. Pocar, M. C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, 329-339.

⁷ I lettori di lingua straniera – figura professionale istituita nell'ordinamento italiano con la l.n. 349/1958 – sono docenti madrelingua che svolgono, nell'ambito delle università o di centri linguistici di ateneo, mansioni di supporto all'apprendimento delle lingue straniere, insegnando la grammatica, i vocaboli, e gli aspetti scritti e orali della propria lingua nativa.

⁸ L.n. 236 del 21 giugno 1995, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 21 aprile 1995, n. 120, recante disposizioni urgenti per il funzionamento delle università*. La disciplina relativa ai lettori è contenuta nell'art. 4, col quale si è contestualmente provveduto ad abrogare il previgente art. 28 del d.P.R. n. 382/1985 al fine di adeguare l'ordinamento interno ad una pronuncia della Corte di giustizia (Corte di giustizia, *Pilar Allué vs Università degli Studi di Venezia*, sentenza del 30 maggio 1989, Causa C-33/88, sulla quale v. R. Foglia, *Sui lettori di lingua straniera: Corte costituzionale e Corte di giustizia CEE a confronto*, in *Dir. Lav.*, 2, 1989, 249 ss. e, dello stesso autore, *Lettori di lingua straniera e Corte di giustizia CEE*, in *Foro.it*, 4, 1990, 162; F. D. Mastrangeli, *Principio di libera circolazione nella CEE, lettori di lingua straniera e discriminazioni occulte*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2, 1990, 328). Per una più

Il 26 giugno 2001, la Corte di giustizia ha emanato una (nuova) sentenza di condanna⁹ nei confronti dell'Italia per essere venuta meno agli obblighi dell'*ex art.* 39 TCE (ora, art 45 TFUE¹⁰), non avendo assicurato, nell'ambito dell'assunzione degli *ex* lettori come collaboratori ed esperti linguistici, il riconoscimento dei diritti quesiti. Tale riconoscimento, ai sensi della l.n. 230/1962¹¹, era invece garantito alla generalità dei lavoratori nazionali a far data dalla prima assunzione a termine, determinandosi quindi un trattamento discriminatorio nei confronti dei lavoratori stranieri.

In realtà, la l.n. 236/1995 assicurava, sul piano normativo, la conservazione dei diritti quesiti anche ai lettori di lingua straniera, ma con formulazione assolutamente ambigua. Per di più, il dettato normativo veniva integrato in modo del tutto generico dall'art. 51 del contratto collettivo delle università del 1996, secondo cui gli emolumenti economici integrativi potevano essere incrementati in ragione dell'«esperienza acquisita». A fronte di tale incerto quadro normativo, le prassi amministrative e contrattuali delle università non hanno dato luogo ad una corretta ricostruzione di carriera, mantenendo così, sul piano concreto, una situazione discriminatoria nei confronti degli insegnanti stranieri.

Di conseguenza, la Corte ha riconosciuto l'inadempimento dell'Italia per non aver garantito la libertà di circolazione dei lavoratori nel territorio dell'Unione, a causa della sussistenza di una disciplina interna discriminatoria con riferimento all'impiego, alla retribuzione e ad altre condizioni di lavoro¹².

La questione, tuttavia, non si è risolta con tale pronuncia: il 18 luglio 2006, infatti, è stata nuovamente accertata la responsabilità del nostro Stato all'esito di un'ulteriore procedura d'infrazione, questa volta relativa alla mancata adozione dei provvedimenti necessari all'esecuzione della sentenza di condanna del 26 giugno 2001.

Invero, alla data del 30 aprile 2003 – corrispondente al termine entro il quale la Commissione,

completa disamina, di carattere giuslavoristico, dell'evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale relativo agli *ex* lettori di lingua straniera, v. S. Bologna, *Continua la querelle giurisprudenziale sugli ex lettori di lingua straniera*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 3, 2019, 183-194; M. Condinanzi, *L'Università italiana e i lettori di lingua straniera: discriminazioni da eliminare o assimilazioni da riconoscere?*, in B. Nascimbene (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori*, Milano, 1998, 107.

⁹ Corte di giustizia, *Commissione c. Italia*, sentenza del 26 giugno 2001, Causa C-212/99.

¹⁰ La figura dei lettori di lingua straniera non rientra nella categoria degli impieghi nella pubblica amministrazione, ciò che li avrebbe esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 45 TFUE. Infatti, la Corte di giustizia (con la Sentenza *Allué*, cit., punti 6 – 9) ha già chiarito che l'impiego di lettore nelle università, giacché non implica la partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri e alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato e non presuppone, nei loro titolari, un rapporto particolare di solidarietà nei confronti di quest'ultimo, non è un impiego nella pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 45, par. 4, TFUE.

¹¹ L.n. 230/1962, *Disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato* (GU Serie Generale n.125 del 17 maggio 1962). Tale fonte – che all'epoca dei fatti risultava *ratione temporis* ancora applicabile – è stata poi abrogata e sostituita, da ultimo, dal d.lgs. n. 81/2015, che delinea la disciplina organica relativa ai rapporti di lavoro a tempo determinato.

¹² In questo caso, la responsabilità dello Stato italiano è emersa a causa di misure adottate da alcune università statali, le quali – pur essendo giuridicamente qualificabili come enti amministrativi di diritto pubblico, dotati di personalità giuridica – devono essere tenute distinte dalle amministrazioni dello Stato (sul punto, v. Corte di cassazione, S.U., sentenza n. 10700/2006). Ciononostante, risulta pacificamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che «uno Stato membro non possa eccipire disposizioni, prassi o situazioni del proprio ordinamento giuridico interno per giustificare l'inosservanza degli obblighi derivanti dal diritto comunitario» (Corte di giustizia, *Commissione c. Italia*, sentenza del 26 giugno 2001, cit., punto 34) e che «l'art. 45 TFUE si applica non solo agli atti delle autorità pubbliche, ma anche alle normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato» (Corte di giustizia, *Casteels*, sentenza del 10 marzo 2011, Causa C-379/09, punto 19).

con parere motivato, aveva formalmente intimato all'Italia di adottare i necessari provvedimenti per la piena esecuzione della sentenza – erano stati emanati solo dei provvedimenti interni da parte delle università coinvolte che, tuttavia, non sono stati considerati sufficienti né definitivi, oltretutto sostanzialmente eterogenei l'uno dall'altro¹³. In virtù di ciò, ne è derivato l'accertamento di un ulteriore inadempimento dell'Italia rispetto agli obblighi sanciti dal diritto dell'Unione europea¹⁴.

Come anticipato, a seguito della lettera di costituzione in mora del 23 settembre 2021 e del parere motivato della Commissione del 26 gennaio 2023, l'Italia è stata ancora una volta deferita, il 14 luglio 2023, innanzi alla Corte di giustizia con riferimento alla medesima questione.

In particolare, la Commissione ha rilevato che la maggior parte degli atenei italiani non ha ancora adottato le misure amministrativo-contrattuali necessarie ad una corretta ricostruzione della carriera dei collaboratori ed esperti linguistici, dando peraltro vita ad applicazioni divergenti della legislazione in relazione a ciascun ateneo. Tutto ciò, nonostante già col d.l. n. 4/2004 si era previsto che ai fini della ricostruzione di carriera si dovesse assumere, come parametro di riferimento, la disciplina retributiva applicabile ai ricercatori a tempo parziale.

Da ciò sarebbe derivato il mancato effettivo adeguamento della retribuzione, dell'anzianità e delle corrispondenti prestazioni sociali a quelle di un ricercatore con contratto a tempo parziale, come pure il diritto al versamento degli arretrati a decorrere dall'inizio del rapporto di lavoro.

Delineato brevemente il contesto di fatto del caso, sembra utile analizzare gli elementi di frizione che la vicenda ha fatto emergere con una delle fondamentali politiche europee: la libertà di circolazione dei lavoratori tra gli Stati membri¹⁵.

Con più ampio riferimento alle persone, la base giuridica della libertà di circolazione è rappresentata dall'art. 3, par. 2, TUE, in forza del quale l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne in cui è assicurata la libera circolazione delle persone. Tale libertà è poi presa in considerazione dall'art. 20, par. 2, lett. a), TFUE e dall'art. 26¹⁶, par. 2, TFUE: il primo, qualificando la libertà di circolazione delle persone quale diritto di cui gode ogni cittadino dell'Unione europea; il secondo, affermando la libertà di circolazione come una fra le quattro libertà economiche fondamentali assicurate

¹³ Corte di giustizia, *Commissione c. Italia*, sentenza del 18/07/2006, Causa C-119/04.

¹⁴ In tale sede, la Corte aveva comunque rilevato che la nuova normativa italiana (di cui al d.l. n. 2/2004, convertito con la l.n. 63/2004) – che individuava nella disciplina retributiva applicabile ai ricercatori a tempo parziale il parametro di riferimento per la ricostruzione di carriera dei collaboratori linguistici – rappresentava un quadro regolatorio in astratto idoneo a porre le università interessate nella posizione di procedere ad una precisa ricostruzione di carriera di questi ultimi. Ciò, tuttavia, non ha potuto evitare la condanna, poiché l'intervento legislativo era comunque successivo al termine (30 aprile 2003) entro il quale l'Italia avrebbe dovuto adottare i necessari provvedimenti per l'esecuzione della precedente sentenza di condanna.

¹⁵ Per una recente ricostruzione, in chiave sistematica, dell'evoluzione della libertà di circolazione dei lavoratori nell'ambito del processo di integrazione europea, v. Commissione europea, Servizio giuridico, *70 years of EU law: a Union for its citizens*, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2022, 129 ss.

¹⁶ La versione originaria della norma in questione – ex art. 14 TCE – era stata introdotta attraverso il cd. Atto unico europeo del 1986. Nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore del TCE la realizzazione dell'obiettivo del mercato unico si era fondata su un'attività integrativa di carattere negativo essenzialmente volta, attraverso l'apposizione di limiti alla sovranità statale, alla rimozione degli ostacoli nazionali. Il nuovo art. 14 TCE – recependo l'impostazione delineata dal Consiglio europeo attraverso la redazione del Libro bianco sul completamento del mercato interno del 1985 – prevedeva invece che anche la Comunità stessa dovesse attivamente contribuire all'instaurazione del mercato unico, mediante l'emanazione di specifici atti normativi.

nell'ambito del mercato unico.

Con specifico riferimento alla categoria dei lavoratori subordinati¹⁷, la libertà di circolazione è disciplinata altresì dall'art. 45 TFUE, dall'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dal reg. (UE) n. 492/2011¹⁸, dalla dir. n. 38/2004¹⁹ e dalla dir. n. 54/2014²⁰. Con riferimento agli atti di diritto derivato citati, la Corte di giustizia ha più volte sottolineato come questi mirino a dare concreta attuazione e a facilitare l'esercizio dei diritti che i lavoratori traggono dall'art. 45 TFUE, con la conseguenza che non possono mai avere l'effetto di restringerne la portata²¹.

In base all'art. 45, par. 1 e 3, TFUE, il diritto dell'Unione europea assicura ai lavoratori subordinati la libertà di circolazione all'interno del territorio dell'Unione: ciò si traduce nel diritto di rispondere ad offerte di lavoro effettive, di lasciare il rispettivo Stato membro d'origine e di circolare e prendere dimora nel territorio di qualsiasi altro Stato dell'Unione al fine di esercitarvi un'attività lavorativa, nonché di permanere nel territorio nazionale anche dopo aver occupato l'impiego²².

¹⁷ Con la Sentenza *Lawrie-Blum*, del 3 luglio 1986, Causa C-66/85, punto 17, la Corte ha statuito che la nozione autonoma di lavoratore subordinato ex art. 45 TFUE è caratterizzata dalla circostanza «che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione». Tre, quindi, gli elementi che caratterizzano la nozione di lavoratore: la sussistenza di un vincolo di subordinazione; la durata prolungata dell'attività lavorativa; la remunerazione per l'attività svolta. Un'ulteriore definizione di lavoratore subordinato, che anticipa la tutela offerta dal diritto dell'Unione anche ad una fase antecedente all'assunzione, è quella di «una persona all'effettiva ricerca di un impiego» (sul punto, v. Corte di giustizia, *Martinez Sala*, sentenza del 12 maggio 1998, Causa C-85/96, punto 32). Sul tema, v. S. Giubboni, *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, Bologna, 2, 2018, 207-228.

¹⁸ Reg. (UE) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione; modificato, da ultimo, dal Reg. n. 1149/2019, del 20 giugno 2019, che istituisce l'Autorità europea del lavoro e che modifica i reg. (CE) n. 883/2004, (UE) n. 492/2011, e (UE) 2016/589 e che abroga la decisione (UE) 2016/344.

¹⁹ Dir. 2004/38/CE, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il reg. (CEE) n. 1612/68 ed abroga le dir. 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

²⁰ Dir. 2014/54/UE, del 16 aprile 2014, relativa alle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori.

²¹ In questo senso, L. Daniele, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, 2023, 107 ss. Più nello specifico, mediante i primi due atti di diritto derivato si è provveduto a codificare alcuni principi enunciati nella giurisprudenza della Corte di giustizia. L'ultima direttiva obbliga gli Stati membri a predisporre strumenti volti ad assicurare una tutela efficace dei diritti dei lavoratori migranti anche mediante l'istituzione di organi per la promozione, l'analisi, il controllo e il sostegno della parità di trattamento (sul punto, v. A. Adinolfi, *La circolazione e il trattamento dei lavoratori subordinati cittadini di Stati membri*, in G. Strozzi, R. Mastroianni (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea parte speciale*, Torino, 2021, 87 ss.).

²² È appena il caso di ricordare come tale disposizione possieda efficacia diretta e sia, quindi, direttamente giustiziabile dinanzi ai giudici nazionali (Corte di giustizia, *Van Duyn*, sentenza del 4 dicembre 1974, Causa C-41/73, punto 6). Peraltro, i redattori del TCE, riconoscendo ai lavoratori la libertà di circolazione, si ponevano anzitutto obiettivi di ordine economico: da un lato, favorire un regime di piena occupazione, consentendo la redistribuzione territoriale della manodopera; dall'altro, permettere alle imprese di assumere, sull'intero mercato comune, i lavoratori più efficienti e qualificati e, al contempo, consentire ai lavoratori di trovare le condizioni d'occupazione più convenienti. In seguito – riconoscendo la libertà di circolazione dei lavoratori come diritto fondamentale del cittadino europeo (art. 15, par. 2 e 3, CDFUE) e, più a monte, garantendo il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri a qualsiasi cittadino dell'Unione – alla visione economica se ne è affiancata una di matrice sociale, che considera il lavoratore, innanzitutto, come persona umana (in questo senso, v. L. Daniele, cit., 113 ss. Sul punto, v. altresì *70 years of EU law: a Union for its citizens*, cit., 130 ss.).

Opportunamente, al par. 2 viene sancito il divieto di qualsiasi tipo di discriminazione fondata sulla nazionalità, con riferimento all'impiego, alla retribuzione e, in generale, a tutte le altre condizioni di lavoro²³. Da tale norma si deduce che gli Stati membri devono impegnarsi a predisporre una disciplina interna del diritto del lavoro tale da eliminare ingiustificate disparità di trattamento tra lavoratori nazionali e lavoratori di altri Stati membri²⁴.

L'art. 45 TFUE, perciò, osta a qualsiasi misura nazionale che possa rendere più difficile, o comunque ostacolare, l'esercizio da parte dei cittadini dell'Unione delle fondamentali garanzie sancite da detto articolo²⁵.

Alle previsioni delineate dall'art. 45 TFUE fa eco l'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali, in base al quale ogni cittadino dell'Unione gode della libertà di cercare un lavoro, di lavorare e di stabilirsi in qualunque altro Stato membro.

Al fine di assicurare compiutamente la garanzia della libertà di circolazione dei lavoratori, è stato poi adottato il reg. (UE) n. 492/2011. Come si evince dai Considerando nn. 3 e 4, tale regolamento contiene disposizioni volte a raggiungere gli obiettivi fissati dall'art. 45 TFUE, prendendo atto che la libera circolazione costituisce per il lavoratore un diritto fondamentale e, al contempo, uno dei mezzi atti a garantirgli la possibilità di migliorare le sue condizioni di vita e di lavoro e a facilitarne la promozione sociale, contribuendo a soddisfare anche necessità degli Stati membri di carattere più prettamente economico²⁶.

In questo quadro, il mancato riconoscimento di un'adeguata ed effettiva ricostruzione di

²³ Una costante giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione ha chiarito che il principio della parità di trattamento vieta non soltanto discriminazioni palesi basate sulla cittadinanza, ma anche qualsiasi discriminazione indiretta, ossia discendente da disposizioni che, pur essendo a portata generale, determinano una situazione svantaggiosa per gli stranieri nella loro applicazione pratica. Si veda, *ex multis*, Corte di giustizia, *Soگیu*, sentenza del 12 febbraio 1974, causa C-152/73, punto 11.

²⁴ Ai fini di una più effettiva garanzia della libertà di circolazione dei lavoratori, il diritto dell'Unione pone anche le premesse per l'equiparazione della protezione sociale, del diritto al lavoro e della formazione professionale attraverso una serie di disposizioni normative – previste direttamente dal TFUE – che pongono obblighi positivi di intervento direttamente in capo all'Unione stessa, superando così il classico schema fondato sulla previsione di obblighi negativi di rimozione di ostacoli in capo agli Stati membri. Esemplicativamente, è appena il caso di citare l'art. 48 TFUE (che ha trovato concreta attuazione nei Regolamenti n. 883/2004 e n. 987/2009) l'art. 153, par. 1, l'art. 166, par. 1 e l'art. 162 (in questo senso, v. S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2021, 75-76).

²⁵ Sul punto. v. Corte di giustizia, *Erzberger*, sentenza del 18 luglio 2017, causa C-566/15, punto 33. Peraltro, quelle di cui all'art. 45 non sono garanzie assolute, potendosi ammettere, in base al par. 3, limitazioni per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica. La Corte di giustizia, tuttavia, ha chiarito che le norme sulla libertà di circolazione dei lavoratori necessitano di un'interpretazione estensiva, in modo da favorirne il più possibile l'applicazione, mentre le deroghe devono intendersi restrittivamente (In proposito, v. Corte di giustizia, *Kempf*, sentenza del 3 giugno 1986, causa 139/85). Più in particolare, una limitazione alla garanzia della libertà di circolazione dei lavoratori può essere ammessa solo se persegue uno degli scopi legittimi sanciti nel Trattato o se giustificata da motivi imperativi di interesse generale (In questo senso, *ex multis*, v. Corte di giustizia, *Kraus*, sentenza del 31 marzo 1993, causa C-19/92, punto 32), i quali fanno riferimento alla sola ipotesi in cui la presenza di cittadini dell'Unione o il loro comportamento costituisca una minaccia effettiva ed abbastanza grave per l'ordine pubblico (Così, E. Triggiani, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, in *Collana di Studi sull'integrazione europea*, 12, Bari, 2021, 67 ss.).

²⁶ Pertanto, così come ha più volte avuto modo di sottolineare la Corte di giustizia, le disposizioni del TFUE sulla libertà di circolazione delle persone, così come quelle del Reg. n. 492/2011, mirano ad agevolare, per i cittadini degli Stati membri, l'esercizio di attività lavorative di qualsiasi tipo nel territorio dell'Unione ed ostano ai provvedimenti che possano sfavorirli quando essi intendano svolgere un'attività economica in un altro Stato membro. Sul punto, tra le altre, v. Corte di giustizia, *Bosman*, sentenza del 15 dicembre 1995, Causa C-415/93, punto 94; Corte di giustizia, *SALK*, sentenza del 5 dicembre 2013, Causa C-514/12, punto 94; Corte di giustizia, *Olympique Lyonnais*, sentenza del 16 marzo 2010, Causa C-325/08, punto 33.

carriera ai collaboratori ed esperti linguistici stranieri costituisce una pratica che sembrerebbe porsi in contrasto con il generale impianto normativo europeo in tema di libera circolazione dei lavoratori, senza che possa assumere rilevanza il fatto che tale situazione non sia tanto la conseguenza di un *deficit* legislativo, quanto di una scorretta applicazione della legge da parte degli atenei nell'ambito delle loro prassi contrattuali e amministrative.

Tali prassi, dando luogo ad una discriminazione indiretta, sembrano dunque violare l'art. 45, par. 2, TFUE: sebbene, infatti, la normativa universitaria si applichi indistintamente a tutti i collaboratori ed esperti linguistici, indipendentemente dalla cittadinanza, questi ultimi, per la stessa natura dell'incarico, sono tendenzialmente cittadini di un altro Stato membro, ingenerandosi così, in via occulta e dissimulata, una discriminazione fondata sulla cittadinanza²⁷.

Il caso in esame richiama, inoltre, un'altra pronuncia della Corte di giustizia²⁸ riguardante il contrasto tra la disciplina dell'Unione in materia di libera circolazione e una normativa universitaria potenzialmente atta a precludere la scelta di un lavoratore di intraprendere una carriera universitaria in un diverso Stato membro.

La sentenza in questione trae origine da un rinvio pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 45 TFUE e dell'art. 7, par. 1, del reg. n. 492/2011, sollevato dal Tribunale superiore del Land di Vienna nell'ambito di una controversia tra Adelheid Krah (cittadina tedesca) e l'Università di Vienna, la cui normativa limitava a quattro anni, ai fini dell'anzianità di servizio e dell'importo della retribuzione, la considerazione dei precedenti periodi di attività professionale equivalente maturati presso una diversa università, a prescindere dal fatto che si trattasse di un'università austriaca o di un altro Stato membro. Al contrario, tale limite non era previsto nei confronti dei precedenti periodi di attività svolti nell'ambito dell'Università di Vienna, i quali erano considerati nella loro integralità²⁹.

Nel merito, la Corte ha effettuato una cruciale distinzione: da un lato, ha ritenuto che la

²⁷ Con riferimento al diritto derivato, il mancato riconoscimento di un'effettiva ricostruzione di carriera sembra contrastare anche con l'art. 7, par. 1 e 2, del Reg. n. 492/2011, il quale attribuisce al lavoratore cittadino di uno Stato membro il diritto a prestare la propria attività lavorativa in un altro Stato membro senza ricevere un trattamento diverso da quello riservato ai lavoratori nazionali per quanto concerne le condizioni di impiego e di lavoro (il cd. principio del trattamento nazionale). La Corte di giustizia, peraltro, ha sovente rilevato che l'art. 7 costituisce solamente una particolare espressione del divieto di discriminazioni sancito, più in generale, dall'art. 45, par. 2, TFUE, e dev'essere interpretato allo stesso modo di quest'ultimo articolo. V., sul punto, Corte di giustizia, *SALK*, sentenza del 5 dicembre 2013, Causa C-514/12S, punto 23.

²⁸ Corte di giustizia, *Krah*, sentenza del 10 ottobre 2019, C-703/17. Sulla pronuncia, v. i commenti di: A. Rigaux, *Circulation des travailleurs. Prise en compte des périodes d'activité antérieures*, in *Europe*, 12, 2019, 24-26. V., altresì, D. Diverio D., *L'autosufficienza delle libertà economiche di circolazione e lo statuto (un po' meno) fondamentale del cittadino dell'Unione nel mercato interno*, in A. Di Stasi, M. C. Baruffi, L. Panella (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale, sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023, 241-264, il quale, prendendo la Sentenza *Krah* a modello, sottolinea come la Corte di giustizia tenda a non prendere in considerazione le disposizioni del TFUE e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione qualora alla situazione concreta possa essere applicata la disciplina delle libertà di circolazione del mercato unico, in quanto queste ultime risultano più specificamente attuative, nei loro ambiti di applicazione, del generale principio di non discriminazione.

²⁹ In tale sentenza, innanzitutto, la Corte ha chiarito che la regolamentazione di un'università di uno Stato membro che non prevede la totale considerazione dei precedenti periodi di attività rientra nell'ambito delle condizioni di impiego e di lavoro, includendola di conseguenza – anche qualora contenuta in un atto di natura negoziale quale il contratto collettivo – nel campo di applicazione dell'art. 45 TFUE e dell'art. 7 del Reg. n. 492/2011. Peraltro, anche nelle Conclusioni dell'avvocato generale (punto 42) si sottolinea che «il divieto di discriminazione basato sulla nazionalità si applica non solo agli atti delle autorità pubbliche, ma anche alle normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato e la prestazione di servizi», attribuendo così rilevanza anche ad atti non direttamente imputabili agli organi centrali dello Stato.

normativa universitaria non sia incompatibile con l'art. 45, par. 2, TFUE; dall'altro, però, l'ha ritenuta incompatibile con il par. 1, poiché integrante un ostacolo alla libertà di circolazione dei lavoratori³⁰.

Sotto il primo punto di vista, infatti, la normativa dell'Università di Vienna si applicava indistintamente a tutti i lavoratori, austriaci o meno, senza alcuna discriminazione *diretta*. Del pari, non sussisteva nemmeno una discriminazione *indiretta*, fondata cioè su una normativa che, seppure si applichi indistintamente, tenda ad incidere più sui cittadini di altri Stati membri che sui lavoratori nazionali. Una tale disposizione universitaria, infatti, risultava sfavorevole a tutti i lavoratori di altre università, tanto austriaci quanto stranieri, e non in particolare a questi ultimi rispetto ai primi.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, invece, la Corte ha ritenuto la normativa in contrasto con il par. 1 dell'art. 45 TFUE, in quanto, seppur non discriminatoria, comunque costitutiva di un ostacolo alla libertà di circolazione: legittimando solo parzialmente la rilevanza dei periodi di attività professionale svolti in altri Stati membri, la norma disincentivava i cittadini europei dall'esercitare il proprio diritto alla libera circolazione per avviare una carriera presso l'Università di Vienna³¹.

Mettendo a confronto tale caso con quello italiano si può notare come la vicenda dei lettori risulti a maggior ragione incompatibile col diritto dell'Unione, in quanto, come visto, la normativa delle università italiane contrasta anche con il par. 2 dell'art. 45 TFUE.

Il precedente giurisprudenziale, peraltro, potrebbe indurre a ritenere che la questione italiana abbia natura di situazione puramente interna³². Il caso *Krah*, invero, riguarda la parziale considerazione di precedenti periodi di attività professionale compiuti anche in un altro Paese membro rispetto a quello in cui se ne chiede il riconoscimento – circostanza che configura la situazione come transfrontaliera – mentre il caso degli esperti linguistici concerne una ricostruzione di carriera svoltasi interamente in Italia.

Al quesito, tuttavia, deve darsi risposta negativa. Se è puramente interna una situazione in cui dai soggetti coinvolti non è stato esercitato alcun diritto inerente alla libertà di circolazione – risultando tutti gli elementi costitutivi della questione compresi nell'ambito dell'ordinamento di un unico Stato membro – il caso in esame, diversamente, ha a che fare con lavoratori provenienti da altri Paesi membri. È da considerarsi perciò irrilevante il fatto che i precedenti periodi di attività professionale siano stati interamente svolti all'interno del territorio nazionale, poiché si tratta comunque di lavoratori di diversa nazionalità che hanno in origine esercitato il proprio diritto a spostarsi liberamente in Italia al fine di svolgervi un'attività

³⁰ L'incompatibilità, tuttavia, sussiste solo nella misura in cui si tratti di attività professionale «equivalente». Al punto 63 della sentenza, infatti, la Corte sottolinea che l'art. 45 TFUE e l'art. 7, par. 1, del Reg. n. 492/2011 non ostano ad una parziale considerazione dei precedenti periodi di attività professionale qualora l'attività previamente svolta non possa considerarsi equivalente all'attuale.

³¹ La Sentenza *Krah* rappresenta un'ulteriore conferma dell'orientamento interpretativo intrapreso ormai da tempo dalla Corte di giustizia, la quale, superando l'impostazione originaria del Trattato, sottopone a giudizio di compatibilità tutte le norme nazionali potenzialmente idonee, anche solo in astratto, a restringere o scoraggiare l'esercizio di una delle libertà di circolazione (sul punto, v. G. Contaldi, *Diritto europeo dell'economia*, Torino, 2019, 75 ss.).

³² Per un contributo che affronta dettagliatamente l'evoluzione e i diversi orientamenti della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di situazioni puramente interne v. A. Arena, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2019, 65-219. Sullo stesso tema, v. anche D. Diverio, *Situazioni puramente interne e principi generali dell'ordinamento dell'Unione*, in AA. VV., *Tem e questioni di diritto dell'Unione europea: scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, 15-25.

lavorativa³³.

3. La giurisprudenza sulla ricevibilità di ulteriori domande sul medesimo rapporto di lavoro da parte del giudice di un diverso Stato membro. Ai fini dell'instaurazione del mercato unico europeo, nell'ambito del quale sia pienamente garantita, tra le altre, la libera circolazione dei lavoratori, è risultata fondamentale la definizione di un sistema di cooperazione giudiziaria in materia civile aperto alla circolazione e al comune riconoscimento tra Stati membri delle pronunce giurisdizionali³⁴.

È agevole rilevare, infatti, che più facilmente le decisioni giudiziarie acquisiscono efficacia nell'ambito degli ordinamenti dei vari Stati membri – e, prima ancora, più chiari sono i criteri per determinare la legge applicabile e i tribunali competenti – tanto più sarà incentivata, *inter alia*, la libera circolazione e favorita l'effettiva attuazione del mercato unico. I lavoratori avranno infatti la certezza di poter instaurare liberamente una causa in un certo Stato (incluso quello in cui svolgono la propria attività) secondo criteri di giurisdizione uniformi; così come di poter ivi ottenere il riconoscimento di una decisione emanata in un altro Paese dell'Unione. Specularmente, una maggiore incertezza nella regolazione dei rapporti privati internazionali certamente rappresenta un deterrente all'esercizio della libertà di circolazione³⁵.

³³ In Corte di giustizia, gr. sez., *Ullens de Schooten*, sentenza del 15 novembre 2016, Causa C-268/15, la Corte ha delineato una serie di criteri di ricevibilità dei rinvii pregiudiziali anche se riferiti a situazioni puramente interne. La *ratio* è quella di evitare ipotesi di cd. discriminazioni alla rovescia in cui i cittadini nazionali, implicati in una situazione puramente interna, risultino destinatari di trattamenti deteriori rispetto ai cittadini di altri Stati membri. In questo modo, si garantiscono al cittadino nazionale gli stessi diritti di cui godrebbe, in forza del diritto UE, un cittadino di un altro Stato membro che si trovasse nella medesima situazione (più approfonditamente, v. D. Diverio, in *Situazioni puramente interne e principi generali dell'ordinamento dell'Unione*, cit., 15-18).

³⁴ Tale connessione emerge sin dalle fasi preparatorie della Convenzione di Bruxelles del 1968. Infatti, in una nota inviata il 22 ottobre 1959 agli Stati membri per invitarli ad avviare negoziati per la stipulazione della convenzione, la Commissione ha affermato che: «[u]n vero mercato interno tra i sei Stati potrà essere realizzato soltanto a condizione che venga garantita una sufficiente tutela giuridica. [...] [L]a tutela giuridica e, di conseguenza, la sicurezza giuridica nel mercato comune dipende essenzialmente dall'adozione comune da parte degli Stati membri di una soluzione soddisfacente per quanto riguarda il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie» (sul punto, v. *Relazione sulla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale* [Relazione Jenard], del 27 settembre 1968, GU 1979, C 59, 4 ss.). Per quanto riguarda il diritto positivo, l'art. 81 (*ex art. 65 TCE*), par. 2, TFUE, dispone che le istituzioni dell'Unione adottano misure volte a sviluppare una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali «in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno» (per una trattazione generale del requisito del buon funzionamento del mercato interno, v. F. Salerno, *La cooperazione giudiziaria in materia civile*, in G. Strozzi, R. Mastroianni (a cura di), cit., 540 ss.; C. Kohler, *Droit international privé européen après Amsterdam*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1999, 26). Sull'autonomia della cooperazione giudiziaria in materia civile rispetto alle politiche sul mercato interno, v. S. Bariatti, *Lo sviluppo delle competenze comunitarie in materia di diritto internazionale privato e processuale*, in *Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2009 e, *contra*, J. Basedow, *The communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market Law Review*, Milano, 2000, 697).

³⁵ Sul punto, v. EPRS | European Parliamentary Research Service, European Added Value Unit, *Un codice europeo di diritto internazionale privato. Il costo della non Europa*, Bruxelles, PE 504.468, 2013, in cui si evidenziava come l'incertezza o l'assenza, in determinati settori, del diritto internazionale privato europeo avrebbe potuto scoraggiare individui, famiglie e piccole imprese dall'esercitare le libertà di circolazione o dall'aprirsi verso i mercati esteri, minando così il funzionamento del mercato unico e acuendo le differenze fra Stati membri, con un aumento dei costi complessivi in capo ai cittadini europei. Sulle ricadute di carattere economico (e non solo) delle norme di diritto internazionale privato, soprattutto nell'ambito di un processo di globalizzazione ormai avanzato, v. H. M. Watt., *La fonction économique du droit international privé*, in *Revue internationale de droit économique*, 24 (1), 2010, 103-121.

Tali considerazioni sono state condensate in una recente sentenza della Corte di giustizia³⁶, dell'8 giugno 2023, concernente l'applicazione del cd. reg. *Bruxelles I*³⁷, il quale assicura che una sentenza emanata da un tribunale di uno Stato membro (detto Stato d'origine: in questo caso, il Regno Unito) possa essere riconosciuta, secondo regole comuni, in qualsiasi altro Stato dell'Unione (detto Stato richiesto: in questo caso, in Francia).

Nello specifico, si tratta di una pronuncia emanata in seguito ad un rinvio pregiudiziale della Corte di cassazione francese con cui è stato domandato alla Corte di giustizia se il combinato disposto degli artt. 33 e 36 del reg. *Bruxelles I*³⁸ avesse potuto determinare l'irricevibilità, da parte di un giudice francese, di ulteriori domande relative ad uno stesso rapporto di lavoro già oggetto di una decisione emessa nel Regno Unito, posto che la normativa processuale inglese prevede il principio di concentrazione delle domande aventi ad oggetto il medesimo rapporto controverso.

La vicenda ha avuto origine nel 1998, dopo che la banca *BNP* (poi divenuta *BNP Paribas AS*) aveva assunto, con contratto di lavoro a tempo determinato di diritto inglese, un lavoratore con il quale, nel 2009, aveva poi sottoscritto un successivo contratto a tempo indeterminato, questa volta di diritto francese.

Il 30 settembre 2013 il lavoratore aveva subito un licenziamento per giusta causa a seguito del quale, il 20 dicembre dello stesso anno³⁹, decideva di rivolgersi all'*Employment Tribunal* (Tribunale del lavoro britannico) chiedendo che fosse accertata la mancanza di una giusta causa di licenziamento e che il datore di lavoro fosse condannato ad erogargli un'indennità di compensazione. Il lavoratore si riservava inoltre di proporre in un secondo momento, innanzi ad una diversa autorità giurisdizionale, ulteriori domande attinenti alla medesima questione.

Le parti, di comune accordo, decidevano quindi che tale controversia fosse risolta attraverso l'applicazione del diritto inglese e, nel 2014, l'*Employment Tribunal* propendeva per l'accoglimento delle domande avanzate dal lavoratore.

In un successivo momento, però, quest'ultimo si rivolgeva ad un organo giurisdizionale francese – il *Conseil de prud'hommes* di Parigi – proponendo quelle ulteriori domande che inizialmente si era riservato di avanzare. In particolare, chiedeva che fosse riconosciuto a suo

³⁶ Corte di giustizia, *Bnp Paribas SA*, sentenza del 8 giugno 2023, causa C-567/21. Sulla pronuncia, v. i recenti commenti di: L. Idot, *Règlement «Bruxelles I» – Reconnaissance invoquée de manière incidente*, in *Europe*, 8-9, 2023; E. D'Alessandro, *Limiti oggettivi del giudicato, obbligo di concentrazione delle domande riguardanti un contratto di lavoro e riconoscimento delle decisioni nello spazio giudiziario europeo*, in *AldricusBlog*, 2023.

³⁷ Reg. (CE) n. 44/2001 del Consiglio, *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale* (cd. Reg. *Bruxelles I*).

³⁸ Per ciò che in tale sede rileva, l'art. 33, par. 1, garantisce il generale riconoscimento, in tutti gli altri Stati membri dell'Unione, delle sentenze emesse in uno essi. Tale riconoscimento, in base al par. 3, può essere richiesto dal convenuto anche in via incidentale innanzi all'autorità giurisdizionale dello Stato membro richiesto (a cui, sul punto, è riconosciuta competenza a decidere) in cui è stato citato in giudizio. In base all'art. 36, invece, si prevede che in nessun caso la decisione straniera riconosciuta possa essere riesaminata nel merito dal giudice dello Stato richiesto.

³⁹ Nonostante nel 2013 fosse già in vigore il reg. *Bruxelles I-bis* (Reg. n. 1215/2012), il reg. *Bruxelles I* risulta comunque applicabile alla controversia in forza dell'art. 66, par. 2, del reg. *Bruxelles I-bis*, che prevede l'applicazione di *Bruxelles I* ai procedimenti instaurati anteriormente al 10 gennaio 2015. Oltreché *ratione temporis*, *Bruxelles I* è applicabile anche *ratione loci*: infatti, ai sensi dell'art. 67, par. 2, lett. a), dell'Accordo sul recesso del Regno Unito dall'Unione, «il regolamento (UE) n. 1215/2012 si applica al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni emesse nelle azioni proposte prima della fine del periodo di transizione». Se, quindi, *Bruxelles I-bis* continua ad applicarsi per il Regno Unito con riferimento alle azioni proposte entro la fine del periodo di transizione – ma successivamente al 10 gennaio 2015 – ne deriva che anche *Bruxelles I* continuerà ad avere il medesimo perimetro di applicazione, con riferimento però ad un giudizio instaurato prima del 10 gennaio 2015.

favore il diritto al pagamento del risarcimento del danno per licenziamento senza giusta causa, di un'indennità sostitutiva di preavviso, di un'indennità di licenziamento, nonché dei *bonus* e dei premi previsti dal suo contratto di lavoro.

Il giudice francese, nel 2016, dichiarava tuttavia irricevibili le ulteriori domande, in virtù dell'accoglimento dell'eccezione di cosa giudicata sollevata dal datore di lavoro dopo che aveva richiesto, in via incidentale, il riconoscimento della precedente decisione inglese⁴⁰.

Il lavoratore, così, impugnava la sentenza davanti alla *Cour d'appel* di Parigi, la quale accoglieva le sue ulteriori richieste ritenendo che l'accertamento contenuto nella sentenza del giudice inglese avesse autorità di cosa giudicata solo nella parte in cui quest'ultimo aveva ritenuto il licenziamento non fondato su una giusta causa.

Il datore di lavoro proponeva quindi ricorso innanzi alla *Cour de cassation*, rilevando che, ai sensi dell'art. 33 del reg. *Bruxelles I*, l'autorità di cosa giudicata di una decisione pronunciata in uno Stato membro osterebbe alla proposizione, in un altro Stato dell'Unione, di un'azione tra le stesse parti avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo.

La *Cour de cassation* sospendeva quindi il procedimento domandando pregiudizialmente alla Corte di giustizia se, a fronte di una decisione emessa in uno Stato membro, gli artt. 33 e 36 del reg. *Bruxelles I* determinassero l'irricevibilità, da parte di un giudice di un diverso Stato membro, di ulteriori domande aventi ad oggetto il medesimo rapporto già deciso, per il motivo che la legislazione dello Stato d'origine prevede una norma volta a garantire la concentrazione in un'unica sede di tutte le domande che avrebbero potuto essere formulate sin dal principio⁴¹.

Nel rispondere al quesito, la Corte di giustizia ha preso le mosse dalla Relazione sulla Convenzione di Bruxelles⁴² elaborata da Paul Jenard, che ha chiarito che il riconoscimento in tutti gli altri Paesi membri di una decisione giurisdizionale emanata in uno Stato dell'Unione – così come dispone l'art. 26, par. 1, della Convenzione, che coincide perfettamente con l'art. 33, par. 1, del reg. *Bruxelles I* – «deve avere come effetto di attribuire alle decisioni l'autorità e l'efficacia che esse rivestono nello Stato in cui sono state pronunciate».

Da ciò consegue che per comprendere l'ampiezza degli effetti (ossia, l'ampiezza dei limiti oggettivi del giudicato) che la sentenza emanata nel Regno Unito esplica in Francia – da cui poi deriva la ricevibilità o meno delle ulteriori domande avanzate dal lavoratore al giudice francese – occorre rifarsi alle norme giuridiche del Regno Unito.

La questione, però, è complicata dalla normativa inglese sul principio di concentrazione delle domande, che ha reso necessario stabilire se una tale previsione possa influire sull'ampiezza

⁴⁰ Più in dettaglio, a detta della società ricorrente, le questioni riproposte dal lavoratore al giudice francese – che si fondano su fatti avvenuti e conosciuti da quest'ultimo già prima del sorgere della controversia – avrebbero potuto essere formulate sin dal primo giudizio innanzi al giudice inglese e, quindi, sarebbero coperte da giudicato: quest'ultimo cala tanto sui fatti lesivi specificati, quanto su quelli, anteriori, che avrebbero potuto essere introdotti in causa e tuttavia non lo sono stati (sui limiti oggettivi del giudicato e l'eccezione di cosa giudicata, nell'ambito dell'ordinamento italiano, v. C. Cavallini, *Diritto, rimedio e res judicata*, in *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1, 2020, 204-218; E. D'Alessandro, *L'oggetto del giudizio di cognizione tra crisi delle categorie del diritto civile e evoluzioni del diritto processuale*, Torino, 2016, 17-68; L. Piccininni, *L'eccezione di giudicato nel processo civile*, Napoli, 2016, 142-254). Al fine di avvalorare tale conclusione, la società BNP Paribas ha richiamato la norma inglese dell'*abuse of process* (v. il punto 20 delle conclusioni dell'avvocato generale, ove si chiarisce che la norma dell'*abuse of process* deriva dalla decisione *Henderson v. Henderson*, del 20 luglio 1843, della *Court of Chancery* (England & Wales), con la quale è stato imposto alle parti di sottoporre al medesimo organo giurisdizionale, nel suo insieme, la controversia che le riguarda, affinché tutti gli aspetti della questione possano essere affrontati complessivamente.

⁴¹ V., diffusamente, il punto 35 delle Conclusioni dell'avvocato generale.

⁴² *Relazione Jenard*, cit., pag. 43 ss.

dei limiti oggettivi del giudicato: qualora, infatti, dovesse essere considerata una norma a carattere sostanziale concernente l'individuazione dei limiti oggettivi del giudicato, si dovrebbe necessariamente propendere per l'irricevibilità delle ulteriori domande.

Ebbene, la Corte di giustizia, riprendendo le considerazioni dell'avvocato generale⁴³, ha stabilito che la normativa inglese sul principio di concentrazione delle domande non fosse volta a definire i limiti oggettivi del giudicato, ma ad evitare l'abuso del processo. In altri termini, si tratta di una norma di carattere processuale volta ad evitare il frazionamento e il moltiplicarsi di giudizi concernenti un medesimo oggetto, adempiendo così ad esigenze di economia processuale, di certezza dei rapporti giuridici e di legittimo affidamento⁴⁴.

La Corte ha così concluso che una normativa dello Stato d'origine sulla concentrazione delle domande non è di per sé idonea ad impedire la proponibilità, innanzi al giudice dello Stato richiesto, di ulteriori domande aventi ad oggetto un rapporto giuridico già deciso dal giudice dello Stato membro d'origine.

Nonostante si tratti di una pronuncia in materia di diritto internazionale privato, alla sentenza potrebbe essere ricondotta anche un'indiretta incidenza sull'effettività della libertà di circolazione dei lavoratori tra Stati membri. Una conclusione diversa rispetto a quella della Corte di Lussemburgo avrebbe infatti potuto impattare negativamente su tale garanzia: i lavoratori potrebbero essere disincentivati dal prestare la propria attività in un diverso Stato dell'Unione se – data una normativa interna sul principio di concentrazione delle domande – a seguito di una sentenza emanata nel proprio Stato d'origine non potessero più accedere, relativamente al rapporto giuridico in questione, alla tutela giurisdizionale offerta dal diverso Stato membro in cui svolgono la propria attività lavorativa.

In conclusione, dall'analisi sia di quest'ultima vicenda, sia di quella relativa alla mancata ricostruzione della carriera dei lettori stranieri, è possibile notare quanto risulti elevato il grado di specificità degli interventi capaci di incidere sull'instaurazione del mercato unico ed eterogenee le questioni che, direttamente o indirettamente, possono condizionare il pieno raggiungimento di tale obiettivo. Non solo, quindi, misure di livello istituzionale, bensì anche specifici atti e comportamenti degli operatori economici, degli enti amministrativi e degli organi giurisdizionali possono contribuire all'integrazione europea o, viceversa, favorire una frammentazione.

Sotto questo punto di vista, risulta quantomai attuale la comunicazione⁴⁵ della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'impatto e l'efficacia del mercato unico, in cui già nel 1996 si sottolineava che i benefici del mercato unico possono manifestarsi tramite «il

⁴³ Cfr. punti 54 – 57 delle conclusioni dell'avvocato generale, in cui quest'ultimo ha rilevato che la norma inglese dell'*abuse of process* non concerne la nozione di *res indicata*, costituendo invece una normativa di ordine pubblico che, impedendo la proposizione abusiva di una nuova domanda, è volta a garantire che la controversia non si prolunghi indefinitamente e che il convenuto non debba essere parte di ulteriori cause quando una sola sarebbe risultata sufficiente. Di conseguenza, la norma sulla concentrazione delle domande non incide sull'autorità e sull'efficacia della decisione di cui si chiede il riconoscimento.

⁴⁴ Non influenzando sull'ampiezza dei limiti oggettivi del giudicato, la Corte ha pertanto ritenuto che tale norma inglese non fosse di per sé idonea a rendere irricevibili le ulteriori domande avanzate dal lavoratore al giudice francese. In definitiva, il fatto che il Reg. *Bruxelles I* – così come, prima, la Convenzione di Bruxelles del 1968 e, dopo, il Reg. *Bruxelles I-bis* – preveda il riconoscimento, nello Stato membro richiesto, della decisione emessa nello Stato membro d'origine con la stessa efficacia di giudicato che assume nell'ordinamento di quest'ultimo, comporta che la ricevibilità delle ulteriori domande avanzate al giudice dello Stato richiesto dipenda esclusivamente dai limiti oggettivi del giudicato vigenti nell'ordinamento giuridico d'origine. Sul punto, nessun rilievo assume un'eventuale norma sulla concentrazione delle domande vigente in quest'ultimo sistema.

⁴⁵ Commissione UE, *Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'impatto ed efficacia del Mercato unico* (COM(96)0520 - C4-0655/96), del 30 ottobre 1996.

coinvolgimento degli operatori economici nonché dei responsabili dell’emanazione e dell’applicazione delle norme»; e che ai fini dell’effettiva applicazione del diritto dell’Unione in tutto il mercato unico «si possono rendere necessari dei cambiamenti nella cultura amministrativa, e forse persino giudiziaria, degli Stati membri».

4. I benefici del mercato unico europeo per il sistema economico nazionale.

Nonostante, come visto, la completa realizzazione del mercato unico rappresenti una sfida complessa ed in continuo divenire, nell’ambito della quale assumono rilievo una vasta gamma di vicende concrete e di interventi pubblici potenzialmente anche molto puntuali, va tenuto conto che un mercato unico europeo sempre più forte ed integrato apporta benefici non solo all’Unione, ma anche ai singoli Stati membri, contribuendo al soddisfacimento di interessi nazionali di carattere economico⁴⁶.

Più nello specifico, il mercato unico rappresenta uno strumento in grado di garantire un importante incremento dell’indice di Prodotto interno lordo sia a livello europeo, sia a livello nazionale. Un diverso sistema di regolazione economica del commercio fra gli Stati membri – quale, ad esempio, l’istituzione di un’area di libero scambio regolata da accordi commerciali regionali o un sistema di relazioni commerciali internazionali fondato sulla regolazione predisposta dall’Organizzazione mondiale del commercio – non sarebbe idonea a raggiungere lo stesso livello di PIL⁴⁷.

⁴⁶ L’ordinamento giuridico dell’Unione, peraltro, non considera il mercato fine a sé stesso, ma lega la liberalizzazione degli scambi economici alla promozione di diritti di carattere sociale. Ciò emerge nitidamente dall’art. 3, par. 3, TUE, allorché si sottolinea che lo sviluppo sostenibile dell’Europa è perseguito attraverso un’economia sociale di mercato fortemente competitiva che mira alla piena occupazione e al progresso sociale. Un punto di svolta, sul tema, è rappresentato dal cd. *Next Generation EU*. In argomento, v. E.A. Rossi, “Social” *Developments of Competition Reform in Italian National Recovery and Resilience Plan (NRRP-PNRR)*, in A. Infantino, G. Marra, P. Polidori, E.A. Rossi, *The Italian National Recovery and Resilience Plan, Reflections on Law, Society and Economic Policies*, Bari, 2022, 175-185, il quale evidenzia come la sezione sulla riforma della concorrenza del PNRR comprende anche misure relative al bilanciamento del rapporto tra «concorrenza e valori sociali» (sul tema, v. altresì: M. Manfredi, *La promozione e la tutela dei diritti economici e sociali nell’Unione europea*, in *Collana di Studi sull’integrazione europea*, Bari, 49, 2022, 144 ss.; G. Contaldi, *La normativa per l’attuazione del programma Next Generation EU*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2021, 245 ss.). Per un contributo che evidenzia come l’instaurazione del mercato unico non sia concepita solo come un obiettivo di carattere economico, ma di più ampio respiro, v. N. Shuibhne, *The Integrity of the EU Internal Market: Connecting Purpose and Context for Brexit – and beyond*, in F. Amtenbrink, G. Davies, D. Kochenov, J. Lindeboom, *The Internal Market and the Future of European Integration: Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, Cambridge, 2019, 549-560. Sulla rilevanza delle libertà di circolazione come strumento per garantire, al contempo, anche i diritti fondamentali sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, v. D. Diverio, *La Corte di giustizia conferma l’ormai inestricabile intreccio fra libertà economiche e diritti fondamentali nel mercato interno*, in *DPCE online*, 2020, 4383-4392.

⁴⁷ Così osserva Jan in ‘t Veld, *Quantifying the Economic Effects of the Single Market in a Structural Macromodel*, European Commission discussion paper 094, 2019, il quale, con riferimento allo scenario socio-economico antecedente all’insorgere della crisi pandemica da Covid-19 e dell’invasione russa in Ucraina, ha quantificato tale impatto negativo in relazione a diversi parametri macroeconomici. In questo modo, specularmente, è stata quantificata una stima dei benefici apportati dal mercato unico. Nel suo insieme, l’UE-28 perderebbe l’8.7% del proprio PIL; valore che sale al 9% con riferimento alla sola Zona euro. Considerando gli altri parametri macroeconomici, lo studio mette in evidenza una diminuzione a livello europeo dei consumi, degli investimenti, dell’accumulazione di capitale, delle esportazioni, delle importazioni e dell’occupazione. Con più specifico riferimento all’Italia, lo studio rileva una diminuzione pari a: – 11.1% di consumi; – 14.3% di investimenti; – 10.6% di accumulazione di capitale; – 12.9% di esportazioni; – 20.1% di importazioni; – 26.2% di flussi commerciali *infra*-unionali; – 0.7% di occupazione. Impatti negativi di questo genere verrebbero registrati anche da tutti gli altri Stati membri, seppure ognuno con una rilevanza quantitativa diversificata. Sulla stessa lunghezza d’onda – ancorché con risultati più contenuti, ma comunque significativi – si pone un ulteriore contributo (T. Mayer, V. Vicard, S. Zignago, *The Cost on Non-Europe, Revisited*, CEPII working paper, 2018) condotto

L'aumento delle barriere commerciali tra gli Stati membri, infatti, determinerebbe un incremento dei costi del commercio internazionale *intra-comunitario* e, di conseguenza, un'inevitabile contrazione del suo volume. La riduzione del commercio tra i Paesi dell'Unione verrebbe quindi riequilibrata, da un lato, attraverso il commercio nazionale e, dall'altro, dirottando porzioni maggiori di attività commerciali verso Paesi *extra-UE*. Nonostante questo mutamento direzionale, il livello delle importazioni e delle esportazioni di ogni Stato membro calerebbe significativamente rispetto a quello raggiunto attraverso il sistema del mercato unico.

L'abbandono del mercato unico in favore degli scenari controfattuali alternativi, inoltre, determinerebbe un aumento generale dei costi di produzione a causa dell'incremento dei costi dei fattori produttivi importati da altri Stati membri. Ciò si tradurrebbe in un aumento del costo degli investimenti privati – con una conseguente contrazione degli stessi – nonché in un aumento del prezzo di beni e servizi finali e, quindi, in una riduzione del livello del consumo privato. L'ascesa dei prezzi al consumo eserciterebbe inoltre una pressione al rialzo sui salari e perciò sui costi d'impresa, conducendo così ad un decremento del tasso di occupazione.

La contrazione della domanda interna – ossia della spesa per consumi e investimenti – derivante dall'abbandono del sistema del mercato unico determinerebbe poi una riduzione delle entrate tributarie per lo Stato, la quale difficilmente potrebbe essere compensata dalle entrate *extra* derivanti dalle tariffe: l'eventuale incremento del disavanzo pubblico che ne potrebbe derivare, a sua volta, produrrebbe un aumento delle imposte necessario per stabilizzare il debito pubblico, provocando un ulteriore impatto negativo sul livello dei consumi privati⁴⁸.

Un'indiretta influenza positiva sul Prodotto interno lordo nazionale deriva anche dalla tutela della concorrenza che il diritto dell'Unione assicura proprio al fine di realizzare pienamente il mercato unico⁴⁹. L'aumento della concorrenza tra le imprese, infatti, le induce necessariamente a migliorare l'efficienza, con conseguente riduzione dei costi di produzione e dei prezzi di vendita. Il maggiore *surplus* del consumatore ne aumenta il potere d'acquisto e favorisce così il processo moltiplicativo della ricchezza, con ripercussioni macroeconomiche sulla domanda aggregata, sugli investimenti e sull'occupazione.

Si può dunque constatare come dall'attuale sistema di integrazione europea fondato sul mercato unico tutti i Paesi membri ottengano inequivocabilmente considerevoli benefici in termini di PIL, nonostante fra loro in misura diversificata in ragione delle diverse dimensioni e peculiarità economico-produttive di ogni Stato, a partire dal grado di apertura agli scambi internazionali. Specularmente, l'impatto macroeconomico che conseguirebbe all'abbandono o all'indebolimento del sistema del mercato unico europeo comporterebbe conseguenze negative (anch'esse quantitativamente diversificate) per qualsiasi Paese dell'Unione.

La rilevanza dell'integrazione europea per uno sviluppo economico dell'Unione e dei singoli Stati membri emerge anche da un'analisi di segno opposto, che muove da un ribaltamento

nell'ambito del *Centre d'Études Prospectives et d'Informations Internationales* (CEPII), secondo il quale l'ipotesi di un ritorno alle norme sugli scambi commerciali predisposte dall'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), comporterebbe in media una riduzione di PIL pari all'8.2% e, nell'ipotesi della sostituzione del mercato unico con un'area di libero scambio regolata da accordi commerciali regionali, una riduzione di PIL pari al 6.6%. Con riferimento, nello specifico, all'Italia, si registrerebbe una riduzione di PIL tra il 3.3% e il 2.7%. Anche in tal caso, riduzioni di PIL verrebbero registrate da ognuno degli Stati membri.

⁴⁸ V., nuovamente, Jan in 't Veld, cit., 12- 17.

⁴⁹ Sul punto, v. G. Vitali, *L'integrazione commerciale europea e le nuove teorie sul commercio internazionale*, Consiglio Nazionale delle Ricerche – CERIS (Istituto di ricerca sull'impresa e lo sviluppo), 2011, 8.

della prospettiva sinora adottata. Se, infatti, al posto di immaginare la sostituzione o l'indebolimento del sistema del mercato unico si immaginasse, nel medio-lungo periodo, un rafforzamento *tout court* del processo di integrazione europea rispetto al livello attuale, il risultato cui si perverrebbe – coerentemente con gli approdi sinora raggiunti – sarebbe un accrescimento degli indici di benessere economico nazionale, a partire ancora una volta dal PIL⁵⁰. In questo scenario, un notevole beneficio sarebbe generato grazie ad una più completa ed efficiente integrazione europea nel sistema del mercato unico, ad ulteriore testimonianza del fatto che un maggior livello di sviluppo dello stesso è direttamente proporzionale ad un accrescimento del complessivo PIL europeo.

Con più specifico riferimento all'ordinamento italiano, vale la pena soltanto accennare come risulti impellente l'adozione di tutti gli interventi necessari ad adeguare il quadro normativo ai dettami europei, in particolare in materia di libera circolazione dei lavoratori⁵¹, insieme allo sviluppo di politiche volte a rendere più attrattivo il nostro Paese per i lavoratori, gli operatori economici e gli investitori. Lo stato del mercato del lavoro, il sistema previdenziale, l'elevato debito pubblico, nonché il preoccupante invecchiamento demografico rappresentano solo alcune delle principali ragioni che rendono necessario un efficiente sviluppo della mobilità

⁵⁰ È quanto risulta da uno studio condotto dall'*European Parliamentary Research Service (Increasing European added value in an age of global challenges. Mapping the cost of non-Europe 2022-2032, EPRS | European Parliamentary Research Service, European Added Value Unit, Bruxelles, PE 734.690 – 2023)*, che ha esaminato i potenziali benefici che potrebbero essere conseguiti, nei prossimi dieci anni, in una serie di ambiti strategici attraverso una maggiore integrazione europea rispetto all'attuale, tenendo conto dello stato della legislazione dell'UE e delle sue potenzialità non sfruttate. Lo studio muove da uno scenario di base in cui si ipotizza un semplice proseguimento, fino al 2032, delle politiche già avviate. In questo scenario, il PIL reale a livello europeo passerebbe da un valore di circa 15000 miliardi di euro nel 2022 a circa 17000 miliardi di euro nel 2032, il che si tradurrebbe in un tasso di crescita medio annuo in termini reali dell'1,3%. Rispetto allo scenario di base, attraverso politiche che accrescano l'integrazione europea potrebbero essere complessivamente generati ulteriori 2800 miliardi di euro, portando così il PIL reale totale ad un valore di quasi 20000 miliardi di euro nel 2032: ciò corrisponderebbe ad un tasso medio annuo di crescita del PIL reale del 2,9%. Di questi 2800 miliardi di euro aggiuntivi, 644 miliardi deriverebbero da una più completa ed efficiente integrazione europea relativa al sistema del mercato unico, dei quali un ammontare pari a 104 miliardi è il risultato di una maggiore integrazione con specifico riferimento alla libertà di circolazione dei lavoratori. Tale libertà, peraltro, ha già contribuito all'incremento del tasso di occupazione dei cittadini mobili dell'Unione – che è giunto a superare quello della popolazione attiva dell'UE nel suo insieme – e all'aumento complessivo del tasso di occupazione dei cittadini dell'Unione (cfr. Eurostat, *EU citizens living in another Member State – statistical overview*, agosto 2021. Sulla stessa linea si pone *European Parliamentary Research Service (EPRS)*, cit., 220 ss.). La rilevanza del diritto alla libera circolazione dei lavoratori trova anche riscontro nell'opinione degli stessi cittadini europei (V. *Special Eurobarometer 528, Intra-EU labour mobility after the pandemic - Data annex*, dicembre 2022).

⁵¹ Sull'importanza dello sviluppo di solide politiche migratorie (anche) per l'economia nazionale, v. C. Alcidi, D. Gros, *EU Mobile Workers: A challenge to public finances?*, *Contribution for informal ECOFIN, Bucharest, 5-6 April, 2019*, in *Centre for European Policy Studies (CEPS)*, Bruxelles, 2019. Sulla stessa lunghezza d'onda si pone Citi GPS: *Global Perspectives & Solutions, Migration and the Economy: Economic Realities, Social Impacts & Political Choices*, Oxford, 2018, 27-49. Per uno studio, condotto per *European Parliamentary Research Services (EPRS)*, che individua alcune lacune nella politica migratoria dell'Unione e contestualmente presenta possibili soluzioni dal positivo impatto socioeconomico, v. W. P. de Groen, T. Rossotti, S. B. des Places, S. Robin-Olivier, N. Laurentsiev, Y. Giesing, *European added value of EU legal migration policy and law*, in *Centre for European Policy Studies (CEPS)*, Bruxelles, 2021. Peraltro, sotto un punto di vista demografico, dal Rapporto annuale 2023 sugli stranieri nel mercato del lavoro in Italia (XIII Rapporto annuale *Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, a cura della Direzione Generale dell'Immigrazione e delle Politiche di Integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, 2023) emerge una riduzione consistente della popolazione residente, compensata parzialmente dalla presenza straniera. In argomento, v. altresì i dati elaborati dalla Fondazione Leone Moressa (Fondazione Leone Moressa, *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione*, 2022).

economica in entrata⁵². In ciò evidentemente non si può prescindere dallo sfruttamento delle potenzialità che il sistema del mercato unico europeo mette a disposizione, anche sotto il profilo della mobilità dei lavoratori altamente specializzati⁵³.

5. Considerazioni conclusive. Attraverso l'analisi delle due recenti vicende giunte all'attenzione della Corte di giustizia si è potuto comprendere che la piena attuazione del mercato unico europeo dipende non solo da un ravvicinamento delle discipline legislative nazionali, bensì anche dall'adozione di puntuali interventi⁵⁴ da parte dei singoli enti amministrativi, degli organi giurisdizionali, nonché degli operatori economici.

Da un lato, infatti, le difficoltà di ricostruzione della carriera degli *ex* lettori stranieri da parte di alcune università italiane costituiscono discriminazioni basate sulla cittadinanza che limitano il diritto a circolare liberamente all'interno dell'Unione al fine di svolgere un'attività lavorativa alle medesime condizioni riservate ai lavoratori nazionali.

Dall'altro lato, anche questioni di diritto internazionale privato indirettamente influiscono sulla piena estrinsecazione della libertà di circolazione *infra*-unionale dei lavoratori. Come abbiamo già notato, infatti, questi ultimi sarebbero disincentivati dal prestare la propria attività in un diverso Stato dell'Unione se – data una normativa interna sul principio di concentrazione delle domande – a seguito di una sentenza emanata nel proprio Stato d'origine non potessero più accedere, relativamente al rapporto giuridico deciso nel suddetto Paese, alla tutela giurisdizionale offerta dal diverso Stato membro in cui prestano la propria attività lavorativa.

La specificità e l'eterogeneità dell'insieme degli interventi idonei ad incidere sulla realizzazione del mercato unico rendono quindi assai complesso il pieno raggiungimento di tale obiettivo. Ciononostante, l'eliminazione del maggior numero possibile di ostacoli nazionali sembra rappresentare un fattore di sviluppo economico di assoluta rilevanza.

Si è in effetti avuto modo di evidenziare che tanto il sistema europeo nel suo complesso quanto ogni singolo Stato membro hanno tratto giovamento, da un punto di vista economico, dall'instaurazione di un mercato senza frontiere nazionali; tant'è che un maggior grado di integrazione europea in questo settore potrebbe determinare una più marcata crescita economica nel medio-lungo periodo.

Con riferimento allo Stato italiano, infine, risultano particolarmente evidenti i vantaggi del

⁵² Per un'analisi critica sulla distinzione terminologica, ma sostanziale, tra migrante economico e rifugiato e sulle conseguenti scelte di gestione della politica migratoria europea e nazionale, soprattutto con riferimento alla cd. rotta mediterranea, v. G. Nesi (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?*. Atti del convegno di Trento, 8-9 giugno 2017, Roma, 2018.

⁵³ In proposito, v. il Rapporto annuale ministeriale, cit., che rileva che circa la metà della popolazione immigrata in Italia ha una bassa istruzione formale, la seconda percentuale peggiore dell'area dei Paesi OCSE. All'estremità opposta dello spettro educativo, l'Italia ha la più bassa percentuale di immigrati laureati nell'area OCSE. V., altresì, il Rapporto annuale 2022 della Fondazione Leone Moressa, che evidenzia che i lavoratori immigrati apportano, ciononostante, un rilevante contributo al PIL italiano, il quale aumenta sensibilmente in agricoltura, ristorazione ed edilizia (in tema, v. anche il *Documento di economia e finanza 2023*, Sezione I: Programma di stabilità, Capitolo IV: Sensibilità e sostenibilità delle finanze pubbliche, 124 ss., Figura IV.6, da cui si evince che il rapporto debito/PIL diminuirebbe di oltre 30 punti percentuali rispetto al valore registrato nel 2020 nell'ipotesi in cui, tra il 2020 e il 2070, il flusso netto di immigrazione crescesse di circa il 33%; specularmente, si registrerebbe un aumento, sempre di oltre 30 punti percentuali, nell'ipotesi contraria in cui l'immigrazione netta diminuisse del 33%).

⁵⁴ Per un recentissimo contributo che propone specifici interventi prodromici ad una più profonda e completa attuazione del mercato unico europeo, v. J. Pelkmans, *Empowering the single market, a 10-point plan to revive and deepen it*, in *Centre for European Policy Studies* (CEPS), Bruxelles, 2024, 19-65.

mercato unico. In particolare, un maggiore sviluppo della circolazione in entrata di migranti economici e, conseguentemente, un più efficiente sfruttamento delle potenzialità messe a disposizione dai lavoratori migranti, impatterebbe positivamente su molteplici indici di benessere socioeconomico.

A più di settant'anni dalla famosa *Dichiarazione Schuman*⁵⁵ si potrebbe pertanto concludere che l'apertura dei mercati nazionali e la loro fusione nel mercato unico ha offerto alle economie degli Stati europei una grande opportunità di crescita e un forte miglioramento del tenore di vita delle loro popolazioni⁵⁶. L'ideale del mercato unico, che nasce per finalità economiche, ma in un contesto in cui l'obiettivo dell'unificazione politica e del miglioramento sociale è ben presente, continua quindi a conservare la straordinaria qualità di offrire rilevanti benefici nella prospettiva del continuo rafforzamento del processo di integrazione europea.

Non ci si può tuttavia accontentare degli approdi cui si è giunti: il mercato unico si presenta come un obiettivo non ancora completamente raggiunto e perciò migliorabile. Le istituzioni europee e i singoli Stati membri dovrebbero quindi muoversi in tal senso, tutelando e potenziando la principale risorsa economica che il processo d'integrazione europea ha messo a disposizione delle economie nazionali.

Abstract. Il contributo ha ad oggetto il tema del mercato unico europeo e può sostanzialmente essere ripartito in due parti. Nella prima parte – corrispondente ai par. 2 e 3 – si tenta di mettere in luce l'elevato grado di specificità degli interventi capaci di incidere sulla completa instaurazione del mercato unico e l'eterogeneità delle questioni che, direttamente o indirettamente, possono condizionare il pieno raggiungimento di tale obiettivo. Ciò verrà sottolineato attraverso l'analisi di due vicende recentemente sottoposte all'attenzione della Corte di giustizia, entrambe concernenti questioni legate alla mobilità transfrontaliera dei lavoratori. In particolare, emergerà come la piena attuazione del mercato unico dipende non solo da un ravvicinamento delle discipline legislative nazionali, bensì anche dall'adozione di puntuali interventi – normativi, amministrativo-contrattuali e giurisdizionali – riguardanti settori economico-giuridici fra loro eterogenei. Nella seconda parte, corrispondente al par. 4, verranno prese in considerazione le (positive) ricadute macroeconomiche del sistema del mercato unico nelle economie degli Stati membri, con specifico riguardo agli effetti sul Prodotto interno lordo (PIL).

Abstract. This contribution deals with the European single market and it can be basically divided into two parts. The first part – corresponding to paragraphs 2 and 3 – attempts to underline the high degree of specificity of measures capable of influencing the complete establishment of the single market and the heterogeneity of issues which, directly or indirectly, may affect the full achievement of this objective. This will be emphasized through the analysis of two recent cases brought to the attention of the EU Court of Justice, both concerning issues related to the cross-border mobility of workers. It will especially emerge that the full implementation of the single market depends not only on a harmonization of

⁵⁵ *Dichiarazione di Robert Schuman*, del 9 maggio 1950 (sulla quale, v. Commissione europea, P. Fontaine, *Una proposta nuova all'Europa – La dichiarazione Schuman (1950/1990)*, Ufficio delle pubblicazioni, 1990; M. Burgess, *Entering the Path of Transformation in Europe: The Federal Legacy of the Schuman Declaration*, in *French Politics, Culture & Society*, 2, 2011, 4-18; E. Grace, *The Future of European Solidarity: A Reflection on the Schuman Declaration*, in *Studies: An Irish Quarterly Review*, 419, 2016, 342-52).

⁵⁶ Sulla valorizzazione, anche in chiave storica, dei meccanismi del libero mercato per garantire positivi risultati economici e sociali, v. A. Santagostino, *Il mercato unico europeo. Una prospettiva liberale tra Einaudi e Hayek*, in *Il Politico*, 1, 2012, 81-104.

national legislative frameworks, but also on the adoption of specific measures – regulatory, administrative-contractual and jurisdictional – concerning heterogeneous economic-legal sectors. The second part, corresponding to paragraph 4, takes account of the (positive) macroeconomic effects of the single market system on the economies of the Member States, with particular reference to the effects on Gross Domestic Product (GDP).

Parole chiave. Mercato unico europeo – libertà di circolazione – lettori di lingua straniera – Regolamento *Bruxelles I* – Prodotto interno lordo (PIL).

Key words. European single market – freedom of movements – foreign language lecturers – Brussels I Regulation – Gross domestic product (GDP).

IL MERCATO DEI CONTRATTI PUBBLICI E LA AUTOPRODUZIONE NELLA PROSPETTIVA DELL'EFFICIENZA REGOLATORIA*

di Domenico Andracchio**

Sommario. 1 Premessa. – 2. L'anatomia del mercato delle commesse pubbliche. – 3. L'anatomia della autoproduzione nella previgente regolazione dei contratti pubblici (e nelle altre discipline di settore). – 4. Un pendolo continuo: il rapporto tra il ricorso al mercato delle commesse pubbliche e all'*in house providing*. – 5. L'autoproduzione nel nuovo *Codice dei contratti pubblici*. – 6. A mò di conclusioni: argomentazioni a sostegno della (corretta) parioridazione dell'autoproduzione e del ricorso al mercato.

87

1. Premessa. Quanta efficienza? Quanta efficienza c'è nel regime giuridico che la nuova disciplina dei contratti pubblici riserva all'autoproduzione (c.d. *in house providing*)?

Le regolazioni pubbliche dell'economia¹ non si risolvono — semplicemente — in una vicenda linguistica. Non possono considerarsi soltanto un insieme di parole e di frasi

* Sottoposto a referaggio.

** Dottore di ricerca in Diritto dell'economia – Università di Roma La Sapienza.

¹ Per un'ampia e profonda analisi delle ragioni, delle forme e degli obiettivi della regolazione, quanto alla dottrina italiana, si v., tra gli altri, M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999; M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 171 ss.; A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679; N. Rangone, *Regolazione*, in S. Cassese (diretto da) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5057 ss.; M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 121 ss.; F. Merusi, *Variazioni su crisi economica e regolazione*, in *Dir. econ. (II)*, 2010, 623 ss.; G. Napolitano, *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in *Dir. un. eu.*, 2010, 218 ss.; M. Cocconi, *Motivazione e qualità dei procedimenti di regolazione generali*, in *Dir. econ. (II)*, 2011, 459 ss.; P. Lazzara, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dalla unificazione amministrativa italiana. L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, 117 ss.; F. De Leonardis, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. econ. (II)*, 2018, 697 ss. Nella letteratura straniera si segnalano, in particolare, gli scritti di A.E. Kahn, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, New York, 1970; G. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Econ. Sc.*, 1971, 2 ss.; R.A. Posner, *Theories of Economic Regulation*, in *ibidem*, 1974, 335 ss.; B.M. Owen, R. Brauetigan, *The Regulation Game*, Cambridge, 1978; T.K. MC GRAW, *Prophets of Regulation*, Harvard, 1984; R. Baldwin, C. Mc Crudden, *Regulation and Public Law*, Londra, 1987; A. OGUS, *Regulations, legal form and economic theory*, Oxford, 1994; Id., *Rethinking Self-Regulation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, 15 ss.; J. Black, *Constitutionalising self-regulation*, in *Modern Law Review*, 1996, 24 ss.; J. Chevallier, *Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique*, in *Rev. du droit public*, 1998, 659 ss.; R. Baldwin, M. Cave, *Understanding Regulation*, Oxford, 1999; L. Mac Gregor, T. Prosser, C. Villiers (a cura di), *Regulation and Markets Beyond 2000*, Ashgate, 2000; M.A. Frison Roche, *Le droit de la régulation*, Parigi, 2001; C. Scott, *Analysing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design*, in *Public Law*, 2002, 329 ss.; E. Glaeser, A. Shleifer, *The Rise of the Regulatory State*, in *Journal of economic literature*, 2003, 401 ss.; C. Scott, *Regulation*, Dartmouth, 2003.

sviluppate secondo apposite tecniche di *drafting*². Comprensibilità, chiarezza, semplicità ed eleganza di prosa sono elementi necessari, ma non sufficienti per comprendere le scelte di politica legislativa. Vero è che la lingua «non è affatto una vietata porticina di servizio attraverso la quale il diritto s'introduce di soppiatto, ma piuttosto il grande portale attraverso il quale tutto il diritto entra nella coscienza degli uomini»³. Vero pure che «la legge non è solo un atto ordinante ma un atto di comunicazione: avere consapevolezza del peso delle parole significa riservare attenzione e rispetto per il destinatario di esse»⁴. Tuttavia, non si riduce tutto ad una questione di mera «arte linguistica». Dietro una previsione giuridica, piuttosto che un'altra, si muove tutto un articolato ingranaggio fatto di incentivi e disincentivi. Pure ove ammetta più alternative praticabili, una prescrizione può incentivare a preferirne una e disincentivare la preferenza per le altre. I destinatari delle norme sono esseri razionali che rispondono agli incentivi e ai disincentivi che una norma è in grado di dare; tra più soluzioni praticabili essi optano per quella che assicura loro meno costi e più vantaggi. La analisi economica del diritto⁵ — i cui strumenti d'indagine sono sempre più utili al giurista⁶ che voglia tentare di comprendere la complessità di questo mondo — guarda alle regolazioni giuridiche dei mercati⁷ proprio nella prospettiva dei costi e dei vantaggi. E il criterio alla luce del quale valutare la ottimalità di una determinata soluzione diviene, appunto, quello della

² Sul tema del *drafting* e sulle implicazioni, teoriche e pratiche, delle tecniche di elaborazione di testi normativi e regolatori si vv., per tutti, R. Pagano, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, 2004; E. Albanesi, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Napoli, 2019.

³ A. Merkl, *Il duplice volto del diritto*, Milano, 1987, 125.

⁴ R. Zaccaria, *La buona scrittura e la qualità delle leggi*, in Id. (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Camera dei deputati Segreteria generale - Ufficio pubblicazioni e relazioni con il pubblico, Roma, 2012, 15.

⁵ Sull'analisi economica del diritto non mancano scritti nei quali vengono affrontate, da diverse angolazioni prospettiche, la rilevanza e la utilità dell'applicazione dei modelli economici nello studio di questioni giuridiche. Tra i moltissimi scritti, e senza nessunissima pretesa di esaustività, si vv. P. Chiassoni, *L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti: formalismo o realismo?*, in *Quadrimestre*, 1991, 473 ss.; R. Pardolesi, *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, in *Foro it.*, 1993, 1 ss.; Id., *Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. critica dir. privato*, 1996, 451 ss.; M. Grillo, *Introduzione a Coase*, in *Impresa mercato e diritto* Bologna, 1995, 7 ss.; Id., *Lo snobismo degli economisti e il rifiuto del dialogo con i giuristi. Una risposta a Guido Alpa*, in *Economia e dir. del terziario*, 1996, 751 ss.; A. Chiancone, D. Porrini, *Lezioni di analisi economica del diritto*, Torino, 1996; G. Alpa, *Lo snobismo degli economisti e il rifiuto del dialogo con i giuristi (a proposito dell'introduzione alla versione italiana di «Impresa, mercato e diritto» di R.H. Coase)*, in *Economia e dir. del terziario*, 1996, 745 ss.; G. Alpa, A. Giampieri, *Analisi economica del diritto e analisi del metodo: la questione del danno contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, 717 ss.; A. Gambaro, *L'analisi economica e la ricerca della logica proprietaria*, in *Riv. critica dir. privato*, 1996, 235 ss.; L.A. Franzoni, *L'analisi economica del diritto. Un'introduzione*, Roma, 1997; F. Parisi, G. Giacobbe (a cura di), *Analisi economica e libertà contrattuali*, Milano, 1998; R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999; F. Denozza, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002; G. Bellantuono, P. Iamiceli, *Analisi economica del diritto*, Trento, 2005; P. Ciocca, I. Musu (a cura di), *Economia per il diritto. Saggi introduttivi*, Torino, 2006; G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009; F. Caroccia, R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto: «the Italian job»*, in *For. it.*, 2014, 193 ss. Nella letteratura straniera, tra i tantissimi altri, si rinvia a I. Ehrlich, R. Posner, *An economic analysis of legal rulemaking*, in *Journal of Legal Studies*, 1974, 286 ss.; W.M. Landes, R.A. Posner, *Adjudication as a private good*, in *Journal of Legal Studies*, 1979, 284 ss.; R.D. Cooter, D.L. Rubinfeld, *An economic model of legal discovery*, in *Journal of Legal Studies*, 1994, 435 ss.; W.A. Fischel, *Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics*, Cambridge, 1995; L. Kaplow, S. Shavell, *Economic Analysis of Law*, in *Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business - Discussion Paper 251*, 1999; R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Los Angeles, 2008; K. Matis, *Law and Economics in Europe. Foundations and Applications*, Berlino, 2013; M. Rodi, *Economic Analysis of Public Law*, Berlino, 2022.

⁶ S. Cassese, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 597 ss.

⁷ Si vedano, al riguardo, le riflessioni sviluppata da B. Tonoletti, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, 5 ss.

«efficienza»⁸. Parafrasando la teoria dell'ottimo paretiano, con il correttivo dell'indennizzo compensativo di Kaldor e Hicks⁹, una soluzione dicesi efficiente, in linea di prima approssimazione, quando non può esservene un'altra che, migliorando la condizione di un individuo, non comprometta però quella degli altri, registrandosi un incremento efficientistico soltanto qualora, con l'introduzione di apposite misure, il beneficio conseguito da un individuo sia tale da compensare gli svantaggi subiti da tutti gli altri. È alla luce di queste coordinate di massima che pare dunque interessante approcciare al fenomeno della c.d.

⁸ Il concetto di efficienza è un qualcosa di semplice e allo stesso tempo di complesso. È in certo senso di immediata percezione sensoriale, ma cognitivamente assai sfuggente. Di primo acchito, si è tentati col credere di essere in grado di darne una definizione compiuta, salvo poi accorgersi presto che quella che si riteneva assorbente del tutto è una definizione in grado di cogliere soltanto alcune dimensioni di quello che l'efficienza vale ad indicare. Il perché è intuibile: l'efficienza è poli-settoriale. In economia indica il parametro alla luce del quale misurare il livello di *performance* di un mercato e dei soggetti che vi agiscono. Suole infatti distinguersi tre accezioni di efficienza: l'efficienza produttiva (o efficienza tecnica), l'efficienza allocativa e l'efficienza dinamica. La prima designa la capacità di produrre un determinato *output* al più basso costo; la seconda designa la capacità di indurre i consumatori ad essere disposti a pagare, per l'acquisito di un bene o di un servizio, un prezzo almeno pari al costo di produzione; infine, l'efficienza dinamica designa l'abilità di adattarsi ai mutamenti sociali e tecnologici che interessano i settori nei quali un'impresa si trova ad agire. Per ogni ulteriore approfondimento di questi e altri aspetti si rinvia, per tutti, a J. Black, N. Hashimzade, G. Myles (a cura di), *A Dictionary of Economics*, Oxford, 2013, ove pure si legge che «l'efficienza nel consumo significa allocare i beni tra i consumatori in modo tale che non sia possibile, mediante alcuna riallocazione, migliorare la situazione di alcune persone senza peggiorare la condizione di qualcun altro. L'efficienza nella produzione significa allocare le risorse disponibili tra le industrie in modo che non sia possibile produrre una quantità maggiore di alcuni beni senza produrre meno di altri. L'efficienza nella scelta dei beni da produrre significa scegliere in maniera tale che non sia possibile modificare l'insieme dei beni in modo da far stare meglio alcuni consumatori senza che altri peggiorino». Ma l'efficienza non è soltanto un concetto intrinsecamente economico destinato a trovare applicazione all'interno di ambiti del sapere umano puramente economici. È piuttosto un parametro di cui si è fatto (e continua a farsi) diffuso impiego «sulle» e «per» le organizzazioni pubbliche. In M.R. Rutgers, H. Van Der Meer, *The origins and restriction of efficiency in public administration: Regaining efficiency as the core value of public administration*, in *Administration & Society*, 2010, 755 ss., viene dato conto delle varie definizioni di efficienza pubblica: efficienza come assioma numero uno nella scala dei valori dell'amministrazione, efficienza come rapporto tra *input* e *output*, spese e entrate; efficienza come massimo raggiungimento di un dato fine con determinate risorse; efficienza come capacità di prendere il percorso più breve, il mezzo più economico, verso il raggiungimento degli obiettivi desiderati; efficienza come capacità di produzione di un bene o servizio al minor costo possibile, mantenendo un livello costante di qualità. Senza indugiare oltre, da questa varietà di definizioni — peraltro accolte dalla dottrina italiana — può ai nostri fini ricavarsi un dato: una regolazione giuridica destinata ad incidere sull'organizzazione e sull'azione delle organizzazioni amministrative dicesi efficiente nella misura in cui i principi, i criteri e le regole di cui si compone risultano, strutturalmente e funzionalmente, preordinati a spingerle, incentivandole, a conseguire il miglior risultato possibile con il minor dispendio di risorse. Nella letteratura straniera, tra i moltissimi altri, si vv. D.F. Kettl, *The future of public administration*, in *Journal of Public Affairs Education*, 1999, 127 ss.; C. Grandy, *The efficient public administrator: Pareto and a well-rounded approach to public administration*, in *Public Administration Review*, 2009, 1115 ss.; T.J. Scheer, *Efficiency and the establishment of public administration*, in *ibidem*, 2010, 70 ss. Quanto alla letteratura italiana si rinvia invece, senza alcuna pretesa di esaustività, agli scritti di O. Sepe, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, Milano, 1975; M. Agnoli, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, in *Amm. it.*, 1982, 523 ss.; E. Giudici, *Efficienza ed efficacia*, in L. Caselli (a cura di), *Le parole dell'impresa*, Milano, 1995, 620 ss.; M.V. Lupò Avagliano (a cura di), *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, Milano, 2001; L. Mercati, *Efficienza della pubblica amministrazione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 2144 ss.; G. Amato, R. Garofoli (a cura di), *I tre assi. L'Amministrazione tra democratizzazione, efficientismo e responsabilità*, Roma, 2009; R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016; A. Massera, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 40 ss.; D. Vese, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Milano, 2018.

⁹ J.R. Hicks, *The foundations of welfare economics*, in *Economic Journal*, 1939, 696 ss.; N. Kaldor, *Welfare proposition in economics and interpersonal comparison of utility*, in *Economic Journal*, 1939, 549 ss.

autoproduzione di lavori, beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni, in rapporto al ricorso al mercato dei contratti pubblici.

La storia testimonia che l'uomo ha sempre avvertito, con la fame e la sete, una esigenza insopprimibile: dotarsi di istituzioni capaci di soddisfare esigenze che trascendono la dimensione egoistica insita, in misura più o meno marcata, in ciascun individuo. Si è soliti ritenere che il passaggio dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse¹⁰ abbia determinato — tra le altre cose — l'emergere di nuove istanze e di nuovi bisogni che la monolitica macchina dello Stato non poteva più ignorare. È quindi venuto innescandosi un fenomeno moltiplicatore, nel senso che ai più interessi da curare hanno fatto seguito più e diverse funzioni da esercitare. A sua volta, all'aumento delle funzioni è seguito un incremento delle risorse e dei beni di cui disporre per il corretto esercizio di quelle. Per rimediare è stato avviato (anche) il progressivo avvicinamento dei modi dell'agire pubblico con i modi dell'agire privato. Non più e non solo un fare imperativo. Non più e non solo l'adozione di provvedimenti amministrativi. Ma pure un fare equiordinato, fondato sull'impegno di strumenti privatistici. Tra questi, primo fra tutti, quello del contratto per l'acquisto di beni, di servizi e di forniture¹¹.

Questa narrazione è corretta, ma storicisticamente non proprio completa. La letteratura scientifica ha infatti dato conto di come, per la verità, le commesse pubbliche abbiano una origine decisamente più risalente. In Siria è stata trovata una tavoletta di argilla rossa, risalente tra il 2400 e il 2800 a.C., sulla quale era impresso l'ordine di approvviggiorarsi di 50 vasetti di olio profumato e liscio e di 600 piccoli pesi di grano. Altre prove di arcaiche forme di approvvigionamento riguardano le forniture che venivano richieste, intorno all'800 a.C., alla Cina da una colonia greca. Ancora, negli Stati Uniti, già sul finire del 1800, le legislature statali iniziarono a creare consigli o uffici responsabili degli acquisti¹².

Ciò a dimostrazione che le pubbliche amministrazioni, al fine di disporre dei mezzi necessari, si sono sempre trovate dinanzi ad una scelta comune a quella di qualsiasi altro essere

¹⁰ G. Guarino, «Classi» e «gruppi» nel pensiero di M.S. Giannini e nella realtà contemporanea, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, 1988, 385 ss.; G. Ferrara, Lo «Stato pluriclasse»: un protagonista del «secolo breve», in S. Cassese, G. Guarino (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, 2000, 4 ss.; M.S. Giannini, *Costituzione e Stato pluriclasse*, Intervista di D. Corradini (1980), in *Scritti*, VII, 1977-1983, Milano, 2005, 455 ss.; Id., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.

¹¹ In argomento, tra gli altri, si rinvia a V. Cerulli Irelli, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, 566 ss.; Id., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modalità negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 405 ss. Per ulteriori riflessioni si vv. C. Marzuoli, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393 ss.; M. Mazzamuto, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000; F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000; A. Pioggia, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001; M. Dugato, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, 169 ss.; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; M. Andreis, *Procedimento amministrativo e attività di diritto privato*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, 75 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 661 ss.; Id., *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2008, 5 ss.; V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; L. Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010; B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2013; G. Falcon, B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, 2013.

¹² A.G. Thomas, *Principles of Government Purchasing*, New York, 1919; H.R. Page, *Public Purchasing and Materials Management*, Lexington, 1980; S.N. Sherman, *Government Procurement Management*, Germantown, 1999; K.V. Thai, *Public procurement re-examined*, in *Journal of Public Procurement*, 2001, 9 ss.

razionale: provvedere da sé oppure ricorrere alle prestazioni di altri. Nonostante la regolazione giuridica delle commesse pubbliche sia stata interessata da un atteggiamento iper-regolativo, capace di stravolgerne molti aspetti, siffatta alternativa (esternalizzazione o autoproduzione) non è mai venuta meno. A seconda della sensibilità culturale e politica, di volta in volta dominante, si sono registrate tendenze ora favorevoli al ricorso al mercato, ora all'autoproduzione, e viceversa. Nessuno è però mai giunto a negare la possibilità per le organizzazioni pubbliche di avvalersi delle risorse di strutture organizzative da esse indirizzate e influenzate come fossero degli uffici interni. Tale modo di organizzare i lavori, i servizi e le forniture è quello che solo in epoca più recente è stato indicato col nome di *in house providing*¹³.

La questione giuridica che — da sempre — è al centro di dubbi interpretativi concerne il carattere eccezionale, o meno, della c.d. autoproduzione, rispetto alla esternalizzazione. Le organizzazioni pubbliche debbono, per regola, ritenersi obbligate a ricorrere al mercato e solo, in via eccezionale e derogatoria, a loro strutture domestiche? Oppure possono considerarsi libere di optare per l'una oppure per l'altra modalità di gestione? E quando optano per l'autoproduzione possono considerarsi legittimate a motivare, come sovente debbono fare in altri contesti, quella scelta oppure sono chiamati a giustificarla, tremanti e impauriti, dinnanzi agli occhi severi di una maestra munita di «bacchetta carolina» con una motivazione capace di fargli evitare tremende punizioni? I valori che entrano in rapporto di potenziale tensione sono due: da un lato, la libertà di organizzazione amministrativa; dall'altro lato, la tutela della concorrenza per e nel mercato.

Lo scopo di questo scritto vuole essere quello di tentare di porre in evidenza i profili innovativi dell'art. 7, del nuovo *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 36/2023), dedicato per l'appunto alla autoorganizzazione amministrativa. Si intende cercare di sondare e comprendere se l'impostazione di fondo propugnata dalla Commissione che ha lavorato alla redazione sia stata quella di superare, in termini di efficienza, i timori e la ritrosia che da più parti sono state riservate, specie sotto la previgente disciplina del 2016, alle ipotesi nelle quali i soggetti pubblici preferiscano non andare a suonare al campanello degli operatori economici. In questa prospettiva, la strada che pare più congeniale è quella di prendere l'abbrivio dal fenomeno tradizionalmente considerato opposto alla autoproduzione: la esternalizzazione o, se si preferisce, il ricorso al mercato delle commesse pubbliche. Soltanto dopo averne colto l'anatomia sarà possibile comprendere quella dell'autoproduzione, per poi,

¹³ Sull'autoproduzione, prima della positivizzazione dell'istituto, si vv. G. Greco, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio ed il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1461 ss.; M. Mazzamuto, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Ue*, 2001, 537 ss.; D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2004; F. Dello Sbarba, *Affidamenti in house e società miste: confermata l'incompatibilità tra le due categorie. Discrezionalità riconosciuta all'ente affidante nella scelta del modello di gestione del servizio pubblico locale: una mancata pronuncia*, in *Federalismi.it*, 2006; S. Ferrando, *L'in house providing nel diritto comunitario degli appalti e delle concessioni*, Udine, 2007; G. Della Cananea, *Le alternative all'evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Bologna, 2007, 409 ss.; A. Catricalà, *Affidamenti in house: la posizione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *App. e contratti*, 2008, 54 ss.; F. Goisis, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e i suoi confini*, in *Dir. amm.*, 2008, 579 ss.; S. Colombari, *Il modello in house providing tra mito interno e realtà comunitaria (commento a C.G.A. Sicilia, sez. giurisd., 4 settembre 2007, n. 719)*, in *Urb. e app.*, 2008, 211 ss.; I. Rizzo, *Affidamento in house e controllo analogo: una certezza irraggiungibile? (commento a Cons. di Stato, sez. V, 31 marzo 2009, n. 5082 sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365 sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591)*, in *Urb. e app.*, 2009, 1345 ss.; R. Caranta, *La Corte di giustizia chiarisce i contorni dell'in house pubblico (commento a Corte di giustizia delle Comunità europee, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07)*, in *Giur. it.*, 2009, 1251 ss.; G. Fortuna, *L'in house providing tra diritto interno e diritto dell'Unione europea (nota a margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010)*, in *Giustamm.it*, 2010.

da ultimo, delineare il rapporto tra mercato e *in house providing* e sviluppare alcune argomentazioni a sostegno della pariordinazione di queste due modalità di gestione.

2. L'anatomia del mercato delle commesse pubbliche. La parola «mercato» è di larghissimo uso. E tuttavia non si riscontra una definizione unanime¹⁴. Le cause di questa mancanza sono molteplici; per un verso, la intrinseca valenza polisemica di un termine che deriva dal latino *mercatus*: ossia trafficare; per altro verso, la possibilità di approcciare al tema da plurime e diversissime angolazioni prospettiche, le quali fanno in modo che il termine assurga ad una sorta di assioma inespresso e inesprimibile, buono solo da impiegare quale parametro di riferimento per lo studio di aspetti più circostanziati. In questa sede non interessa ripercorrere, *funditus*, i toni del dibattito registratosi sul che cosa sia il mercato. È sufficiente limitarsi a dire che la letteratura ne restituisce grossomodo quattro grandi concezioni: il «mercato come istituzione», da intendersi come una realtà retta da proprie regole per la determinazione dei prezzi¹⁵; il «mercato come luogo», ossia come un punto (non necessariamente territoriale) in cui due gruppi di soggetti si incontrano per scambiarsi beni e servizi¹⁶; il «mercato come ideologia», vale a dire come arena conflittuale per la massima espressione delle libertà dell'uomo¹⁷; infine, il «mercato come azione sociale», da intendersi quale realtà (fisica o non fisica) basata sull'unico scopo di garantire il soddisfacimento dei bisogni e dei desideri dell'individuo¹⁸.

Non serve, inoltre, prendere posizione a favore dell'una o dell'altra teoretica. Le quattro prefate concezioni del mercato presentano punti di forza e punti di debolezza; aspetti condivisibili e altri meno condivisibili. Certo è che, fatta eccezione per quanti ne sostengono il carattere naturale (il mercato come un fenomeno estraneo al mondo giuridico), grossa parte degli studiosi oscilla tra due tesi non necessariamente antitetiche: taluni concepiscono il mercato esclusivamente come una realtà artificiale creata e funzionante per il tramite di regole dettate da altre istituzioni (*in primis*, lo Stato); altri invece, pur aderendo al carattere artificiale del mercato, ammettono comunque l'esistenza di mercati configurabili come realtà naturali. La prima tesi muove dalla critica a quanti sostengono che il mercato sia una realtà autopoietica¹⁹ e, di risulta, giunge a considerare i mercati come un qualcosa che non esiste *ex*

¹⁴ Come ricorda molto bene M.R. Ferrarese, *Immagini del mercato*, in *Stato e mercato*, 1992, 291 ss., «il concetto di mercato è uno dei più usati dagli economisti. Anche in sociologia e, più in generale, nelle scienze sociali (scienza politica, storia, filosofia), ci si imbatte di frequente in questo termine. Ma ad un uso tanto frequente, ed esteso a discipline diverse, non corrisponde una parallela attenzione data nella letteratura a tale concetto. Generalmente il concetto di mercato viene assunto come un dato carico di riferimenti a pochi e condivisi tratti caratteristici, e viene usato senza ulteriori precisazioni o indagini analitiche. [...] Oltre a questa scarsa attenzione analitica nei confronti del concetto di mercato, un'altra caratteristica appare diffusa: la tendenza a parlare di mercato in maniera spesso allusiva, talora metaforica, e ad indicare con questo termine cose non sempre coincidenti. Il termine «mercato» si rivela insomma polisemico. La polisemia del termine «mercato» risalta ancor più se si pensa al termine «commercio», la cui valenza semantica è enormemente più ristretta: il commercio è un tipo di «pratica» bilaterale, consistente nello scambio di beni, generalmente per fini di lucro».

¹⁵ K. Polanyi, *La grande trasformazione*, Torino, 1974; Id., *La sussistenza dell'uomo. Il ruolo dell'economia nelle società antiche*, Torino, 1983.

¹⁶ W. Neale, *Il mercato nella teoria e nella storia*, in K. Polanyi (a cura di), *Traffici e mercati negli antichi imperi*, Torino, 1978; G. Santini, *Commercio e servizi*, Bologna, 1988.

¹⁷ R. Dahl, *La democrazia economica*, Bologna, 1989.

¹⁸ F. Hirsch, *I limiti sociali allo sviluppo*, Milano, 1981; A.O. Hirschman, *Lealtà, defezione, protesta*, Milano, 1982; Id., *Felicità privata e felicità pubblica*, Bologna, 1983.

¹⁹ G. Alpa, *Il mercato come forma giuridica*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 3, 2015, 212, osserva, con prosa suggestiva e caustica, che quanti si sono lasciati stregare dal concetto della mano invisibile «sono portati a considerare il mercato, o i mercati, come una realtà esterna, dotata di spontaneità, di autopoiesi e di ineluttabilità, alla quale si

nihilo, ma la cui esistenza dipende da altre istituzioni indubbiamente artificiali: le regole giuridiche e la moneta²⁰. La seconda concezione, invece, pur ammettendo il carattere tendenzialmente artificiale dei mercati, quali luoghi che nascono e funzionano grazie a regole e istituti giuridici, non esclude l'esistenza di luoghi «dove c'è il mercato ma non c'è ancora il diritto» (c.d. *grey markets*), ma solo auto-regole formate dagli operatori che in quel luogo si muovono per trafficare²¹. Tali coordinate generali conducono ad una domanda assai ficcante. Quali sono le caratteristiche del mercato dei contratti pubblici? È un luogo dove avvengono degli scambi; su questo non ci sono dubbi. Il volume dei traffici economici che si registrano all'interno di esso rappresenta circa il 13 per cento del PIL dei Paesi OCSE²².

Pur volendo arrivare ad ammettere l'esistenza di mercati naturali (c.d. *grey markets*), quello delle commesse pubbliche costituisce senz'altro il più paradigmatico esempio di «mercato artificiale». Questa è la sua prima grande caratteristica. Tanto che non è azzardato persuadersi del fatto che, prima ancora che fenomeno economico, debba considerarsi un fenomeno procedimentale e organizzativo²³, tutto creato e guidato da principi, regole giuridiche e procedure²⁴. Dire questo, però, equivale a dire poco o nulla di veramente significativo.

applicano le forme giuridiche proprie di una società in un determinato momento storico e in una determinata area geografica; il mercato come una realtà all'interno della quale si nasce, si vive, si lavora, si gioca, si lotta, si muore, come se fosse una porzione della natura, che avrebbe, senza l'intervento dell'uomo, una sua vita propria, frutto delle forze spontanee che si scontrano, che si mescolano, che si placano raggiungendo equilibri, talvolta essendo percorse da tempeste e rivoluzioni, comunque evolventesi secondo proprie logiche, o proprie leggi, che avrebbero il loro corso naturale se non vi fosse l'intervento umano».

²⁰ N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.

²¹ G. Rossi, *Diritto e mercato*, in *Riv. Soc.*, 1998, 1443 ss.

²² OCSE, *Public procurement performance. A framework for measuring efficiency, compliance and strategic goals*, 2023.

²³ Le ragioni tecniche alla base della scelta dei *policy maker* di riempire, quasi soffocare, di regole e criteri il funzionamento del mercato delle commesse pubbliche sono di duplice ordine. La prima fonda sulla c.d. «teoria dell'agenzia o teoria dell'agente», per la quale il diverso livello di informazione di cui dispongono i vertici dell'amministrazione rispetto ai funzionari deputati alla gestione degli approvvigionamenti potrebbe anche indurre questi ad adottare opportunisticamente soluzioni, a loro più convenienti, ma a discapito delle effettive esigenze dell'apparato di cui fanno parte; per evitare simili inconvenienti si è allora pensato di incanalare – secondo un'impostazione weberiana e tayloristica – le scelte e i comportamenti all'interno di sequenze di regole e di criteri sempre più minute, con la paradossale conseguenza di produrre conseguenze perniciose: per dirla col Kelman, la prevalenza dei *contrasints* (l'aderenza ai vincoli formali) sui *goals* (il raggiungimento dell'obiettivo principale per il quale si ricorre al mercato al fine di approvvigionarsi). Sul punto, in argomento, A. Ackere, *The principal/agent paradigm: Its relevance to various functional fields*, in *European Journal of Operational Research*, 1993, 83 ss.; K.J. Arrow, *The economics of agency*, in J. Prattr (a cura di), *Principals and agents: The Structure of business*, Boston, 1985, 37 ss.; J. Boston, J. Martin, P. Pallot, P. Walsh, *Public management: The New Zealand model*, New York, 1996; J. Dilulio, *Principle agents: The cultural bases of behavior in a federal government bureaucracy*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 1994, 277ss; R.A. Posner, *Theories of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1974, 335 ss.; J. Pratt, R. Zeckhauser, *Principals and agents: The structure of business*, Boston, 1985; J. Stiglitz, *Principal and agent*, in J. Eatwell, M. Milgate, P. Newman (a cura di), *The new Palgrave: A dictionary of economics*, Londra, 1987. La seconda ragione – come ricorda G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2023, 289 – risiede invece nel «timore che le amministrazioni, in quanto attori non di mercato, siano naturalmente indotte a comportamenti discriminatori perché istituzionalmente incardinate in un sistema a indirizzo politico e ambientalmente vicine alle pressioni locali (e ciò a prescindere da vicende patologiche)»; per il tramite di un fitta trama di regole si mira, dunque, a ridurre i possibili condizionamenti provenienti da gruppi di pressione e, nondimeno, quelle asimmetrie informative di cui soffrono normalmente i committenti pubblici rispetto agli operatori privati.

²⁴ Nel mercato delle commesse pubbliche possono accedervi soltanto operatori che abbiano determinati requisiti, l'incontro tra la domanda e l'offerta avviene nell'ambito di apposite procedure, la selezione dell'offerta è guidata da taluni criteri, l'esecuzione del contratto è soggetta ad una apposita disciplina, a presidiare sulla corretta gestione delle procedure è preposta una architettura istituzionale fatta di corpi pubblicistici dotati di

Occorre individuare le altre caratteristiche che accompagnano, in certo senso meglio declinandola, la artificialità del mercato in questione.

Gli è, in effetti, che la seconda caratteristica del mercato dei contratti pubblici è quella di essere un «mercato pubblico», ricomprensivo della categoria dei mercati istituzionali (c.d. *institutional market*), nei quali vengono acquistati lavori, beni e servizi diretti al soddisfacimento degli interessi della collettività, come di quella dei mercati governativi (c.d. *government market*), nei quali sono acquistati beni o servizi strumentali al soddisfacimento diretto dei bisogni dell'apparato e, in via mediata, degli interessi della collettività di riferimento. Il carattere pubblico rappresenta una invariante. Non potrà esservi un mercato di contratti pubblici se la domanda di approvvigionamento non provenga da uno di quei soggetti ascrivibili alla categoria delle stazioni appaltanti od enti concedenti (amministrazioni centrali, amministrazioni su-centrali, organismi di diritto pubblico, imprese pubbliche)²⁵.

La terza caratteristica, poi, risiede nell'essere un «mercato poli-teleologico». Nel corso del tempo è passato dall'essere uno spazio di mere negoziazioni finalizzate principalmente (se non esclusivamente) a consentire alle amministrazioni pubbliche dei risparmi di cassa, all'essere un ambito nevralgico dell'intervento pubblico nell'economia. Le amministrazioni che decidono di approvvigionarsi sul mercato non possono considerarsi in una posizione di completa identità con quella di un qualunque contraente privato. Se in presenza di contrattazioni tra privati gli *animal spirits* di keynesiana memoria incontrano pochi ed essenziali limiti, potendo sprigionarsi e sbizzarrirsi, la stessa cosa non può dirsi quando la controparte contrattuale sia una pubblica amministrazione. Quando questa ricorre al mercato non può avere di mira soltanto l'aggiudicazione e l'esecuzione del migliore contratto possibile. Non può seguire, cioè, uno schema comportamentale di tipo piatto e lineare, ma piuttosto uno schema comportamentale a costellazione. Vero è che l'obiettivo principale che i committenti pubblici debbono avere è quello di addivenire al miglior contratto possibile. Ma è pure vero che nel perseguire questo obiettivo debbono tenere in considerazione gli altri che orbitano, inevitabilmente, attorno a quello: p. es., l'integrità e la prevenzione di corrottele, la parità di trattamento tra operatori economici, la valorizzazione di parametri sociali, ambientali e di innovazione tecnologica e, se del caso, l'apertura al commercio internazionale, etc.²⁶.

La quarta caratteristica è quella di essere un «mercato cofanetto» o «mercato veicolo». Quello delle commesse pubbliche è un luogo di incontro di domande pubbliche e di offerta merceologicamente monco, ancorché potenzialmente pluri-merciologico. Considerato isolatamente non è capace di offrire alcunché; vi si potrà trovare soltanto principi, regole e procedure. Ma niente di utile a soddisfare, in via immediata, le esigenze sottese alla domanda pubblica. Questo mercato nasce come privo di capacità intrinsecamente soddisfattive. L'unica sola capacità di cui è dotato è quella modellante. Perché possa acquisire l'attitudine a soddisfare le esigenze dedotte nella domanda occorre un meccanismo di aggancio e di innesto. I lavori, i servizi o le forniture domandati dal soggetto pubblico potranno essere

poteri di coordinamento, monitoraggio e indirizzo (p. es., la Cabina di Regia della Presidenza del Consiglio dei Ministri), di vigilanza, controllo, qualificazione e consultive (p. es., l'ANAC), etc.

²⁵ Il carattere pubblico del mercato emerge (esplicitamente o implicitamente) molto bene in R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012 e, più di recente, in L. Torchia, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 72 ss.

²⁶ Per alcuni interessanti riflessioni, che valgono a confermare tale caratteristica, si vv. O. Martin-Ortega, C.M. O'Brien (a cura di), *Public Procurement and Human Rights: Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer*, Cheltenham-Northampton, 2019; E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza*, Napoli, 2021.

acquisiti soltanto a condizione che i principi, le regole e le procedure che ne costituiscono l'unico vero contenuto vadano ad agganciarsi e ad innestarsi «al» e «sul» sottostante mercato merceologico di riferimento. Avvenuto ciò, andrà a modellare, alle regole sue proprie, le dinamiche mercantili che guidano l'agire degli operatori privati presenti in quel determinato comparto dell'economia.

Infine, la quinta (e probabilmente più importante) caratteristica è quella di essere un «mercato ad attivazione condizionata» e a «funzionamento alternante». In tutti i Paesi dotati di una regolazione sufficientemente matura, il mercato dei contratti pubblici è concepito come un qualcosa che potrebbe, in potenza, restare in una condizione di perenne ibernazione. Le amministrazioni pubbliche — in via teorica — potrebbero non avvertire mai l'esigenza di ricorrere ad operatori economici, optando per una scelta interna. Esercitando quella capacità giuridica generale di cui sono dotate²⁷ potrebbero decidere di eseguire, con proprie strutture, i lavori, i servizi e le forniture di cui abbisognano. Evidentemente è una eventualità che nella realtà pratica è difficile, se non impossibile, che accada sempre e comunque²⁸. Ma resta il fatto (non trascurabile) che il mercato delle commesse pubbliche viene attivandosi solo quando le amministrazioni ritengano di avere bisogno delle prestazioni degli operatori privati. L'intervento pubblico nel settore delle commesse pubbliche risponde quindi ad una logica costitutiva e non correttiva: la domanda pubblica è condizione necessaria affinché le logiche e le dinamiche proprie del mercato delle commesse pubbliche passino da una dimensione letargica ad una dimensione dinamica. Fin tanto che non sussista la domanda pubblica, questo mercato deve considerarsi un prodotto artificiale non auto-efficace, con la conseguenza che tutte le altre modalità gestionali per l'organizzazione dei lavori, dei servizi e delle forniture debbono considerarsi estranee (più che escluse) dall'ambito applicativo della regolazione giuridica dettata per il funzionamento di detto mercato.

3. L'anatomia della autoproduzione nella previgente regolazione dei contratti pubblici (e nelle altre discipline di settore). Quanto si è detto può considerarsi in questa sede bastevole per passare all'anatomia della autoproduzione (c.d. *in house providing*), pretermettendo, o comunque riducendo al minimo, molti degli aspetti ampiamente arati. Ognun sa che l'autoproduzione designa le ipotesi nelle quali le organizzazioni pubbliche decidono di eseguire lavori, servizi o forniture avvalendosi di soggetti da esse controllati, anziché ricorrere, mediante apposite procedure competitive, alle prestazioni che potrebbero essere rese dagli operatori di mercato²⁹. L'origine di questo istituto è relativamente risalente.

²⁷ Tra le prime pronunce con le quali è stata ammessa l'esistenza di una (potenzialmente illimitata) capacità generale delle pubbliche amministrazioni merita di essere segnalata Cons. Stato, Sez. VI, n. 6073/2001, in cui è stata esclusa l'esistenza del divieto per le pubbliche amministrazioni di porre in essere contratti innominati o misti, in quanto «se ciò fosse vero, le amministrazioni non potrebbero addirittura stipulare alcun contratto di tesoreria, che è un contratto atipico (a prescindere dalle specifiche clausole dello stesso). In realtà, pur dovendo le p.a. operare nei limiti consentiti dalla legge, alcuna disposizione vieta alle stesse di operare anche con contratti atipici ed anzi il sempre maggiore utilizzo di strumenti privatistici al fine della realizzazione di bisogni generali di rilievo pubblicistico costituisce una conferma dell'assenza, in astratto, di una limitazione di carattere generale all'autonomia contrattuale dell'amministrazione, anche con riferimento ai contratti atipici».

²⁸ Ciò a causa di diversi fattori: la limitatezza delle risorse finanziarie di cui soffrono gran parte dei soggetti pubblici, la ancora troppo ridotta presenza di uffici attrezzati tecnicamente per provvedere da sé, ma soprattutto la circostanza per la quale le organizzazioni pubbliche non sono tenute a fare il progresso tecnico e tecnologico, quanto piuttosto a promuoverlo con strumenti *lato sensu* di incentivazione alla impresa privata.

²⁹ Tra i moltissimi, si rinvia a A. Bartolini, *La società in house perde il corporate veil: un ritorno all'organo-impresa*, in *Giur. it.*, 2014, 1995 ss.; S. Foà, D. Greco, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, in *Federalismi.it*, 2015; G. Pescatore, *L'inedito modello dell'in house orizzontale*, in

Fu menzionato, per la prima volta, nel *Libro Bianco* sugli appalti del 1998, per poi essere meglio declinato dalla giurisprudenza europea.

Con la celeberrima sentenza *Teckal*, resa dalla Corte di giustizia europea il 18 novembre 1999, si ammise la possibilità di derogare alla evidenza pubblica in tutte le ipotesi in cui fosse stato possibile individuare la contestuale esistenza di due condizioni: il «controllo analogo» esercitato dall'amministrazione committente sul soggetto aggiudicatario; «l'attività prevalentemente» svolta da quest'ultimo in favore della prima³⁰. Già da allora era quindi possibile coglierne la doppia anima: «modulo d'azione», ossia un procedimento amministrativo che conduce il soggetto pubblico — senza esperimento di una gara — ad affidare una commessa pubblica ad un determinato soggetto interno, e «modello organizzativo», ossia un'entità che, per essere assoggettata ad un controllo analogo a quello che la pubblica amministrazione esercita sui propri uffici interni, rende legittima l'attribuzione diretta di una commessa pubblica.

Fino all'ultima generazione di direttive europee, l'autoproduzione era solo un prodotto giurisprudenziale. Non aveva una disciplina positiva. È soltanto all'indomani dell'adozione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE che sono state adottate delle norme che, recependo gran parte degli indirizzi giurisprudenziali frattanto formatasi, hanno introdotto una disciplina puntuale dell'autoproduzione. Il primo veicolo normativo con il quale l'Italia ha recepito la c.d. quarta generazione delle direttive in materia di contratti pubblici è stato l'ormai abrogato d.lgs. n. 50/2016³¹. Invero, l'art. 5 fissava le condizioni

Treccani.it, 2015; C. Volpe, *L'affidamento in house. Questioni aperte sulla disciplina applicabile*, in *Giustamm.it*, 2014; C. Contessa, *Lo stato dell'arte in tema di affidamenti in house*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2015; D. Andracchio, *Lo Stato autoproduttore. Dalle origini giurisprudenziali alla codificazione dell'in house providing*, in *Rass. Avv. St.*, 2016, 171 ss.; M. Pizzi, *Affidamenti in house*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, 743 ss.

³⁰ La sentenza *Teckal* ha poi inaugurato una lunga stagione di arresti giurisprudenziali preordinati a meglio perimetrare il contenuto dei due requisiti dell'*in house providing*. Solo per citarne alcune delle più significative, si possono ricordare, in stretta linea di progressione cronologica, la sentenza *Stadt Halle*, sull'esclusione del capitale privato, la sentenza *Coname*, sulla partecipazione esigua al capitale sociale, la sentenza *Carbotermo*, sull'affidamento *in house* indiretto, la sentenza *Asemfo*, sul controllo analogo congiunto, etc. La combinazione degli elementi elaborati dalla giurisprudenza europea e nazionale aveva restituito delle precise coordinate in punto di controllo analogo e di attività prevalente. Il primo poteva intendersi integrato allorché «a) lo statuto dell'ente affidatario della commessa non consenta che una quota del capitale sociale possa essere alienata a soggetti privati; b) il consiglio di amministrazione abbia rilevanti poteri gestionali ed all'ente affidante sia consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli riconosciuti dal diritto societario alla maggioranza sociale; c) l'ente affidatario non possa acquisire una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente affidante attraverso, tra l'altro, la possibilità dell'ampliamento dell'oggetto sociale, l'apertura di capitali, l'espansione territoriale dell'attività sociale; d) le più importanti decisioni degli organi societari siano sottoposti al vaglio preventivo dell'ente affidante». Il secondo, invece, ricorreva tutte le volte in cui l'ente domestico al quale era stata affidata, senza applicazione delle norme sul mercato dei contratti pubblici, la commessa «si fosse astenuto dall'espletare le sue attività in favore di soggetti diversi rispetto alla pubblica amministrazione controllante ovvero qualora li espletasse in favore di soggetti diversi rispetto all'amministrazione controllante, ma in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, ed in ogni caso non fuori dalla competenza territoriale dell'ente controllante».

³¹ Tralasciando i numerosi scritti dedicati a specifici istituti, per una analisi complessiva delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici del 2016 ci si limita a rinviare a G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Bologna, 2017; L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017; M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019; M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019; R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge sblocca cantieri*, Bologna, 2020; F. Caringella, *Manuale dei contratti pubblici. Principi e applicazione*, Roma, 2019; F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2019; F. Sciarretta (a cura di), *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: frammenti di disciplina tra approccio europeo e logiche nazionali*, Bologna, 2021; F. Armenante, *Le*

generali degli affidamenti *in house*. In primo luogo, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avrebbero dovuto esercitare sulla persona giuridica affidataria una influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, sia sulle decisioni significative della persona giuridica affidataria. In secondo luogo, oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica affidataria dovevano essere effettuate nello svolgimento dei compiti affidatele dall'amministrazione controllante o da altre persone giuridiche comunque controllate da quest'ultima. In terzo luogo, nella persona giuridica affidataria non doveva esservi alcuna partecipazione di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione che non comportassero un controllo o un potere di veto³². Al contempo, la previgente disciplina aveva introdotto, all'art. 192, un peculiare «meccanismo amministrativo di vigilanza-controllo» sugli affidamenti *in house* sottoposto al governato dall'ANAC. Innanzitutto, le amministrazioni che intendessero effettuare affidamenti *in house* dovevano domandare l'iscrizione in un apposito elenco tenuto dall'ANAC³³. Di poi, era contemplato un duplice obbligo: l'obbligo di compiere una preventiva valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house* e l'obbligo di una motivazione rafforzata, dovendo dare conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

Sino a qui la disciplina dei contratti pubblici. L'evoluzione della disciplina nazionale sull'*in house providing* non si è, però, esaurita nel codice dei contratti pubblici del 2016. È continuata, piuttosto, per effetto di altri due testi legislativi: l'uno che guarda all'*in house* nella sua dimensione di «modello organizzativo», l'altro nella sua dimensione di «modello gestionale». Il primo di essi è il d.lgs. n. 175/2016, nel quale sono fissati alcuni punti fermi su quella che è la forma giuridica (in larga parte prevalente) delle entità *in house*: quella delle società³⁴. Superato l'indirizzo giurisprudenziale per il quale l'entità domestica (ossia *in house*) si atteggierebbe «alla stregua di un organo od ufficio, privo di soggettività, dell'ente pubblico

procedure di affidamento dei contratti pubblici, Milano, 2020; A. Botto, S. Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020; G. Perulli (a cura di), *Contratti pubblici*, Torino, 2021.

³² Per giunta, alla tradizionale ipotesi di *in house providing*, evocativa del rapporto tra una amministrazione aggiudicatrice che affida direttamente una commessa pubblica ad una persona giuridica (pubblica o privata) governata e indirizzata al pari di un ufficio interno, il previgente codice dei contratti pubblici riproponeva pedissequamente le diverse tipologie di autoproduzione contemplate dalle direttive europee: l'*in house* pluripartecipato, nella quale il controllo analogo sull'entità domestica è esercitato congiuntamente da più amministrazioni aggiudicatrici; l'*in house* indiretto, nel quale l'amministrazione aggiudicatrice esercita, con la intermediazione di una altra persona giuridica comunque controllata, il controllo analogo sull'ente domestico cui è affidata la commessa pubblica; l'*in house* inverso, che invece ricorre quando la commessa pubblica si affida direttamente da una entità domestica all'amministrazione pubblica che esercita il controllo analogo sulla prima; l'*in house* orizzontale, che invece ricorrere allorché la commessa pubblica sia affidata direttamente da un ente domestico ad altro ente domestico, entrambi soggetti al controllo analogo di una medesima amministrazione pubblica.

³³ Cons. Stato, comm. spec., n. 282/2017, ha chiarito che tale una iscrizione non doveva intendersi quale «un atto di iniziativa procedimentale diretto ad assegnare all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore un titolo abilitativo necessario per procedere ad affidamenti diretti, avendo piuttosto una duplice rilevanza: da un lato, consentire *ex se* di procedere all'affidamento senza gara, rendendo operativa in termini di attualità concreta, senza bisogno dell'intermediazione di un'attività provvedimentale preventiva, la legittimazione astratta riconosciuta dal legislatore; dall'altro, innescare una fase di controllo dell'ANAC tesa a verificare la sussistenza dei presupposti soggettivi ai quali la normativa, comunitaria e nazionale, subordina la sottrazione alle regole della competizione e del mercato».

³⁴ In dottrina, anche per la bibliografia ivi richiamata, A. Antonioli, A. Bellavista, M. Corradino, V. Donativi, F. Fracchia, S. Glinianski, A. Maltoni, *Le società in house*, Napoli, 2020.

partecipante»³⁵ in favore dell'opzione secondo cui «la relazione interorganica sussistente tra l'ente pubblico e la società *in house* non incide sull'alterità soggettiva dell'ente societario nei confronti dell'amministrazione, dovendosi mantenere pur sempre separati i due enti (quello pubblico e quello privato) sul piano giuridico formale»³⁶, il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica (TUSP) disciplina l'organizzazione (ribadendo i requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente), l'attività (possono avere come oggetto sociale l'erogazione di servizi di interesse generale, progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma, autoproduzione di beni e servizi strumentali, servizi di committenza) e il regime giuridico di altri rilevanti aspetti (la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato da amministratori e dipendenti, l'assoggettamento alla procedure per le crisi d'impresa)³⁷.

Il secondo, poi, è costituito dal d.lgs. n. 201/2022, recante *Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cui si è giunti dopo un lungo periodo di arresto dovuto alla pronuncia della Corte costituzionale n. 251/2016³⁸. A distanza di qualche anno è stata quindi adottata — con l'art. 8, l.n. 118/2022 — una nuova delega, che ha condotto all'adozione del summenzionato Testo unico dei servizi pubblici locali, contribuendo, non poco, a mettere ordine nella disorganica disciplina che regolava la materia³⁹. A tacer d'altro, la nuova disciplina⁴⁰ contempla quattro modalità di gestione (affidamento a terzi mediante procedura ad evidenza pubblica, affidamento a società mista, affidamento a società *in house*, gestione in

³⁵ Cons. Stato, Sez. II, n. 4728/2020.

³⁶ Cass., Sez. I, n. 5346/2019.

³⁷ Sul tema si vv. G. Meo, A. Nuzzo (a cura di), *Il Testo unico delle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, 165 ss.; AA.VV., *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Milano, 2017, 149 ss.; F. Fimmanò, A. Catricalà, *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, Napoli, 2017; F. Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Milano, 2017; R. Garofoli, A. Zoppini (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Bari; G. Morbidelli, *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2018; C. Ibba, I. Demuro, *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Modena, 2018; R. Miccù (a cura di), *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, Napoli, 2019; F. Fimmanò, A. Catricalà, R. Cantone, *Le società pubbliche*, Napoli, 2020.

³⁸ Con la menzionata pronuncia, la Corte costituzionale, sindacando la legittimità della l. delega n. 241/2016, è giunta a riscontrarne la legittimità nella parte in cui aveva previsto che per il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali fosse sufficiente il parere, piuttosto che l'intesa in sede di Conferenza unificata.

³⁹ La dottrina sull'argomento è sterminata. Senza nessunissima pretesa di esaustività, ci si limita qui a rinviare a D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 51 ss.; M. Cammelli, A. Zirolidi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1997; G. Di Giandomenico, R. Fagnano, G. Ruta (a cura di), *Le società miste locali per la gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1997; M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181 ss.; V. Martelli, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997; G. Di Gaspare, *I servizi pubblici locali verso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 197 ss.; N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; A. Niutta, A. Police, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 477 ss.; F. Trimarchi (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano, 1999; C. San Mauro, *Il servizio pubblico locale: strumenti, organizzazione, gestione*, Milano, 2003; R. Ursi, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 208; E. Scotti, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 938 ss.; L. Ammannati, *La forza espansiva del modello di affidamento in house. Il settore del gas tra assimilazione alla disciplina generale dei servizi pubblici locali e incertezze del modello comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1709 ss.; G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 155 ss. G. Piperata, *Servizi pubblici locali*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5527 ss.; F. Giglioni, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, 2008; M. Passalacqua (a cura di), *Il disordine dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, 2016.

⁴⁰ Per una analisi della nuova disciplina si v. A. Molinerti, *Le nuove regole dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2023, 478 ss. e P. Chirulli, *Il d.lgs. n. 201/2022 e il riordino dei servizi pubblici locali: un inquadramento*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2023, 295 ss.

economia o mediante aziende speciali) e, con specifico riguardo agli affidamenti *in house*, prevede una serie di incombenze (specie, in punto di motivazione della scelta)⁴¹ che imprimono a questa modalità una qualche connotazione di eccezionalità e derogatorietà.

4. Un pendolo continuo: il rapporto tra il ricorso al mercato delle commesse pubbliche e all'*in house* providing. Le considerazioni sino a qui svolte consentono di comprendere un pò di cose sul mercato delle commesse pubbliche e sulla autoproduzione. Da sole non sarebbero, però, in grado di fare chiarezza su quella che — come si è avuto modo di dire all'inizio — è la più problematica questione che viene ponendosi: il rapporto tra il ricorso al mercato e il ricorso alla autoproduzione. La giurisprudenza e la dottrina, complice il legislatore, non hanno mai assunto un atteggiamento univoco. Il contrario, semmai. Dalla sua prima comparsa sino ai giorni nostri, l'autoproduzione è stata concepita, con un fare altalenante, in diversissimi modi rispetto al mercato o, se si preferisce, rispetto alla concorrenza nell'accezione tipicamente stigleriana di «gara»⁴². I modi di intendere l'autoproduzione hanno sempre oscillato tra due punti estremi: ora la si è concepita come modalità ordinaria e non eccezionale, ora come soluzione derogatoria e residuale, ora come opzione di base, ora come modalità solo tendenzialmente parificata alla gara, ora come soluzione subordinata e secondaria, ora ancora come antecedente logico rispetto a qualsiasi altra soluzione⁴³.

I motivi di questa claudicanza risiedono nella assoluta rilevanza dei valori coinvolti: da un lato, il principio della libera organizzazione delle autorità pubbliche e, dall'altro lato, il principio della concorrenza⁴⁴. L'uno e l'altro sono riconosciuti dall'ordinamento europeo, ma

⁴¹ In primo luogo, l'obbligo (per gli affidamenti di importo superiore alle soglie comunitarie) di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni *in house*. In secondo luogo, l'obbligo (per i servizi pubblici a rete) di adottare un asseverato piano economico-finanziario che contenga la proiezione dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, nonché la specificazione dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento, da aggiornare ogni triennio.

⁴² G. Stigler, *Perfect Competition, Historically Contemplated*, in *Journal of Political Economy*, 1957, 150 ss.

⁴³ A mero titolo esemplificativo, TAR Lombardia, Sez. I, n. 329/2021, ha sancito che «l'art. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016 colloca gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara d'appalto, consentendo tali affidamenti solo in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché imponendo comunque all'Amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento. Tale preferenza riservata all'evidenza pubblica, peraltro, è stata ritenuta non contrastare né con il diritto dell'Unione Europea né con la Carta Costituzionale. Invero, la Corte di Giustizia ha chiarito che, come il diritto dell'Unione Europea non obbliga gli Stati membri a esternalizzare la prestazione dei servizi, così non li obbliga a ricorrere sempre e comunque all'autoproduzione, ben potendo questa essere subordinata dal legislatore nazionale ad una serie di ulteriori condizioni». All'opposto, Cons. Stato, Sez. VI, n. 762/2013; Cons. Stato, Sez. V, n. 257/2015; Cons. Stato, Sez. V, n. 3554/2017, hanno ritenuto che l'*in house providing* costituisca una modalità ordinaria e non eccezionale.

⁴⁴ Il primo si sostanzia nella possibilità delle organizzazioni pubbliche di decidere liberamente il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi scegliendo tra diverse opzioni: avvalersi delle proprie risorse, agendo in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o conferendoli ad operatori economici esterni. Il secondo invece implica la massima partecipazione possibile, in condizioni di parità, pubblicità e trasparenza, degli operatori privati che possono rendere le prestazioni domandate dall'amministrazione pubblica. In dottrina, G. Urbano, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing, tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in *Amministrazione in cammino*, luiss.it, 2012.

la loro contemperazione non è agevole, dal momento che la concorrenza per il mercato non può aversi, per evidenti ragioni logiche, le volte in cui le amministrazioni optano per l'*in house*. Nell'intento quindi di trovare un punto di equilibrio, ci si è sbizzarriti non poco. L'orientamento che sostiene il carattere ordinario dell'*in house providing* osserva che nel diritto europeo l'autoproduzione e l'esternalizzazione sono poste sullo stesso piano e l'alternativa tra le due opzioni è rimessa al prudente apprezzamento delle singole amministrazioni, tanto che la decisione di ricorrere ad una struttura controllata sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente illogica, irragionevole e arbitraria. Sia pure con qualche voce discorde, secondo cui l'*in house* era da considerarsi una eccezione alla gara, questa è stata la tesi dominante fino all'adozione nel 2016 del *Codice dei contratti pubblici*⁴⁵. Per converso, all'indomani della sua adozione, la tesi che è venuta, via via, prendendo piede è stata quella secondo cui l'*in house* costituisse una soluzione derogatoria, subordinata ed eccezionale rispetto alla esternalizzazione. E questo sebbene le direttive europee del 2014 abbiano chiarito che nessuna delle disposizioni obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di lavori, beni e servizi.

Che cosa ha determinato questo mutato atteggiamento? La risposta sta nell'obbligo di motivazione rafforzata e stringente che era imposto dalla previgente disciplina⁴⁶. Il terreno privilegiato su cui è venuto giocandosi il tipo di configurazione (modalità ordinaria ovvero derogatoria) da imprimere all'autoproduzione rispetto alla esternalizzazione ha coinciso con la motivazione (tradizionale ovvero rafforzata) cui obbligare l'amministrazione committente. Ne sono riprova le due pronunce rese — a distanza di poco tempo l'una dall'altra — dal giudice europeo e dal giudice costituzionale. Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia Ue del 6 febbraio 2020, C-89/19 a C-91/19 e alla sentenza della Corte costituzionale n. 100/2020.

Il giudice europeo, pronunciandosi su una questione pregiudiziale con la quale il Consiglio di Stato aveva dubitato della compatibilità euro-unitaria dell'art. 192⁴⁷, ha ritenuto che la

⁴⁵ Cfr. Corte Giust., Sez. IV, sentenza 8 dicembre 2016, C-553/15 nonché Corte Giust., Sez. V, sentenza 8 maggio 2014, C-15/13, con cui si è statuito che «l'obiettivo principale delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici, ossia la libera circolazione delle merci e dei servizi e l'apertura a una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, implica l'obbligo di applicare le norme sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalle direttive pertinenti» e, quindi, «qualsiasi deroga all'applicazione di tale obbligo deve essere interpretata restrittivamente».

⁴⁶ L'iscrizione in un apposito elenco dell'ANAC e l'obbligo di motivare la scelta di ricorrere all'*in house* che erano contemplati sotto il previgente *Codice dei contratti pubblici* hanno indotto Cons. Stato, Sez. III, n. 2102/2021 ad affermare che «l'art. 192, c. 2, del Codice degli appalti pubblici (d. lgs. n. 50/2016) impone che l'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato sia assoggettato a una duplice condizione, che non è richiesta per le altre forme di affidamento dei medesimi servizi: a) l'obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato, posto il carattere secondario e residuale dell'affidamento *in house*, che appare poter essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato fallimento del mercato; b) l'obbligo di indicare gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house*, dato lo sfavore dell'ordinamento italiano verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica, da relegarsi ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara tra imprese».

⁴⁷ Cons. Stato, Sez. V, n. 138/2019, ha osservato come «l'affidamento *in house* è per sua natura una delle forme caratteristiche di internalizzazione e di autoproduzione, così che tale affidamento rappresenterebbe non già un'eccezione residuale, bensì un'opzione di base allo stesso titolo dell'affidamento a terzi mediante gara d'appalto. Anzi, l'*in house* rappresenterebbe una sorta di antecedente logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o di esternalizzazione dei servizi di proprio interesse, dato che un'amministrazione può procedere all'esternalizzazione dell'approvvigionamento di beni, servizi o

normativa europea sui contratti pubblici dovesse essere interpretata nel senso che non osta «a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche contratto *in house*, all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna»⁴⁸. In disparte ogni altra considerazione, è una pronuncia evasiva e affetta da sfumature argomentative intrinsecamente contraddittorie. Pure affermando che allo stesso modo di «come la direttiva non obbliga gli Stati membri a ricorrere a una procedura di appalto pubblico, essa non può obbligare gli Stati membri a ricorrere a un'operazione interna quando non ne sono soddisfatte le condizioni», il giudice europeo si è invero sottratto dall'indagare compiutamente se l'obbligo di motivazione rafforzata finisse, nei fatti, col limitare il ricorso ad una delle modalità attraverso cui le amministrazioni possono liberamente domandare lavori, servizi o forniture (ossia l'autoproduzione) e, di risulta, è giunto con l'imprimere una gerarchia preferenziale tra quelle modalità: la gara quella da preferirsi, mentre le altre (*in house* e cooperazione pubblico-pubblico) la deroga.

Del pari, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 192 del *Codice* del 2016 per violazione, in rapporto all'art. 76 Cost., dell'art. 1, c. 1, lett. a), della l. delega n. 11 del 2016, che pone il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie (cosiddetto *gold plating*), l'ha ritenuta infondata. Nel premettere che «il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive va retamente interpretato in una prospettiva di riduzione degli oneri non necessari, e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali», ha statuito che la disposizione della cui legittimità costituzionale si è dubitato costituisse «espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali»⁴⁹. Diversamente da *decisum* europeo, quello del giudice costituzionale era un esito, in certa misura, prevedibile. Perché? Due elementi su tutti: il primo è che tra le regole non scritte della Corte costituzionale v'è «l'ossessione per il precedente»⁵⁰; il secondo è che, appunto con due precedenti del 2010 e del 2013, il giudice delle leggi aveva statuito la possibilità di «introdurre limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie»⁵¹, in quanto «eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica»⁵².

forniture soltanto una volta che le vie interne dell'autoproduzione o dell'internalizzazione non si siano dimostrate percorribili o utilmente percorribili».

⁴⁸ Per un interessante commento alla pronuncia, B. Mameli, *Il principio di autorganizzazione tra eccezione residuale e opzione di base*, in *Giur. it.*, 2020, 1731 ss.

⁴⁹ In dottrina, si vv. S. Castrovinci Zenna., *Sull'affidamento in house a favore di società a totale partecipazione pubblica nella prospettiva del riparto di giurisdizione tra giudice contabile e giudice ordinario*, in *Giur. comm.*, 2020, 1305 ss.; V. Apicella, A. Paiano, *Il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada: affidamento in house e oneri motivazionali*, in *Munus*, 2021, 159 ss.; M. Paoletti., *Divieto di gold plating e affidamento in house providing: costituzionalmente legittima la previsione dell'obbligo per le Sanzioni appaltanti di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2020; A. Indelicato, *Considerazioni in tema di house providing alla luce della recente pronuncia della Corte costituzionale*, in *amministratoreincammino.luiss.it*, 2020; G. Ruberto, *La disciplina degli affidamenti in house nel d.lgs. n. 50/2016, tra potestà legislativa statale e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2021.

⁵⁰ S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015.

⁵¹ Corte cost., n. 325/2010.

⁵² Corte cost., n. 46/2013.

Ora, nei primi mesi dell'epoca dei grandi cambiamenti imposti dalla ripresa post-pandemica e dall'esigenza di pianificare e programmare con *Milestone* e *Target* le riforme e gli interventi, il fenomeno dell'autoproduzione sembrava dunque vivere una «fase proscrittiva»: non una delle normali modalità attraverso organizzare lavori, servizi e forniture, bensì una modalità derogatoria e subordinata rispetto al ricorso al mercato. Se non fosse che al momento dell'adozione del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR), il Governo ha ritenuto di propugnare un atteggiamento più neutrale. Nelle oltre duecento pagine della prima versione del PNRR italiano il riferimento all'autoproduzione compare cinque volte⁵³. L'approccio riservato è stato modellato sulla base dei settori presi in considerazione: all'atteggiamento più indulgente riservato in materia di concessioni autostradali, ove viene fatto riferimento — si badi — ai presupposti europei dell'autoproduzione, e non già a quelli più stringenti contemplati dal precedente *Codice* del 2016, segue l'atteggiamento più rigido riservato allo stesso nell'ambito dei servizi pubblici locali.

Ma che il mondo delle strutture *in house* non sia stato ostracizzato trova conferma — ove mai ve ne fosse stato bisogno — nella *Governance* del PNRR disegnata dal d.l. n. 77/2021, conv. in l.n. 108/2021 ss.mm.ii.⁵⁴. A parte il «supporto tecnico-operativo» che le amministrazioni nazionali, regionali e locali possono richiedere alle società a prevalente partecipazione pubblica⁵⁵, le stesse possono avvalersi altresì, mediante apposita convenzione, del «supporto tecnico-operativo» delle società *in house*⁵⁶. E cosa viene richiesto, in termini di obblighi motivazionali, per il ricorso alle società *in house*? Una motivazione, certo. Ma una motivazione meno rafforzata di quella imposta dal *Codice* del 2016, stabilendosi che «la motivazione del provvedimento di affidamento dà conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche». Non ci si può non avvedere che, per il supporto tecnico-operativo che le società *in house* possono prestare nell'ambito PNRR,

⁵³ Nella versione originaria del PNRR si fa riferimento all'*in house* quando si propone di «rafforzare la capacità operativa del nuovo Ministero della transizione ecologica, anche consentendo allo stesso di razionalizzare il ricorso all'apporto di società in house, Enti pubblici di ricerca ed altri Enti pubblici operanti nel settore della transizione ecologica»; ancora, quando si propone, «in materia di concessioni autostradali, di prevedere gare competitive per gli affidamenti, fatti salvi i presupposti europei per l'*in house*»; infine, quando si propone «in materia di servizi pubblici, soprattutto locali, di promuovere un intervento di razionalizzazione della normativa, anche prevedendo l'approvazione di un testo unico, che in primo luogo chiarisca il concetto di servizio pubblico e che assicuri — anche nel settore del trasporto pubblico locale — un ricorso più responsabile da parte delle amministrazioni al meccanismo dell'*in house providing*. In questa prospettiva, pur preservandosi la libertà sancita dal diritto europeo di ricorrere a tale strumento di autoproduzione, andranno introdotte specifiche norme finalizzate a imporre all'amministrazione una motivazione anticipata e rafforzata che dia conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, dei benefici della forma dell'*in house* dal punto di vista finanziario e della qualità dei servizi e dei risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in auto-produzione».

⁵⁴ Si v. R. Lo Conte, *L'in house providing come modello di gestione e attuazione dei programmi del PNRR*, in *Dir. e prat. amm.*, 4, 2022, 42 ss.; G. Mocavini, *L'assistenza delle società a partecipazione pubblica nell'attuazione del PNRR*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2022, 728 ss. Più in generale, sulla governance del PNRR, N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, 2022.; A. Conzutti, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, in *Quad. cost.*, 2022, 732 ss.; R. Perez, *L'amministrazione del Piano di ripresa e resilienza*, in *Gior. dir. amm.*, 2022, 595 ss.; G. Piccirilli, *Il PNRR come procedimento euro-nazionale e la "fisarmonica" governativa*, in V. Di Porto, F. Pammolli, A. Piana (a cura di), *La fisarmonica parlamentare tra pandemia e PNRR*, Bologna 2022, 137 ss.; M. Macchia, *La governance del Piano di ripresa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 733 ss.; Id., *L'amministrazione del PNRR: un cambio di paradigma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 445 ss.; V. Bontempi, *L'amministrazione centrale alla prova della governance per il PNRR: attualità e prospettive*, in *Dir. cost.*, 2022, 65 ss.; C. Contessa, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2021, 729 ss.

⁵⁵ Cfr., art. 9, d.l. n. 77/2021, conv. in l.n. 108/2021.

⁵⁶ Cfr., art. 10, d.l. n. 77/2021, conv. in l.n. 108/2021.

l'amministrazione che domanda il loro ausilio non è tenuta a dare conto «dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio», dovendo limitarsi a dare conto del risparmio di tempo e di denaro e, nel fare questo, è altresì agevolata da una precisa indicazione legislativa sul *benchmark* di riferimento: gli *standard* di Consip S.p.A. e delle centrali di committenza regionali.

5. L'autoproduzione nel nuovo Codice dei contratti pubblici. È in questo quadro entropico che si inserisce, in una logica semplificatoria⁵⁷, il nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023⁵⁸. È il frutto di un inteso lavoro svolto dalla Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato, alla quale hanno preso parte magistrati amministrativi, esperti esterni, rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura Generale dello Stato⁵⁹. Il profilo connotato da maggiore portata innovativa è senza dubbio quello di avere codificato i principi che sovrintendono all'intera materia⁶⁰. Tali principi possono distinguersi in due gruppi: da un lato, i principi-cardine (o super-principi), assiologicamente posti su un piano di tendenziale sovraordinazione (i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato) e preordinati ad indirizzare e conformare l'esercizio della funzione di committenza pubblica, nonché a sciogliere le questioni interpretative che le singole disposizioni del codice possono sollevare; dall'altro lato, i principi di dettaglio (i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento, i principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale, il principio di auto-

⁵⁷ In tema di semplificazione della disciplina dei contratti pubblici si v. P. Mantini, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, 2015; A. Police, *Contratti pubblici: tra ultime novità legislative ed esigenze di semplificazione*, in C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015, 175 ss.; C. Contessa, *Dalla legge delega al nuovo Codice: opportunità e profili di criticità*, in C. Contessa, D. Crocco (a cura di), *Codice degli appalti e delle concessioni*, Roma, 2016, 35 ss.; M. Corradino, *Appalti pubblici, flessibilità e semplificazione alla luce delle nuove direttive europee*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, 2016, 577 ss.; G.D. Comporti, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi.it*, 2015; R. De Nictolis, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in AA.VV., *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Milano, 2017, 65 ss.; M. Cozzio, *La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 53 ss.; D. Pappano, *Gli appalti pubblici tra novismo e modernità: una disciplina senza centro di gravità*, in G.M. Caruso, D. D'alessandro, D. Pappano (a cura di), *Contratti delle pubbliche amministrazioni. Questioni attuali*, Torino, 2019, 1 ss.; F. Sciarretta, *Il complesso allineamento del sistema domestico delle commesse pubbliche al modello europeo secondo la logica codificatoria a diritto comune*, in *Dir. econ. (I)*, 2019, 361 ss.; F. Cintioli, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, 2020; M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, in *Dir. econ.*, 2020; L. Donato (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*. Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia, 2020, n. 89.

⁵⁸ In dottrina, si v. M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizainsieme.it*, 21 dicembre 2022; F. Vetrò, G. Lombardo, M. Petrachi, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 55 ss.

⁵⁹ In argomento, tra le prime opere dedicate al nuovo Codice, si v. B. Brunella, M. Mariani, E. Toma, *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Commento al D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Torino, 2023; C. Contessa, P. Del Vecchio, *Codice dei Contratti Pubblici. Annotato articolo per articolo D.lgs. 31 marzo 2023 n. 36*, Napoli, 2023; L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato. D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Milano, 2023.

⁶⁰ G. Morbidelli, *I principi nel codice dei contratti pubblici*, *Introduzione al Convegno di Studi organizzato dalla Fondazione Cesifin su I principi nel codice dei contratti pubblici*, Firenze, 14 aprile 2023; L. Carbone, *La scommessa del Codice dei contratti pubblici e il suo futuro*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023, 5 ss.; F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustizainsieme.it*, 2023; A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 144 ss.; AA.VV., *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023.

organizzazione amministrativa, il principio dell'autonomia contrattuale, il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, il principio di tassatività delle cause di esclusione, il principio della massima partecipazione, nonché il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali). Questi ultimi, a loro volta, possono essere distinti in due sub-gruppi⁶¹: principi-guida dell'amministrazione⁶² e principi-garanzia per gli operatori economici⁶³. Le questioni (teoriche e pratiche) sottese alla codificazione dei principi della materia sono molte e diverse. La dottrina ha già iniziato ad occuparsene e, probabilmente, altre e più profonde riflessioni continueranno ad aversi man a mano che le disposizioni dovranno essere applicate nella realtà fenomenologica. Ai nostri fini non occorre addentrarsi su tali profili. Semmai, una logica di selezione funzionalizzante, autorizza a prendere in considerazione quello che è il principio destinato a costituire il nuovo fondamento giuridico dell'autoproduzione: il principio di auto-organizzazione, che una attenta dottrina ha qualificato icasticamente come «principio recinto», sì da rimarcare la finalità di «segnare il perimetro entro il quale le norme del codice sono destinate a trovare applicazione»⁶⁴.

La norma del nuovo *Codice dei contratti pubblici* che fissa il principio della auto-organizzazione è contenuta nell'art. 7 e si apprezza, anzitutto, sotto il profilo stilistico. Come altre norme del nuovo Codice può infatti dirsi connotata dalla riscoperta di quella vecchia (e apprezzatissima) maniera di fare le leggi di una volta: semplici, chiare, lineari e nient'affatto labirintiche e cervelotiche. Non vi sono né fronzoli, tampoco elementi accidentali che rischiano, per solito, di eclissare gli elementi portanti del costruito normativo e quindi di gustarne la comprensione (interpretativa e applicativa). Basti considerare che a fronte delle 741 parole di cui si componeva l'art. 5 del *Codice dei contratti pubblici* del 2016, l'art. 7 del nuovo *Codice* consta appena 345 parole. Ciò che è stato reso possibile anche per via di un sapiente impiego della tecnica dei rinvii: l'articolo sul principio di auto-organizzazione non ripropone i requisiti dell'*in house* e non declina le diverse tipologie (diretto, pluripartecipato, indiretto, inverso e orizzontale), ma si limita a rinviare, con l'art. 3, c. 1, lett. e) dell'All. I.1 al *Testo unico delle società partecipate* e alle direttive europee.

Non solo la qualità stilistica. Ad essa si affianca pure l'apprezzabilità delle scelte di fondo che la disposizione riflette. Il principio della c.d. auto-organizzazione si sostanzia nel riconoscimento della possibilità di fare ricorso, senza indistinti oneri sovrabbondanti, alla autoproduzione in luogo dello svolgimento di gare. La *ratio* è «quella di determinare un maggiore allineamento del diritto nazionale all'ordinamento dell'Unione, che pone l'autoproduzione e l'esternalizzazione su un piano di tendenziale parità, così superando l'opzione fortemente restrittiva del d.lgs. n. 50/2016». L'enunciazione di massima contenuta nel primo comma segue un ordine di classificazione che pare tutt'altro che casuale⁶⁵. Non è sicuramente un ordine alfabetico, perché altrimenti la cooperazione avrebbe dovuta essere indicata come la seconda delle modalità di organizzazione dei lavori, servizi e forniture. È un ordine logico ed assiologico, che bene si riconnette alla tesi — sostenuta dal Consiglio di Stato nell'ordinanza n. 138/2019 — per la quale «l'*in house providing* rappresenta non

⁶¹ Propone questa distinzione G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., 295.

⁶² Il principio di auto-organizzazione amministrativa e il principio di autonomia contrattuale.

⁶³ Il principio di buona fede di tutela dell'affidamento, il principio di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, il principio di tassatività delle cause di esclusione e il principio di massima partecipazione, il principio di applicazione dei contratti collettivi di settore.

⁶⁴ M. Renna, *I principi*, in S. Fantini, H. Simonetti (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Milano, 2023, 20.

⁶⁵ A mente dell'art. 7, c. 1, d.lgs. n. 36/2023, «le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'autoproduzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea».

un'eccezione residuale, ma una normale opzione di base, al pari dell'affidamento a terzi tramite mercato, al punto che da parte dell'ordinamento dell'UE gli affidamenti *in house* (sostanziale forma di autoproduzione) non sembrano posti in una posizione subordinata rispetto agli affidamenti con gara; al contrario, sembrano rappresentare una sorta di *prius* logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o esternalizzazione dei servizi di proprio interesse»⁶⁶.

Né una simile sequenza sembra essere alterata (*melius*, smentita) dalla sancita solo tendenziale parità tra autoproduzione e ricorso al mercato. Tale tendenzialità non equivale a relegare l'autoproduzione ad ipotesi subordinata rispetto al mercato. Essa implica soltanto — in questo risiedendo l'elemento di differenziazione che determina la sola tendenziale parità con il mercato, anziché la completa parità — il dovere delle amministrazioni di motivare il mancato ricorso al mercato. Ma se sotto la previgente disciplina l'onere di motivazione rafforzato *ex art.* 192 si traduceva in un disincentivo alla autoproduzione, così da relegarla ad ipotesi derogatoria rispetto alla gara, la motivazione richiesta dalla nuova disciplina non ha una valenza disincentivante: suo unico scopo è quello, proprio della motivazione di ogni determinazione amministrativa, di «consentire al cittadino la ricostruzione dell'*iter* logico-giuridico attraverso cui l'amministrazione si è determinata ad adottare un atto, al fine di controllare il corretto esercizio del potere, onde far valere, eventualmente, le proprie ragioni»⁶⁷.

Per vero, la nuova regolazione dei contratti pubblici contempla un duplice livello di complessità della motivazione, sì da rendere la stessa una «motivazione a geometrie variabili» in relazione al tipo di contratto: per i servizi all'utenza sarà necessario dare conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche; diversamente, per i servizi strumentali sarà sufficiente una motivazione più snella con riferimento alla riduzione di tempi e costi sulla base, in linea con quanto previsto dalla disciplina sulla *Governance* del PNRR, di parametri predeterminati e oggettivi di raffronto, quali gli *standard* di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, gli *standard* di mercato⁶⁸.

In perfetta linea di simmetria e corrispondenza con questo «sistema a motivazione duplice», che peraltro ha presupposto la eliminazione del precedente elenco degli affidamenti *in house* tenuto dall'ANAC, si pone il rinvio al Testo unico sui servizi di interesse economico generale di livello locale; le possibili alterazioni della concorrenza cui gli affidamenti *in house* potrebbe dare luogo in tali settori hanno suggerito di continuare ad imporre a queste una motivazione qualificata o rafforzata⁶⁹. Tralasciando le ipotesi di cooperazione pubblico-pubblico, qualche profilo distonico però si coglie là ove si stabilisce che le stazioni appaltanti e gli enti

⁶⁶ Non è un caso che la norma miri a dare attuazione al paradigma dell'amministrazione del fare, in luogo di un'amministrazione che si limita, con l'obbligo di esternalizzazione, a far fare agli altri.

⁶⁷ Tra le tante, TAR Lazio, Roma, Sez. II, n. 7372/2022.

⁶⁸ Il motivo di questa — condivisibile — differenziazione del livello di complessità della motivazione si spiega facile. Mentre la autoproduzione di prestazioni sostanzianti nell'erogazione di beni o servizi all'utenza potrebbe dare luogo a distorsioni della concorrenza nel mercato di riferimento, così che l'amministrazione committente è normale che debba prestare una maggiore attenzione, l'autoproduzione di servizi strumentali all'amministrazione non occasiona, in linea di principio, problemi di questo tipo, indi per cui gli unici aspetti che dovranno essere motivati non possono che attenersi alla risparmio e alle esigenze di celerità.

⁶⁹ Cfr., art. 7, c. 1, n. 36/2023.

concedenti possono affidare direttamente a società *in house* lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato.

Lì per lì potrebbe sembrare un richiamo del tutto innocuo. E in effetti il collegamento tra gli affidamenti *in house* e il principio della fiducia è giustificabilissimo: con l'autoproduzione si riducono le dimensioni della torta cui gli operatori privati possono ambire, indi per cui è indispensabile che i funzionari pubblici assumano — con coerenza, correttezza e professionalità — la decisione di optare per l'autoproduzione in luogo del ricorso al mercato. Qualche problema di coordinamento sembrerebbe porsi, però, con il principio del risultato, che a sua volta implica il rispetto dei «principi di legalità, trasparenza e concorrenza», e con il principio dell'accesso al mercato, che a sua volta implica il rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità. Il richiamo al rispetto dei principi di legalità, di pubblicità e di trasparenza, nonché di proporzionalità era inevitabile, trattandosi di principi generali che sovrintendono a tutta l'azione amministrativa. Le perplessità si appuntano, piuttosto, sull'invocato rispetto dei principi propri del modello della gara, quali il principio di concorrenza e di non discriminazione. Come si coniuga la scelta di porre l'*in house* su un piano di tendenziale parità con il ricorso alla gara con la scelta di prevedere che l'autoproduzione avvenga pure nel rispetto di principi che presuppongono, invece, il ricorso al mercato? A nostro avviso, la spiegazione potrebbe essere molto semplice: intendere il richiamo al rispetto dei principi-cardine come selettivo, anziché come cumulativo⁷⁰.

6. A mò di conclusioni: argomentazioni a sostegno della (corretta) pariordinazione dell'autoproduzione e del ricorso al mercato. La scelta del nuovo Codice dei contratti pubblici di introdurre una disciplina che ponga l'autoproduzione su un piano di parità con il ricorso al mercato⁷¹ appare «efficientisticamente» condivisibile. Non solo e non tanto perché si pone in linea con il diritto positivo europeo. Limitarsi ad una simile constatazione equivarrebbe ad una accettazione passiva; si propugnerebbe una visione eccessivamente positivista delle cose che, come tale, non permetterebbe di cogliere, affondo, le ragioni del perché la tendenziale equiparazione tra i due fenomeni (autoproduzione e ricorso al mercato) sia corretta. Oltre alla simmetria del diritto positivo (europeo e nazionale), sono più e di diversa natura le ragioni che depongono a sostegno della scelta di superare il carattere derogatorio ed eccezionale che era stato impresso all'*in house providing*.

La prima ragione risiede nella corretta concezione dell'autoproduzione come «limite». Non inteso nell'accezione di divieto, piuttosto nella accezione filosofica compendiabile col motto apollineo *medèn àgan* (nulla di troppo). Il concetto di limite (*pèras*) pare sia stato elaborato nella

⁷⁰ Gli affidamenti *in house*, giusto il principio del risultato e il principio della fiducia, debbono sicuramente mirare, in un contesto incentrato sulla fiducia nella lealtà e nelle capacità dei funzionari pubblici, ad ottenere il miglior contratto possibile, mentre i *sub*-principi che questi includono costituiscono il risultato di un «effetto lavina»: sono solo formalmente richiamati, ancorché sostanzialmente destinati a non trovare diretta applicazione. Tale lettura, d'altronde, sembrerebbe essere confermata pure da quegli attenti commentatori che non hanno mancato di osservare come, sebbene «l'art. 7, c. 2, faccia richiamo a tutti i principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, pare evidente che è soprattutto a quello del risultato che l'affidamento *in house* 'rivisitato' volga principalmente il suo sguardo».

⁷¹ Il riferimento alla esternalizzazione è da intendersi, chiaramente, ricomprensivo anche del fenomeno del Partenariato Pubblico-Privato e, in particolare, di uno dei più significativi strumenti attraverso cui realizzare la cooperazione tra pubblica amministrazione e operatori economici: la c.d. finanza di progetto. Per tutti, sull'argomento si v. D. Siclari (a cura di), *Il project financing nel Codice dei contratti pubblici. Problemi e prospettive*, Torino, 2019; Id., *Opere pubbliche e project financing. Fra standardizzazione e tipizzazione contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 591 ss.; Id., *Il ruolo del Partenariato-pubblico privato alla luce del Pnrr*, in M. Passalacqua (a cura di), *Diritti e Mercati nella transizione ecologica e digitale. Studi dedicati a Mauro Giusti*, Padova, 2021, 301 ss.

Magna Grecia del V secolo a.C., ove era inteso come elemento capace di dare all'uomo consapevolezza di sé, di modo da porlo al riparo dalle gustatine connesse al tentativo di un suo improvvido superamento⁷². Proprio questa concezione filosofica di limite si attaglia bene alla tematica che ci occupa. Nel senso che l'*in house providing* costituisce una delle ordinarie opzioni che l'amministrazione è tenuta a considerare, prima delle altre, al fine di capire l'effettiva sua capacità di «fare da sé», con la conseguenza che soltanto dopo avere accertato la sua inidoneità ad autoprodurre sarà tenuta ad astenersi dal superare i propri limiti, domandando, con la gara ad evidenza pubblica, le prestazioni di cui abbisogna agli operatori privati.

La seconda ragione risiede nella corretta concezione del mercato delle commesse pubbliche. Quanti propendono per la configurazione del ricorso al mercato come regola generale muovono — a nostro modo di vedere — da un equivoco di fondo. Quello di considerare il «mercato delle commesse pubbliche» come un contesto merceologico in perenne funzionamento e capace di vivere (con tutti i suoi principi, regole e procedure) di vita propria. Dimenticano, però, che i meccanismi e le dinamiche di questo peculiare mercato si attivano (assumendo un qualificante rilievo giuridico) soltanto nel momento in cui le amministrazioni pubbliche optino per il ricorso alle prestazioni degli operatori privati. È soltanto allora, cioè a dire nel momento in cui si attualizza negli atti della *lex specialis* la domanda pubblica, che i principi, le regole e i meccanismi di questo mercato divengono operativi. Prima di quel momento — come si è già tentato di dire — si trovano in una condizione di ibernazione; potremmo dire di irrilevanza giuridica. Sicché, fino a quando le amministrazioni pubbliche non decidano di attualizzare nella realtà pratica una domanda di commessa pubblica non v'è alcuna regola della disciplina dei contratti pubblici destinata a trovare applicazione, con la conseguenza che tutte le altre diverse modalità di esecuzione di lavori, servizi e forniture non possono che considerarsi una alternativa uguale e contraria e non certo una deroga; deroga che per essere tale presuppone la mancata osservanza di una regola che avrebbe dovuto applicarsi.

La terza ragione risiede nella corretta concezione della funzione di commessa pubblica⁷³. Sempre quanti propendono per la configurazione del ricorso al mercato come regola generale incorrono in un altro equivoco: considerano la commessa pubblica come una tipica forma di intervento pubblico nell'economia, preordinata a sopperire ad un fallimento di mercato. È stato osservato che «man mano che il ricorso al mercato da parte di pubbliche amministrazioni diviene parte rilevante dell'economia pubblica, la ragione per cui l'ordinamento impone alle amministrazioni, che non intendono provvedere da sole ad opere o servizi, di scegliere (con gara pubblica) la controparte con la quale stipulare il contratto non risiede soltanto nella possibilità, per la p.a., di effettuare la scelta più conveniente e di salvaguardare l'imparzialità delle pubbliche amministrazioni, come valore considerato in sé stesso, ma altresì, e inscindibilmente, nella possibilità di promuovere la prosperità collettiva rispettando la libertà d'iniziativa economica e la genuinità della concorrenza». Ovviamente nessuno può negare queste attitudini della domanda del c.d. «Stato banditore»⁷⁴. Epperò non si debbono confondere causa ed effetti. Le commesse pubbliche sono ormai pacificamente

⁷² Per questi e altri interessanti spunti storici si rinvia a F. Raviola, L. Braccesi, *La Magna Grecia*, Bologna, 2008; R. MARANDINO, *Storia della letteratura della Magna Grecia*, Marsala, 2017.

⁷³ Cons. Stato, Sez. V, n. 937/1996.

⁷⁴ M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001.

ascrutte tra le funzioni amministrative⁷⁵. Gli scopi, o per meglio dire gli interessi pubblici, che l'amministrazione committente mira a soddisfare mediante la gara sono quelli, di volta in volta, individuati come meritevoli: p. es., la costruzione di una scuola per soddisfare l'interesse pubblico all'educazione e all'istruzione delle giovani leve, l'acquisito di servizi informatici per soddisfare l'interesse pubblico al corretto svolgimento delle mansioni del personale dipendente, etc. Deriva che quando l'amministrazione decida di indire una gara avrà di mira l'interesse pubblico alla base di quella scelta e non già gli appetiti economici degli operatori economici interessati; il soddisfacimento di quegli interessi, dal quale possono pure derivare positive conseguenze sullo sviluppo economico del Paese, è una conseguenza in certo senso automatica. Ma il solo fatto che alle commesse pubbliche sia correlato, in via indiretta, un effetto leva per lo sviluppo economico e per la diffusione di comportamenti più virtuosi da parte degli operatori non autorizza a snaturare la causa (*rectius*, il fine) per cui le procedure evidenziali sono state pensate: quello di procacciarsi delle prestazioni⁷⁶.

La quarta ragione risiede nella corretta concezione dei benefici che, al pari del ricorso al mercato, anche l'autoproduzione è in grado di apportare. La tesi che colloca la gara su un piano sovraordinato rispetto all'autoproduzione poggia sulla capacità della prima di abbattere i c.d. costi di transazione (p. es., asimmetrie informative, rinegoziazioni, istituzione di meccanismi di controllo). È stato osservato che i costi di transazione possono essere ridotti mediante il ricorso alla gara, in quanto con essa si riesce ad attuare una comparazione delle offerte che stimola i candidati a rivelazioni più sincere nello sforzo di sbaragliare la concorrenza⁷⁷. È fuor d'ogni dubbio che le gare pubbliche permettano effettivamente all'amministrazione di ridurre la situazione di asimmetria informativa in cui si trova rispetto all'operatore privato. Ma questa attitudine non è solo delle gare pubbliche. Il contrario semmai. Per certi versi l'autoproduzione è assai più efficace da questo punto di vista. L'amministrazione che decida di disporre un affidamento diretto in favore di una società che controlla e governa alla stregua di un organo od ufficio interno non avrà problemi di asimmetria, ben potendo conoscere di tutte le informazioni rilevanti connesse alla prestazione oggetto dell'affidamento. Né tantomeno si troverebbe sprovvista di strumenti per ottenere tutte le informazioni necessarie: dai rapporti e dalle relazioni che gli amministratori della società debbono trasmettere al socio alla approvazione del bilancio, dalle relazioni degli organi di controllo che ha diritto ad ottenere alla possibilità di revocare gli amministratori che assolvano correttamente il loro mandato, sino alle azioni di responsabilità esperibili nei confronti dei vertici societari, etc.

La quinta ragione risiede nella corretta concezione dei rischi insiti tanto nella esternalizzazione, quanto nell'autoproduzione. Gli strenui sostenitori del primato della gara sull'autoproduzione adducono la intrinseca capacità delle procedure evidenziali di ridurre i c.d. costi di influenza e il perpetrarsi di possibili condotte corruttive⁷⁸. Anche questa

⁷⁵ Nel volume monotematico AA.VV., *Funzioni Amministrative*, Milano, 2022, è ricompresa anche una voce dedicata proprio alla committenza pubblica di M. Cafagno, *Committenza (servizi di)*, 218 ss.

⁷⁶ Da qui l'assurdità di arrivare ad invocare, sempre e comunque, la gara ad evidenza pubblica in ragione del fatto che attraverso di essa si finisca con l'iniettare in economia delle considerevoli risorse, bollando le modalità alternative (quali l'autoproduzione) a modalità eccezionale, derogatoria, residuale. D'altronde, il principio del risultato fissato dal nuovo Codice dei contratti pubblici non fa che confermare questa lettura: l'amministrazione deve concentrarsi solo ad ottenere il miglior contratto possibile. Si v. inoltre, F. Pubusa, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, Torino, 2022.

⁷⁷ Per una lucida analisi di questi aspetti, si vv. M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, cit.

⁷⁸ Tra le altre, sebbene non recentissime, si vv. Cons. Stato, Sez. II, n. 456/2007; Cons. Stato, Sez. III, n. 2291/2005 e Cons. Stato, Sez. II, n. 298/2015.

argomentazione non risponde, appieno, alla realtà delle cose. Se è vero che il ricorso all'*in house* ha spesso dato luogo ad abusi, alimentati da malsane logiche di poltronificio, è altresì vero che le gare non sono certo un settore immune da corrottele e altre forme deviate (p. es., Mondiali di nuoto di Roma del 2009 il, G8, l'Expo di Milano, il Mose di Venezia, l'A3 Salerno-Reggio Calabria, etc.). A questo riguardo, ci si può limitare a richiamare i dati OCSE, stando i quali il 57 per cento di tutti i casi di corruzione nel settore pubblico sono dovuti alla corruzione negli appalti, nonché le osservazioni dell'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine (UNODC), che rivelano come «una delle attività governative più soggette alla corruzione sono gli appalti pubblici, per via del volume delle transazioni e degli interessi finanziari in gioco, nonché della complessità del processo, della stretta interazione tra funzionari pubblici e imprese e della moltitudine di parti interessate, al punto che in alcuni paesi, l'abuso del processo di spesa pubblica 'è diventato la porta d'accesso alla fortuna'»⁷⁹.

La sesta ragione risiede nella corretta concezione dei vantaggi sottesi dalla concorrenza «nel» e «per» il mercato⁸⁰. Ognun sa che la tutela della concorrenza è uno dei valori portati dell'ordinamento europeo⁸¹. La particolare attenzione riservata alla concorrenza dipende dai benefici che solitamente è in grado di produrre: prezzi più bassi, aumento della qualità dei beni e dei servizi, maggiore possibilità di scelta e, non da ultimo, stimolo all'innovazione. Fin troppo scontato dire che non è chi possa refutare in dubbio un simile capacità del mercato concorrenziale. Ciononostante, sostenere la necessità (quasi l'obbligo) delle amministrazioni committenti di fare ricorso alla gara ad evidenza pubblica perché attraverso la dinamica concorrenziale potrà arrivare ad ottenere (al miglior prezzo possibile) la migliore prestazione possibile, significa ignorare che la concorrenza non è la soluzione adatta a tutte le evenienze. Lo sanno bene i grandi economisti che hanno dedicato non poche fatiche allo studio della concorrenza: Adam Smith, Antoine Cournot, Friedrich von Hayek, Joseph Schumpeter, solo per citarne alcuni. In particolare sono gli studi schumpeteriani⁸² e la moderna teoria della crescita⁸³ ad avere dimostrato che per aversi innovazione, quindi una crescita economica, è necessario che un certo grado di potere di mercato sia nelle mani di solo alcune imprese. Il richiamo a queste teorie economiche non implica — come d'ovvio — una loro pedissequa trasposizione al mondo delle commesse pubbliche. Più semplicemente serve a dimostrare un qualcosa che dovrebbe essere solare: la spinta competitiva, propria della gara ad evidenza pubblica, non è sempre la soluzione migliore, ben potendovi essere soluzioni diverse (come l'autoproduzione), ma non per questo meno apprezzabili. Del resto, a meno che non si voglia arrivare ad ammettere l'esistenza, all'interno dell'*acquis* comunitario, di intrinseche

⁷⁹ Cfr., *Report Public sector corruption*, in www.oecd.org

⁸⁰ Sulla disciplina della concorrenza L. Ammannati (a cura di), *La concorrenza in Europa: sistemi organizzativi e autorità di garanzia*, Padova, 1998; Id., *Diritto antitrust concorrenza e mercati*, Siena, 2000; S. Mezzacapo, *La concorrenza tra regolazione e mercato. Ordine giuridico e processo economico*, Bari, 2004; G. Berti De Marinis, *La disciplina della concorrenza all'interno del mercato dei servizi pubblici economici*, in *Le Corti Umbre*, 2020, 603 ss.

⁸¹ La concorrenza trova infatti il proprio fondamento negli artt. 101-109 TFUE, nel prot. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza, nel reg. (CE) n. 139/2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, negli artt. 37, 106 e 345 TFUE per le imprese pubbliche, negli artt. 14, 59, 93, 106, 107, 108 e 114 TFUE per i servizi pubblici, i servizi di interesse generale e i servizi di interesse economico generale, nel prot. 26 sui servizi di interesse generale, nonché nell'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali.

⁸² Al riguardo, si v. J. Schumpeter, *Teoria dello sviluppo economico*, Firenze, 1977.

⁸³ Sul punto, P. Romer, *Increasing Returns and Long Run Growth and Endogenous Technological Change*, in *Journal of political economy*, 1990, 71 ss.; P.J. Klenov, A. Rodríguez Clare, *The neoclassical revival in growth economics: Has it gone too far?*, in *Macroeconomics Annual*, Cambridge, 1997; P. Aghion, P. Howitt *Endogenous Growth Theory*, Cambridge, 1998; E. Helpman, *The Mystery of Economic Growth*, Cambridge, 2004.

contraddizioni che potrebbero attentare alla sua stessa tenuta, ci sarà pure un motivo se il diritto europeo, che fa della concorrenza uno dei propri valori cardine, ha sempre considerato neutrale la scelta delle amministrazioni di organizzare l'esecuzione di lavori, servizi e forniture mediante gara, autoproduzione ovvero cooperazione pubblico-pubblico.

Infine, la settima ragione risiede nella corretta concezione di quello che è l'apporto che l'autoproduzione può dare al potenziamento della «capacità amministrativa»⁸⁴. In Italia si parla da ormai diversi anni di essa. E lo si fa per indicare un problema: cioè a dire la ridotta attitudine delle organizzazioni pubbliche ad esercitare, con efficienza, efficacia ed economicità, le funzioni cui sono deputate per legge. Nel PNRR si allude più volte alla necessità di rafforzare la capacità amministrativa, la cui debolezza ha «rappresentato un ostacolo al miglioramento dei servizi offerti e agli investimenti pubblici negli ultimi anni»⁸⁵. In quest'ottica sono state finora seguite due linee di azione: per un verso è stato previsto il supporto delle società pubbliche a favore delle amministrazioni; per altro verso si è inteso procedere all'assunzione di nuove e qualificate risorse all'interno delle amministrazioni italiane. Dunque, se si considera che l'autoproduzione induce, inevitabilmente, il perimetro allargato della pubblica amministrazione a «fare da se», piuttosto che «far fare ai privati», non può essere refutato in dubbio che lo strumento dell'autoproduzione può costituire un valido strumento per il potenziamento della capacità amministrativa, implicando l'acquisizione e il trasferimento, all'interno del mondo pubblico, di competenze gestionali, tecniche, tecnologiche che difficilmente si avrebbero ove si imponesse l'obbligo (senza se e senza ma) di eseguire lavori o di prestare servizi o forniture attraverso il ricorso agli operatori economici.

Abstract. È diffusa la convinzione che la c.d. autoproduzione di beni, servizi e forniture sia causa di sprechi e corrottele. Trattasi di una convinzione preconcepita, poiché non sempre avvalorata da dati empirici. E tuttavia ha storicamente portato alla ingegnerizzazione di ostacoli capaci di incentivare i soggetti pubblici a rivolgersi — nella quasi totalità dei casi — al mondo delle imprese. Anche quando avrebbero potuto e dovuto evitarlo. Se non fosse però che simile approccio, animato da una neppure troppo celata idea che le commesse pubbliche costituiscano uno strumento di politica economica per favorire lo sviluppo e la crescita della competitività del Paese, ha finito con l'alimentare proprio uno dei maggiori mali imputati all'amministrazione pubblica: quello di essere inefficiente. Lo scritto intende quindi esaminare la portata della differente relazione nella quale la regolazione giuridica italiana (d.lgs. n. 36/2023) sembra aver voluto inscrivere lo strumento del ricorso al mercato con quello dell'utilizzo di strutture domestiche. La soluzione propugnata appare tesa a sostituire la «fuga forsennata al mercato» con un più equilibrato «ricorso necessitato ad esso». Quante efficienza c'è nella nuova regolazione dell'autoproduzione? Qual è l'anatomia del mercato delle commesse pubbliche? E quella dell'autoproduzione? Quali le ragioni capaci di giustificare, in una prospettiva efficientistica, la pari-ordinazione tra mercato e autoproduzione?

⁸⁴ Della capacità amministrativa sono state offerte diverse definizioni, ma la preferibile è quella per cui designerebbe la capacità delle moderne burocrazie di dotarsi delle risorse economiche e delle conoscenze tecniche e professionali per rispondere alla crescente domanda della società ed esercitare funzioni in grado di soddisfare le mutate esigenze. Tra gli altri, si v. C.K. Ansell, L. Comfort, A. Keller, T. LaPorte, P. Schulman, *The Loss of Capacity in Public Organizations: A Public Administration Challenge*, in *Perspectives on Public Management and Governance*, 2021, 24 ss.; S. Brenton, E. Baekkesvok, A. Hannah, *Policy capacity: evolving theory and missing links*, in *Policy Studies*, 2023, 297 ss.

⁸⁵ Cfr., *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR), 47.

Abstract. There is a widespread belief that the so-called self-production of goods, services and supplies causes waste and corruption. This is a preconceived belief, as it is not always supported by empirical data. And yet it has historically led to the engineering of obstacles capable of encouraging public entities to turn — in almost all cases — to the business world. Even when they could and should have avoided it. If it were not, however, that this approach, animated by a not too hidden idea that public procurement constitutes an instrument of economic policy to encourage the development and growth of the country's competitiveness, ended up fueling one of the greatest evils attributed to the public administration: that of being inefficient. The paper therefore intends to examine the scope of the different relationship in which the Italian legal regulation (decree no. 36/2023) seems to have wanted to include the instrument of recourse to the market with that of the use of domestic structures. The proposed solution appears aimed at replacing the «frantic flight to the market» with a more balanced «necessary recourse to it». How much efficiency is there in the new regulation of self-production? What is the anatomy of the public procurement market? And that of self-production? What are the reasons capable of justifying, from an efficiency perspective, the equal ordering between market and self-production?

Parole chiave. Regolazione giuridica – efficienza regolatoria – anatomia del mercato dei contratti pubblici – anatomia dell'autoproduzione – pariodinazione degli strumenti.

Key words. Legal regulation – regulatory efficiency – anatomy of the public procurement market – anatomy of self-production – equivalence of instruments.

VERSO UN RITORNO ALLO STATO «INTERVENTISTA»?*

di Antonio Saporito**

Sommario. 1. Premessa. – 2. L'intervento pubblico nell'economia alla luce della crisi pandemica ed i riflessi sul piano giuridico. – 3. Il *Next Generation EU* nuovo modello solidaristico europeo. – 4. Il ritorno dello Stato «interventista»? Un cambio di paradigma dopo la crisi pandemica e l'avvento del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*. – 5. Le nuove prospettive dell'intervento pubblico sull'economia. – 6. L'art. 41 Cost. Falsa interpretazione? – 7. Gli interventi normativi italiani a seguito delle nuove prospettive dell'intervento pubblico sull'economia. Il ruolo di Cassa Depositi e Prestiti. – 8. Profili problematici. – 9. Conclusioni.

112

1. Premessa. Fino all'approvazione del Trattato di Maastricht, la dottrina (almeno quella italiana) era ancora segnata profondamente dal problema della compatibilità tra la disciplina costituzionale nazionale in materia economica e la cd. costituzione economica europea. Fino agli anni Settanta, in molti Paesi le politiche di *deficit spending* vennero associate alla costruzione dello Stato sociale, il quale acquisì in Italia un particolare significato dal punto di vista giuridico-costituzionale¹. Se solo in alcuni Paesi costruire lo Stato sociale equivaleva ad attuare la Costituzione (non ad es. nel Regno Unito), fra questi solo l'Italia si era data, nell'immediato dopoguerra, una Costituzione che riconosceva direttamente nel testo i diritti sociali (a differenza di Francia e Germania). Nei dibattiti politico-costituzionali e nelle Assemblee costituenti prevalse così l'idea che ai diritti sociali fosse connaturato l'elemento della prestazione pubblica. Prevalse sulla tesi dei pluralisti, che nei diritti sociali vedevano diritti all'integrazione del singolo nei gruppi o nelle formazioni sociali di appartenenza, secondo una nozione di cittadinanza più ricca, ma meno compatta di quella fondata sulla prestazione pubblica: a parte ogni altra considerazione, tesi simili si confacevano di più a un'epoca di benessere diffuso².

Non è un caso che proprio Maastricht segni un momento di «improvvisa» consapevolezza e presa di coscienza del cambiamento intervenuto. Infatti, fino a quel momento si può dire che nei rapporti tra il disegno delle Comunità europee come «comunità di diritto funzionali» (*Zweckverbaende funktionaler Integration*) all'integrazione dei mercati e un ordinamento costituzionale interno in cui l'attuazione delle disposizioni costituzionali sui diritti sociali veniva concepita prevalentemente in termini di interventi pubblici a sostegno dei più diversi fini sociali o, ancora, attraverso un'idea tradizionale di programmazione economica, come se avesse funzionato una sorta di «divisione del lavoro»³. In questa «divisione del lavoro», peraltro, secondo quello che era l'intento originario dei padri dei Trattati istitutivi delle Comunità europee, la crescita e diffusione del benessere procurata dall'apertura dei mercati

* Sottoposto a referaggio.

** Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo, Docente di Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Bergamo, Docente di Diritto Amministrativo presso le Università Mercatorum e Pegaso.

¹ R. Miccù, *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?*, in *Federalismi.it*, Focus, 10, 2019.

² C. Pinelli, *I rapporti economico-sociali fra Costituzione e Trattati europei*, in C. Pinelli, T. Treu, *La costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, 24-25.

³ R. Miccù, *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?*, cit.

e dalla concorrenza a livello di mercato comune (poi unico) europeo doveva in qualche misura servire proprio come «garanzia» per l'autonoma gestione dei *welfare* nazionali da parte dei Paesi membri⁴.

La crisi economico-finanziaria che ha investito i debiti sovrani di Stati membri dell'Unione segna una ulteriore nuova fase. La nuova forma di assistenza finanziaria che emerge nel periodo della crisi economico-finanziaria, aggiungendo una terza fonte di finanziamento (quella della Banca Centrale Europea), ha sconvolto questo paradigma e ha innescato quella serie di mutamenti costituzionali.

Dal momento che le procedure di bilancio nazionali e i tassi di interesse non erano più meccanismi di controllo sufficienti, le istituzioni politiche dell'Unione e la Corte di giustizia hanno dovuto elaborare nuovi strumenti per eliminare il pericolo di quello che gli economisti chiamano *moral hazard*⁵. La condizionalità, cioè la previsione di requisiti politici per finanziare i trasferimenti, è diventata un nuovo, fondamentale, strumento di controllo, dettato appunto dai rischi di azzardo morale nella zona-Euro da parte di alcuni Stati membri⁶.

Poiché le misure presenti all'interno del Trattato si sono rivelate poco efficaci nel contrastare la crisi finanziaria, è stato necessario, da parte delle Istituzioni economiche europee e della Banca Centrale Europea, introdurre nuovi strumenti come, ad esempio, i meccanismi di assistenza finanziaria, in collaborazione con il Fondo Monetario Internazionale⁷, che hanno di fatto modificato l'assetto dei principi costituzionali europei⁸.

In sostanza, la trasformazione del paradigma economico di Maastricht non è avvenuta in relazione ad un progetto lineare e prestabilito, ma a causa della necessità di colmare le lacune presenti al suo interno.

Una nuova fase, la terza, è quella che stiamo attraversando oggi. Infatti la pandemia da *SARS-CoV-2* ha messo in crisi il sistema tradizionale basato sul pareggio di bilancio e le misure economiche introdotte per combatterla testimoniano un cambio di paradigma dell'agire europeo, che proveremo ad analizzare, in modo particolare concentrandosi sui mutamenti delle politiche economiche pubbliche che ne potrebbero derivare.

2. L'intervento pubblico nell'economia alla luce della crisi pandemica ed i riflessi sul piano giuridico. Con l'avvento della crisi pandemica nel nostro Paese si è assistito ad un cambiamento notevole del paradigma della politica industriale contrassegnata, oggi più che mai, dal costante intervento dello Stato nell'economia anche alla luce dell'ampiezza degli interventi previsti dal *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (d'ora in avanti anche il PNRR o il *Piano*), difficilmente confinabili negli interventi a cui ci hanno abituato le politiche degli ultimi decenni⁹.

⁴ S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2002, 17 ss.

⁵ In generale, l'azzardo morale descrive la distorsione degli incentivi ad agire in un certo modo in dipendenza del fatto che i costi della propria condotta sono sopportati in ultima analisi da un'altra persona – in termini economici – sono, cioè, esternalizzati.

⁶ Sulla condizionalità cfr. da ultimo A. Baraggia, *La condizionalità come strumento di governo negli Stati compositi Una comparazione tra Stati Uniti, Canada e Unione Europea*, Torino, 2023.

⁷ Scopo principale del Fondo è quello di favorire la cooperazione monetaria internazionale, gli scambi commerciali e, attraverso opportune garanzie, può rendere disponibili per gli Stati membri risorse economiche per affrontare eventuali difficoltà.

⁸ R. Miccù, *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?*, cit.

⁹ G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022; Id., *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna, 2015; C. Colapietro, *La forma di Stato e di Governo Italiana alla "prova" del piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Rivista AIC*, 3, 2022; N. Lupo, *Next Generation EU e sviluppi costituzionali dell'integrazione europea: verso un nuovo metodo di governo*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2022; F. Polacchini, *I riflessi del Pnrr sulla forma di governo e sui processi di*

Pertanto tenendo conto delle aree di intervento del Piano, secondo parte della dottrina, è indispensabile proiettare gli effetti che lo stesso produrrà nel rapporto fra Stato¹⁰ e mercato, cercando una nuova chiave di lettura che permetta di analizzarne la sua evoluzione¹¹.

La crisi pandemica ha ridisegnato i confini dell'intervento dello Stato nell'economia fino al punto da riconoscere allo stesso una pluralità di ruoli (di finanziatore, imprenditore e salvatore) che testimoniano il preponderante avanzare dell'intervento pubblico nell'economia¹².

D'altra parte, però, anche alla luce degli eventi che hanno caratterizzato i decenni che precedono sarà necessario garantire che l'intervento dello Stato nell'economia non incorra negli errori del passato ostacolando il cambiamento, ma bisognerà concentrarsi sulla qualità dell'intervento statale che da un lato deve essere in grado di preservare i benefici e le opportunità di mercati concorrenziali e dall'altro di promuovere politiche pubbliche di supporto all'economia di mercato quanto questa non riesce a tutelare i diritti e i valori pubblici¹³.

A seguito dell'emergenza pandemica, gli scenari che si prospettano si modellano sulla necessità di abbandonare l'idea di uno Stato imprenditore che interviene sull'economia, nonché quella di uno Stato regolatore che interviene fondamentalmente per stabilire le regole di settori cruciali del mercato, per aderire, invece, all'idea di uno Stato che promuove l'innovazione convogliando interventi di operatori ed investitori privati su progetti di lungo respiro che coinvolgano settori strategici per lo sviluppo e la crescita, mettendo al centro l'economia sociale. D'altronde *Forsthoff* notava come l'espansione dell'intervento pubblico nell'odierna forma di Stato può essere sinonimo di debolezza o di forza, ma quasi sempre si inverte la prima alternativa: lo Stato è invocato come «salvatore in situazioni che la società non può gestire con le proprie forze, [...] [ma è] dominato da quelle stesse forze che agiscono a

indirizzo politico, in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2022; F. Scuto, *L'intervento pubblico nell'economia tra Costituzione economica e Next Generation EU*, in *Federalismi.it*, 1, 2022; A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana: un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, in *Federalismi.it*, 18, 2021, 257 ss. Sull'intervento pubblico nell'economia cfr. G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2017; M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016; M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, Milano, 2013; N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, edizione ampliata nel 2003 e nel 2016; G. Di Plinio, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1998; P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996; Id., *Determinazione dei prezzi e libertà d'impresa*, Padova 1986; M. Luciani, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto*, IV ed., *Discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990.

¹⁰ Sul ritorno dell'intervento pubblico e della statualità vedasi da ultimo, nell'analisi degli effetti della pandemia sull'intervento pubblico, senza pretesa di esaustività: A. Patroni Griffi (a cura di) *Next Generation EU e PNRR: il futuro dell'Europa e del Mezzogiorno*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2023; Id. *Next Generation EU e PNRR: «nuova» Europa, «vecchia» Italia*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2023; A. Napolitano, *Il ritorno dello Stato nell'economia per una (definitiva?) consacrazione di un'Europa sociale*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2023; A. Sandulli, *Le nuove coordinate dell'intervento pubblico in economia*, in *Munus*, P. V-XIII, 2023; F. Bilancia, *Intervento politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022; F. Salmoni, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021; A. Cantaro, *Potenza e onnipotenza del sovranismo europeo. Pandemia e tecnocrazia*, in *Federalismi.it*, 6, 2021; A. Napolitano, *Il ritorno decisivo dello Stato imprenditore. Dalla nazionalizzazione di Alitalia alla estensione dei c.d. golden powers*, in *Dir. pubbl. eur.*, 2, 2020.

¹¹ I. Visco, *Considerazioni finali del Governatore*, Relazione annuale, 2020, centoventisettesimo esercizio, Roma 2021; M. Mazzucato, *Lo Stato innovatore*, Roma-Bari, 2014.

¹² A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana: un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, cit.; G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11, 2008, 1083 ss.

¹³ F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo*, Torino, 2022, 19 ss.; A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana: un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, cit.

livello sociale»¹⁴.

Lo Stato regolatore presuppone un ordinamento costituzionale ispirato al modello della democrazia liberale che prevede l'esistenza di un sistema articolato di pesi e contrappesi volti a evitare la tirannia della maggioranza uscita vincitrice in una competizione elettorale. Questo processo è stato indotto nel nostro Paese in seguito al recepimento di una serie di direttive europee di liberalizzazione emanate nei settori dei grandi servizi pubblici nazionali, smantellando il sistema dei monopoli legali, consentiti dall'art. 43 Cost., che per un lungo arco temporale aveva visto come protagoniste le aziende di Stato e gli enti pubblici economici nella veste di operatori unici¹⁵.

La nuova idea di Stato promotore (in realtà attuatore di politiche eurounitarie) implica il superamento di quei nodi strutturali che nel PNRR sono considerati precondizioni per la sua stessa realizzazione, a partire proprio dalle regole di funzionamento delle pubbliche amministrazioni e dalle altre condizioni abilitanti¹⁶.

È evidente che sta cominciando a farsi strada l'idea di un cambiamento del rapporto fra Stato ed economia anche a seguito dell'influenza dell'Unione europea¹⁷, la quale sta suggerendo vivamente l'intervento pubblico nell'economia dopo un percorso durato decenni durante il quale si è cercato di limitarlo, ma la Ue ha cambiato rotta rispetto al passato fino al punto di sostenere fortemente l'intervento dello Stato¹⁸. Infatti, già a partire dai primi anni Novanta del secolo scorso il ruolo dello Stato nell'economia subì una significativa trasformazione che comportò un allontanamento dal modello dell'economia mista su cui si era basata sino a quel momento l'esperienza repubblicana. Un modello che si proponeva di dare attuazione alle disposizioni costituzionali previste dalla c.d. Costituzione economica¹⁹ ed in *primis* dall'art. 41

¹⁴ E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft* (1971), ripreso da G. Cataldo, *Lo stato, interventista ma non troppo, di fronte all'emergenza energetica ed alle opportunità offerte dagli artt.41 e 43 cost.: il caso degli idrocarburi*, in *Consulta online*, III, 2022.

¹⁵ M. Clarich, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 1, 2018.

¹⁶ A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana: un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, cit. A sostegno della funzione di Stato promotore vedasi: S. Screpanti, A. Vigeri, *L'intervento pubblico per il sostegno, la promozione e il rilancio degli investimenti in infrastrutture e opere pubbliche*, in F. Bassanini, G. Napolitano, L. Torchia, (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia* Bologna, 2021.

¹⁷ Sul rapporto economico tra lo Stato e l'Unione Europea Cfr. G. L. Tosato, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3, 2012, 681 ss.; G. Guarino, *L'Europa imperfetta. Ue: problemi, analisi, prospettive*, in ID., *Diritto ed economia. L'Italia, l'Europa, il mondo*, in *Quaderni di Economia italiana*, 2011, 225 ss.; G. Maestro Buelga, *La crisi dell'integrazione economica e costituzionale*, in AA. VV., *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione. L'integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Torino, 2010, 33 ss.; T. Padoa-Schioppa, *L'Europa verso l'Unione monetaria. Dallo Sme al Trattato di Maastricht*, Torino, 1992.

¹⁸ F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica*, cit., 20 ss. Cfr. altresì N. Irti, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni*, in P. Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia – saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, 31 e ss.; E. Cianci, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Milano, 1977.

¹⁹ Sulla Costituzione economica Cfr. S. Cassese (a cura di), *La Nuova Costituzione Economica*, Roma-Bari – 2021; Id., *La Costituzione economica europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl.*, 6, 2001, 907; Id., *La nuova costituzione economica*; P. Bilancia (a cura di), *Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione*, in *Federalismi.it*, numero speciale 5, 2019; G. Pitruzzella, *La costituzione economica europea, un mercato regolato e corretto, nulla a che vedere con il fondamentalismo di mercato*, in *Federalismi.it*, 16, 2018; A. Guazzarotti, *Quanto è pluralista la Costituzione economica europea? Si prega di riformulare la domanda*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 362 ss.; G. Di Plinio, *La velocità delle costituzioni economiche tra passato e presente*, in Ciancio A. (a cura di), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, Torino, 2017, 207 ss.; R. Bin, P. Caretti, G. Pitruzzella, *Profili costituzionali dell'Unione Europea: processo costituente e governance economica*, Bologna, 2015, 330 ss.; A. Giovannelli (a cura di), *Aspetti della governance economica nell'UE e in alcuni Stati dell'Unione*, Torino, 2014; F. Monceri, *Servizi pubblici e istanze sociali nella Costituzione economica europea*, Firenze 2011; G. Rivosecchi, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova,

della Costituzione, attraverso una particolare commistione di intervento pubblico ed economia di mercato che ha avuto negli enti di gestione delle partecipazioni statali, e in special modo nell'Istituto per la Ricostruzione Industriale – IRI, il suo principale strumento di realizzazione²⁰.

È stato, infatti, nell'immediato dopoguerra che il nostro Paese decise di dare seguito all'azionariato di Stato che fu espressione della Costituzione economica, e, grazie al quale, fu possibile avviare il processo di ricostruzione industriale ed economica del Paese. È bene ricordare, a tal proposito, che lo Stato attraverso l'IRI poteva operare in un contesto di mercato fondato sul controllo di alcuni settori come quello della siderurgia, trasporti, banche e servizi telefonici²¹.

La credibilità dell'azionariato di Stato, tuttavia, cominciò lentamente a scemare alla fine degli anni settanta per essere ancora più marcata nel decennio successivo fino ad approdare all'inizio degli anni novanta, quando, l'azionariato di Stato ed in generale l'intervento pubblico nell'economia, repentinamente passarono ad esser considerati da forza propulsiva del miracolo italiano, a simbolo di inefficienza del sistema di economia sociale di mercato²².

2007; A. Villafranca (a cura di), *Le sfide della governance economica europea*, Bologna, 2007. Cfr. altresì R. Miccù, «Economia e costituzione»: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, in *Quaderni del pluralismo*, 1996, 7; Id., *The Economic Governance in the Constitution for Europe*, in I. Pernice, M. P. Maduro, *A Constitution for the European Union: First Comments on the 2003-Draft of the European Convention*, in *Nomos*, Baden-Baden, 2003; Id. *Dimensioni dell'identità costituzionale europea e recesso dall'Unione*, in M.A. Garcia Herrera (a cura di), *XXV Anniversario de la Constitution Española*, Madrid (paper), 2004; Id. *Il costituzionalismo europeo e la sfida delle identità costituzionali nazionali*, in A.A.V.V., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010; Id. *Lo Stato regolatore e la nuova costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. Chirulli, R. Miccù (a cura di), *Il modello europeo di regolazione*. Atti della giornata di studio in onore del prof. Salvatore Cattaneo, Napoli, 2010; Id. *Costituzionalizzare l'economia all'epoca della crisi. Note brevi sui deficit dell'UE e sulle sfide del governo economico sovranazionale*, in F. Angelini, M. Benvenuti, *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, 2012; Id. *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo programma?*, in *Federalismi.it*, 5, 2019. L'A., in più occasioni, evidenziato che il principale contributo alla formulazione di una nozione formale di costituzione economica (intesa come l'insieme delle norme costituzionali riguardanti i rapporti economici) ed al suo approfondimento sia venuto dalla cultura giuspubblicistica tedesca. Quest'ultima ha affondato le sue radici nella corrente dottrinale dell'ordoliberalismo della c.d. scuola di Friburgo che, nell'idea di Costituzione economica ha individuato una decisione di sistema (*System-Entscheidung*) o, per meglio dire, una scelta globale dell'ordine economico che, tuttavia, non può essere separata dall'esigenza di realizzare e garantire quel catalogo dei diritti e valori che costituiscono il nucleo essenziale della costituzione politica. Critiche alla vera e propria Inflationierung del termine costituzione economica sono venute da una parte della dottrina tedesca: cfr. H. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung*, Karlsruhe, 1961; H. Krüger, *Subkonstitutionelle Verfassungen*, in *DöV*, 1976, 613.

²⁰ F. Scuto, *L'intervento pubblico nell'economia tra Costituzione economica e Next Generation EU*, cit. Per una ricostruzione di questo modello di intervento pubblico nell'economia si rinvia a F. Galgano, *Art. 41*, in G. Bronca (a cura di), *Commentario alla Costituzione art. 41-44*, Bologna-Roma, 1982, 1 ss.; P. Armani, F. Roversi Monaco (a cura di), *Le partecipazioni statali. Un'analisi critica*, Milano, 1977; F. Merusi, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1977; G. Guarino, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in Id., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970; S. Cassese, *Azionariato di Stato*, in *Enc.dir.*, IV, 1959; più di recente E. Di Carpegna Brivio, *Stato ed economia di mercato. La via italiana per la ricostruzione postbellica tra giudizio storico e seduzioni contemporanee*, in *Federalismi.it*, 21, 2020, 151 ss.

²¹ G. Stamatì, *Il problema dell'I.R.I. nell'economia italiana*, in *Giornale degli economisti e annali di economia*, 1-2, 1947, 43 ss.

²² Sul ruolo essenziale dell'intervento pubblico in economia come parte caratterizzante dello Stato in buona parte del secolo scorso si rinvia a G. Quadri, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1989, 19 ss.; V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957; F. D'Onofrio, *Banca d'Italia e costituzione economica: la prospettiva della crisi dello Stato nazionale*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, I, 1979; G. Amato, *Il governo dell'industria in Italia*, Bologna, 1972.; Id. *Economia, politica e istituzioni in Italia*, Bologna, 1976.

Da questo momento in poi, pertanto, fu possibile assistere ad un cambiamento di rotta e gradualmente si è abbandonato il vecchio approccio basato sull'intervento pubblico in economia²³.

Il lungo percorso che ha portato, il nostro Paese, a svincolarsi da un sistema massiccio di intervento pubblico nell'economia è stato agevolato prevalentemente dall'Unione europea che già da diversi anni sosteneva un'economia di mercato basata sui principi di tutela della concorrenza, e sul divieto degli aiuti di Stato, condizione, questa, che si conciliava maldestramente con un modello che invece aveva sostenuto fortemente l'intervento dello Stato nell'economia.

Fra l'altro un radicale cambiamento fu indispensabile quando i conti pubblici italiani fornivano la prova diretta di un disastroso indebitamento che manifestava una palese dissonanza rispetto alla nascente politica economica e monetaria europea imponendo di fatto, ai vari Stati membri, il mantenimento di finanze pubbliche in equilibrio che, di conseguenza, richiedeva un necessario coordinamento delle finanze economiche nazionali²⁴.

In tale contesto cominciò a farsi strada l'atteso processo di privatizzazione e liberalizzazione che ha rappresentato l'avvio di un processo di ridimensionamento dell'intervento dello Stato nell'economia che, nel nostro Paese, coincise con un evento significativo, ossia lo scioglimento del gruppo IRI²⁵. Il Governo italiano, inoltre, per quanto concerne invece l'Ente Nazionale Idrocarburi - ENI e l'Ente Nazionale per l'Energia Elettrica - ENEL decise di conservare un ruolo di indirizzo e di controllo. Fu proprio in queste occasioni che lo Stato decise di continuare a conservare proprio tale ruolo di indirizzo con una maggiore attenzione verso la redditività delle partecipazioni che fu possibile perseguire anche grazie all'intervento del Ministero dell'Economia ed in particolare dal Dipartimento del Tesoro²⁶.

La propensione verso una nuova prospettiva dell'intervento pubblico sull'economia maggiormente basato sul ridimensionamento del ruolo dello Stato, suggerita in particolare dalla politica economica e monetaria dell'Europa, ha dovuto nuovamente confrontarsi con l'avvento della crisi pandemica da SARS-CoV-2 che, invece, ha suggerito un ritorno al passato, favorevole all'intervento pubblico nell'economia che non ha fatto altro che riflettere una tendenza proveniente da Bruxelles. In questo contesto però non mancano i rischi, ovvero quello di avviare un processo di illimitata estensione dell'intervento pubblico, sacrificando benefici e opportunità offerte da mercati liberi e aperti e quello di adottare politiche miranti a contenere il cambiamento, invece che a governarlo e indirizzarlo verso nuovi modelli capaci di cogliere le opportunità delle trasformazioni in corso e di mitigarne i rischi²⁷.

In realtà l'avvento della pandemia ha reso necessario un cambio di rotta che, in considerazione dello stato emergenziale, ha imposto un intervento pubblico sull'economia

²³ A. Macchiati, *Breve storia delle privatizzazioni in Italia: 1992-1999. Ovvero: si poteva far meglio?*, in *Merc. conc. reg.*, 1999, 3, 450.

²⁴ P. Saraceno, *Partecipazioni statali*, in *Enciclopedia del diritto*, 1982, XXXII, par. 4; P. Armani, *I problemi economici*, in P. Armani, F. Roversi Monaco (a cura di), *Le partecipazioni statali. Un'analisi critica*, Milano 1977, 16 e ss.; Recentemente E. Di Carpegna Brivio, *Stato ed economia di mercato cit.*, 160 ss.

²⁵ In questo contesto vennero vendute le società e le partecipazioni facenti capo al gruppo IRI e che riguardavano il settore siderurgico, le banche di interesse nazionale (Credito italiano, Comit e Banca di Roma), il settore delle telecomunicazioni (STET-Telecom) e delle autostrade, il trasporto marittimo e aeroportuale e il settore alimentare.

²⁶ E. Di Carpegna Brivio, *Stato ed economia cit.*, 163; V. Cerulli Irelli, *Ente pubblico: problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 2008, 92 ss.; F. Fracchia, *Studio delle società pubbliche e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, in *Foro it.*, III, 2005, 38 ss.; S. Cassese, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2, 1991, 378 ss.;

²⁷ F. Bassanini, G. Napolitano, L. Torchia (a cura di), *Lo Stato promotore*, Bologna, 2021.

ormai irrinunciabile soprattutto alla luce del fatto che la crisi economica del 2008 aveva reso nota la necessità di modificare la Costituzione economica europea in senso maggiormente solidarista. Durante la crisi economica del 2008 è stata privilegiata una politica di *austerity* invece di sostenere una risposta europea alla crisi predisponendo un sistema di *welfare* e di solidarietà interstatale, le politiche europee si limitano invece solo ad invitare gli Stati membri al contenimento della spesa pubblica ed a predisporre misure per garantire l'equilibrio di bilancio e per il contenimento della spesa pubblica che, però, non si sono rivelate misure in grado sostenere la ripresa e l'uscita dalla crisi ma che hanno aumentato notevolmente le disuguaglianze anche al cospetto del notevole ridimensionamento dei sistemi di *welfare* nazionale²⁸.

La crisi pandemica appena vissuta ed il grave problema sociale ed economico ad stessa connesso ha richiesto nuovamente la necessità di ricorrere all'intervento pubblico nell'economia ed alla luce di questo nuovo evento si è reso necessario superare la perdurante tensione che nel corso degli anni ha visto fronteggiarsi la Costituzione economica nazionale e la Costituzione economica europea, per approdare, invece, ad un vero e proprio cambio di paradigma che dovrebbe agevolare il lento e continuo il processo di costituzionalizzazione dell'Ue con una effettiva riconsiderazione della coordinate della Costituzione economica europea.

Tale processo vede protagoniste alcune iniziative che testimoniano la volontà dell'Unione europea di affermare e sostenere la solidarietà interstatale rilevando che «è forse proprio la natura di questa nuova grave crisi che, a differenza di quanto avvenuto con la precedente crisi economica, ha colpito sostanzialmente tutti gli Stati membri (a cominciare dalla Germania), ad aver spinto nella direzione di una risposta condivisa maggiormente orientata al principio di solidarietà»²⁹.

Il nuovo approccio mostrato dalla Ue può essere analizzato attraverso la serie di provvedimenti adottati per fronteggiare la pandemia, tali interventi, seppure straordinari, hanno la possibilità di modificare in maniera strutturale gli assetti che hanno contraddistinto il modello europeo di economia di mercato fino ad oggi.

3. Il Next Generation EU nuovo modello solidaristico europeo. Lo strumento più innovativo che, di fatto, sta permettendo di affrontare gli effetti devastanti della pandemia da

²⁸ Sull'impatto della crisi economico-finanziaria del 2008 sui livelli di tutela dei diritti economici e sociali vedasi *ex multis*: F. Scuto, *L'intervento pubblico nell'economia tra Costituzione economica e Next Generation EU*, cit.; P. Bilancia, *La dimensione europea dei diritti sociali*, in *Federalismi.it*, 4, 2018, 5 ss.; F. Balaguer Callejon, *La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto*, in Nico A., Luchena G., *Lo Stato sociale sub condizione quale esito delle politiche finanziarie: le raccomandazioni europee per l'inclusione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2, 2018, 249 ss.; A. Poggi, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali dell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, 1, 2017; A. Guazzarotti, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016; M. Benvenuti, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione Europea*, Napoli, 2016; F. Losurdo, *Lo stato sociale condizionato. Stabilità e crescita dell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2016; S. Gambino, *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo. Quale futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo Stato sociale?*, in *Astrid rassegna*, 5, 2015; E. Catelani, *Profili costituzionali della limitazione dei diritti sociali garantiti dallo Stato e dalle Regioni di fronte alla crisi economica*, in E. Catelani, R. Tarchi (a cura di), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2015, 17 ss.; A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 1, 2014; F. Balaguer Callejon, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, in *KoreEuropa*, 2014; R. Miccù, D. Siclari, *Advanced law for economics. Selected essays*, Torino, 2014; C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 4, 2013;

²⁹ F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica*, cit., 25 ss.

SARS-CoV-2 sulle economie dei Paesi europei è costituito dal *Next Generation EU* – NGEU³⁰ con il quale l'Unione europea si è impegnata a raccogliere sui mercati finanziari 672,5 miliardi di euro, da destinare annualmente ai vari Stati membri fino al 2026.

L'Italia è lo Stato membro dell'Unione che beneficerà maggiormente del fondo *Next Generation EU* poiché destinatario di ben 206 miliardi di euro che verranno erogati sotto forma di prestiti e trasferimenti in seguito alla presentazione, da parte appunto dell'Italia, del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* avvenuta nella primavera del 2021 che si propone di intervenire su tre assi strategici suddivisi in 6 Missioni: 1. Digitalizzazione innovazione e competitività; 2. Rivoluzione verde e transizione ecologica; 3. Infrastrutture per una mobilità sostenibile; 4. Istruzione e ricerca; 5. Inclusione e coesione; 6. Salute.

Dunque in base alle linee programmatiche di intervento previste dal piano *Next Generation EU* e dalla loro applicazione delineata, in pratica, dal PNRR sembra che possa emergere un nesso significativo con la dimensione sociale della Costituzione economica italiana che, come si è detto, deve essere letta in connessione con i principi fondamentali di solidarietà e di uguaglianza sostanziale di cui agli artt. 2 e 3, c. 2, della stessa. Tali principi, a cui va aggiunto quello lavorista previsto dall'art. 4 rappresentano, peraltro, il fondamento dei diritti sociali e dei rapporti economici delineati, rispettivamente, nei titoli II e III della Parte Prima della Costituzione³¹.

L'Unione europea indirizza il proprio intervento, principalmente, a sostegno della transizione verde e digitale che rappresentano a tutti gli effetti il motore che dovrebbe sostenere la spinta propulsiva per lo sviluppo dell'economia, anche sulla scia degli effetti prodotti dall'intervento pubblico che testimonia una nuova logica di governance economica europea palesemente diversa rispetto al passato.

A tal riguardo, infatti, è bene precisare che l'intervento sovranazionale si basa, fondamentalmente, sui pilastri classici dello Stato sociale quali salute, istruzione, lavoro e formazione. Questo cambio di prospettiva rappresenta, senza alcun dubbio, il punto di svolta nell'approccio dell'Unione europea alla tutela del welfare ed alla coesione sociale temi rispetto ai quali gli Stati, fino a questo momento, avevano affrontato autonomamente.

In tal modo, pertanto, cominciano ad essere perseguiti anche a livello europeo obiettivi previsti dalla nostra Costituzione, che trovano la loro essenza nei principi di solidarietà ed uguaglianza sostanziale. Alla luce di questo nuovo panorama, pertanto, il PNRR va considerato non solo come una misura di rilevante entità dal punto di vista economico, ma anche come un intervento che assume importanza dal punto di vista costituzionale anche tenendo conto di un aspetto, ossia quello che per la prima volta gli Stati membri hanno optato per una forma di condivisione del debito con un organo sovranazionale rappresentato dalla Commissione europea³².

Tali scelte compiute a livello sovranazionale in occasione della crisi pandemica da *SARS-CoV-2* testimoniano un vero e proprio cambio di paradigma sul piano costituzionale ed economico, dato che l'Unione europea, contrariamente a quanto accaduto in occasione della

³⁰ Il *Next Generation EU*, meglio noto in Italia con i nomi informali di *Recovery Fund* o *Recovery Plan*, o, a volte, di Fondo europeo per la ripresa, è un fondo dal valore di 750 miliardi di euro approvato nel luglio del 2020 dal Consiglio europeo al fine di sostenere gli Stati membri colpiti dalla pandemia da *SARS-CoV-2*.

³¹ F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica*, cit., 27 ss.

³² Il ruolo della Commissione è quindi destinato ad espandersi poiché nell'applicazione del *Next Generation EU* viene posta al centro di meccanismi di spesa (i trasferimenti agli Stati), quanto della raccolta delle risorse e l'emissione di debito europeo. In generale sul ruolo della Commissione nell'indirizzo politico europeo, nelle fasi emergenziali e non, si veda, da ultimo, E. Gianfrancesco, *Un approccio costituzionalistico alla Commissione europea. Alcuni profili rilevanti*, in *Dir. e soc.*, 1, 2021, 1 ss.

crisi economica del 2008, ha deciso di farsi carico dei costi che comporterà la ripresa da tale periodo finanziando con il debito i necessari investimenti sul piano economico e sociale facendo ricorso, pertanto, ad un strumento utilizzato fundamentalmente dall'intervento statale per sostenere la ripresa economica, anche se in parte, considerato che il 50% degli investimenti saranno prestiti degli Stati membri e quindi che dovranno essere restituiti.

4. Il ritorno dello Stato «interventista»? Un cambio di paradigma dopo la crisi pandemica e l'avvento del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Le considerazioni appena effettuate offrono l'occasione per riflettere sul fatto che la pandemia da SARS-CoV-2 e la parallela crisi economica che ne è seguita rappresentano il momento che segna il declino della globalizzazione neoliberale ed il ritorno all'intervento pubblico nell'economia, a riprova di tale cambio di paradigma basta pensare che il trittico di obiettivi che ha ispirato la politica economica negli scorsi decenni che si fondava sull'apertura dei mercati, sul ritiro dello Stato e sulle privatizzazioni, è gradualmente scomparso dall'agenda politica e governativa degli Stati³³.

Tuttavia il preponderante avanzare della tecnocrazia europea definita da parte della dottrina con l'espressione «tecnocrazia della crisi» si accompagna ad una radicale «spoliticizzazione» dei nostri sistemi costituzionali anche alla luce del modo di fronteggiare, soprattutto a livello sanitario, la crisi pandemica³⁴.

Le prime criticità nella gestione della crisi pandemica sono emerse verso la fine del 2020 quando con l'arrivo delle prime dosi di vaccini Pfizer-BioNTech e l'organizzazione del V-days si percepiva un clima di grande collaborazione fra Stati membri ed Unione Europea che riecheggiavano anche nelle stesse parole del Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen che in varie occasioni ha ribadito l'impegno europeo nella lotta comune al nemico invisibile.

Tuttavia tale clima idilliaco è durato ben poco anche in considerazione del fatto che, con il crescere dei timori dei vari Stati membri che assistevano impotenti ad una campagna di vaccinazione lenta, disorganizzata ed impotente al cospetto del preoccupante evolversi delle varianti del virus, è stato possibile assistere all'impotenza europea che ha fatto emergere l'incapacità delle sue tecnocrazie anche alla luce del diverso approccio alla campagna di vaccinazione da parte dei singoli Stati.

La situazione cominciò a precipitare al cospetto di un'opinione pubblica preoccupata soprattutto dei ritardi e degli scarsi approvvigionamenti di vaccini anche alla luce delle confuse notizie sugli accordi intercorsi fra l'Unione europea e le case farmaceutiche³⁵.

In questa occasione, infatti, è emerso in modo macroscopico l'enorme differenza nella gestione della politica dei vaccini da parte dell'Unione europea rispetto a quei Paesi definiti come pragmatici (Usa, Gran Bretagna, Israele) che hanno adottato politiche protese al raggiungimento del risultato finale a dispetto dell'approccio mostrato dai Paesi membri dell'Ue che sono stati coinvolti in procedure complesse che, se da un lato hanno sensibilmente ridotto il rischio di arbitrio, d'altro lato hanno notevolmente allungato i tempi³⁶.

³³ G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, cit.

³⁴ A. Algostino, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di covid-19. Tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021.

³⁵ A. Cantaro, *Potenza e impotenza del sovranismo europeo. Pandemia e tecnocrazia*, cit.

³⁶ A. Cantaro, *Potenza e impotenza del sovranismo europeo. Pandemia e tecnocrazia*, cit. Il significato normativo di questa opinabile difesa d'ufficio è chiaro. La Commissione – si è detto – ha proposto la creazione di un'agenzia, la Hera, che faccia un po' il lavoro che fa la Barda - *Biomedical Advanced Research and Development Authority*, negli Usa. Ma fintanto che l'Ue non aderirà all'approccio pragmatico degli Usa, gli europei non riusciranno a far fronte

Per superare questa situazione l'Unione europea ha adottato una serie di interventi che rientrano nel quadro delle sfide (sanitarie, geo-economiche, geopolitiche) che la lotta alla pandemia pone quotidianamente, dando via ad un obbligo vaccinale su scala europea che non ha eguali e che ha guadagnato svariati consensi tanto da stimolare discussioni sul tema dei principali Stati membri³⁷.

Proprio attraverso tale obbligo, pertanto, è stato possibile avviare un confronto sulla necessità di ricorrere ad un approccio pragmatico della crisi che ha visto partecipi le istituzioni sovranazionali e i diversi Stati membri³⁸.

Rispetto al passato, quindi, anche la politica per affrontare la campagna di vaccinazione ha rappresentato per l'Europa tutta l'occasione per rivendicare una propria autonomia strategica soprattutto alla luce del pericolo che la crisi pandemica potesse offrire la possibilità a Paesi terzi di acquisizioni dei maggiori *asset* industriali degli Stati membri, per scongiurare tale eventualità, quindi sono state adottate misure protettive al fine di adottare strategie funzionali alla loro protezione³⁹. Alla luce delle riflessioni effettuate in occasione del Consiglio europeo del 26 marzo 2020, a distanza di pochi mesi e precisamente nel mese di ottobre, l'autonomia strategica ha rappresentato uno degli obiettivi fondamentali perseguiti dall'Ue⁴⁰.

L'autonomia strategica rivendicata dall'Europa, tuttavia, non rappresenterà la fine della globalizzazione, ma ne metterà sicuramente in discussione i suoi presupposti ideologici quali l'apertura dei mercati ed il continuo ricorso alle privatizzazioni, che avevano già manifestato qualche cedimento già prima dell'avvento della crisi pandemica⁴¹.

In realtà, temi come quello della globalizzazione, dell'apertura dei mercati e della loro interdipendenza non scompariranno definitivamente ma dovranno essere ricalibrati alla luce

efficacemente alle inedite sfide del mondo globalizzato quali, appunto quella del contrasto alle epidemie e alle pandemie. Gli Stati Uniti – si rivela – hanno raggiunto obiettivi notevolissimi in termini di ricerca scientifica in una maniera che a noi europei appare disinvolta. Hanno messo sul tavolo cifre molto alte; identificato gli obiettivi della ricerca; creato delle organizzazioni ad hoc per raggiungerli; messo a capo di queste scienziati/manager di livello altissimo, dando loro grandissima discrezionalità su come utilizzare i fondi. E ciò è accaduto anche nel campo dei vaccini, ove gli Usa partivano avvantaggiati per il lavoro fatto da anni dalla *Barda* (*Biomedical Advanced Research and Development Authority*). Poi, a inizio 2020, gli Usa hanno creato la *Warf Speed* con a capo il generale responsabile della logistica dell'esercito americano. L'organizzazione ha creato una struttura per gestire e inoculare le migliaia di volontari necessari per i trials, supportato il sistema delle aziende nella produzione di vaccini e nel loro infialamento. A inizio 2021 *Warf Speed* aveva speso 18 miliardi di dollari. La Ue 2,7 miliardi di euro. I Paesi «pragmatici» hanno sollevato le ditte produttrici da ogni responsabilità per gli effetti collaterali dei vaccini. La Ue ha rifiutato di prendere una decisione simile e, nel caso di AstraZeneca, ha accettato di rimborsare alla ditta solo le somme che fosse eventualmente condannata a pagare dai tribunali.

³⁷ Sul fronte dell'approvvigionamento il Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen ha annunciato nel corso del Consiglio Europeo del 25 marzo 2021 azioni legali contro le case farmaceutiche che non rispetteranno gli impegni (il riferimento è ad AstraZeneca), auspicando, altresì, «reciprocità e proporzionalità» del meccanismo sull'export (un invito al Governo di Boris Johnson a esportare verso l'Europa, come fatto dai paesi dell'Ue verso il Regno Unito) Le parole più dure sono state quelle pronunciate dal presidente del Consiglio italiano «i cittadini europei hanno la sensazione di essere stati ingannati da alcune case farmaceutiche per il quale restare fermi e non prendere provvedimenti sarebbe difficile da spiegare», annunciando pieno sostegno alla stretta del meccanismo sulle esportazioni. Del resto il Governo Draghi aveva già bloccato un lotto dei vaccini di AstraZeneca, ritrovati nello stabilimento della Catalent, ad Anagni, 'applicando' il regolamento europeo sulle esportazioni. Cfr. A. Cantaro, *Potenza e impotenza del sovranismo europeo. Pandemia e tecnocrazia*, cit.

³⁸ J. Habermas, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, Roma-Bari, 2013.

³⁹ N. Verola, M. Zaccagnino, *Riflessioni sul concetto di autonomia strategica europea*, in *ASTRID Rassegna*, 17, 2020.

⁴⁰ A. Cantaro, *Potenza e impotenza del sovranismo europeo. Pandemia e tecnocrazia*, cit.; F. Brugnoli, *Alla ricerca dell'autonomia strategica europea*, in *Centro studi sul Federalismo*, Commenti, 198, 2 novembre 2020.

⁴¹ F. Galgano, *Diritto dell'Economia*, in *Enciclopedia del Novecento*, I Supplemento, 1989.

degli effetti prodotti dalla pandemia frutto anche di fenomeni come la deforestazione, la perdita di *habitat* naturale, la sensibile riduzione di biodiversità, tutti elementi che hanno determinato un preponderante sovraccarico degli ecosistemi.

E' evidente, pertanto, che al cospetto di tali fenomeni lo sviluppo e la globalizzazione devono cambiare volto, così come deve cambiare volto lo Stato non essendo più conciliabile un suo arretramento. Occorre, invece, sostenerne le scelte strategiche che i singoli Stati membri e le istituzioni europee dovranno adottare per affrontare sfide di tipo collettivo⁴².

E' necessario, pertanto, che l'Unione europea risponda in maniera coesa in quanto i suoi concorrenti non esitano a mettere sul piatto della bilancia tutto il peso delle rispettive autorità pubbliche per assicurare un vantaggio competitivo delle proprie imprese. Un approccio mercantilista che poggia su una scala di valori spesso diversa da quelli europei (standard qualitativi, sociali e ambientali delle produzioni) e che pone con forza il tema della difesa delle imprese europee, con una declinazione sia securitaria (tecnologie strategiche) sia economica (presidio delle quote di mercato) sia sociale (difesa dell'occupazione e del *welfare*)⁴³.

5. Le nuove prospettive dell'intervento pubblico sull'economia. Le riflessioni effettuate nel paragrafo precedente hanno evidenziato, pertanto, come a fronte della crisi pandemica sia radicalmente mutato l'approccio dell'Unione europea alla politica economica, di conseguenza, cambiando il contesto che, rispetto al passato, sostiene la necessità dell'intervento pubblico nell'economia, occorre ora effettuare alcune riflessioni anche per comprendere in che modo tale intervento possa essere possibile alla luce non solo dei principi della nostra Costituzione, ma soprattutto dei nuovi interventi sovranazionali⁴⁴.

Occorre chiarire, fra l'altro, che le nuove forme di intervento sull'economia dovranno tener conto che lo stesso non coinvolga solo il nostro Paese ma anche tutti i principali Paesi europei alla luce degli effetti prodotti dalla crisi pandemica sull'economia europea⁴⁵.

Gli Stati membri, a sostegno dell'importanza dell'intervento pubblico nell'economia, perseguono obiettivi comuni quali sostenere la coesione sociale e la tenuta dello Stato sociale e tutelando, d'altro canto, l'iniziativa economica privata⁴⁶.

I vari Paesi hanno effettuato scelte diverse: infatti mentre la Spagna si è concentrata sull'adozione di misure in grado di garantire la sicurezza sociale, la Germania invece ha adottato misure protese alla salvaguardia delle attività imprenditoriale ed al rilancio dei consumi, ed ancora la Francia ha predisposto misure di sostegno indirizzate alle generazioni future⁴⁷.

Nell'ambito di tale contesto, ove assumono importanza sia l'utilità sociale dell'intervento

⁴² A. Cantaro, *Potenza e impotenza del sovranismo europeo. Pandemia e tecnocrazia*, cit.

⁴³ N. Verola, M. Zaccagnino, *Riflessioni sul concetto di autonomia strategica europea*, cit.

⁴⁴ F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica*, cit., 34 ss.

⁴⁵ Per un approfondimento in chiave comparata delle misure adottate in risposta alla crisi da parte dei principali Paesi europei si rinvia a C. Marchese, *Il ruolo dello Stato a fronte dell'emergenza pandemica e le risposte elaborate in sede europea: la garanzia dei dritti ed il rilancio economico alla luce del rapporto tra condizionalità e solidarietà*, in *Rivista Aic*, 1, 2021, 237 ss.

⁴⁶ Sulla relazione tra la solidarietà ed il PNRR si veda, da ultimo, G. Comazzetto, *La solidarietà europea dalle origini al Next Generation EU*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2023.

⁴⁷ In Francia l'adozione di politiche sui giovani si è giustificata in ragione del fatto che questi ultimi sono stati individuati tra i soggetti maggiormente colpiti dalle conseguenze della crisi pandemica per quanto concerne il loro inserimento nel tessuto sociale ed economico. Il piano *1 jeune, 1 solution* adottato dal Governo francese per agevolare l'inserimento lavorativo dei giovani ed il compimento di percorsi di formazione professionale rientra tra le misure non riconducibili ad azioni di risposte immediate contro la crisi ma che sono destinate a produrre i loro effetti nel lungo periodo.

pubblico che la tutela dell'iniziativa economica privata, va collocata la norma costituzionale che rappresenta il pilastro della nostra Costituzione economica, ossia l'art. 41 che contiene alcuni principi cardine come quello della libertà dell'iniziativa economica, utilità sociale ed intervento pubblico finalizzato ad orientare l'attività economica a fini sociali⁴⁸.

In realtà, come evidenzia parte della dottrina, l'approccio al tema dell'intervento dello Stato nell'economia deve essere ricondotto alla pluralità di significati che assume l'art. 41 Cost. tenendo conto, fra l'altro, che dopo l'avvento della pandemia è stata notevolmente limitata la libertà di iniziativa economica privata⁴⁹ anche per far fronte allo stato di emergenza⁵⁰.

In questo contesto, infatti, proprio la normativa emergenziale adottata ha determinato una considerevole compressione della libertà di iniziativa economica privata, che tenendo conto di quanto disposto dalla Costituzione non può svolgersi in contrasto con due limiti fondamentali previsti proprio dall'art. 41 della stessa, ossia quello dell'utilità sociale e della sicurezza, intesa come ordine pubblico.

Durante la pandemia, infatti, la valutazione di tali limiti è stata molto più accurata confluendo in una serie di restrizioni disposte alla luce dell'evoluzione dell'emergenza sanitaria che, di fatto, imponeva un'attenta valutazione del rispetto del limite della sicurezza soprattutto durante la fase emergenziale, invece il limite dell'utilità sociale possiede una dimensione più strutturale e appare destinato a rimanere un riferimento essenziale per il decisore pubblico anche negli anni successivi alla fine dell'emergenza sanitaria poiché, come si è già rilevato, gli effetti della pandemia sullo stato dell'economia potrebbero prorogarsi a lungo⁵¹.

6. L'art. 41 Cost. Falsa interpretazione? L'accenno all'art. 41 Cost. avvenuto nel paragrafo precedente necessita qualche maggiore riflessione in merito al rapporto fra libertà di iniziativa economica privata e pubblica, poiché tale disposizione è la sintesi di due distinti articoli del progetto di Costituzione che esprimevano le diverse impostazioni relativamente all'attività

⁴⁸ Sul rapporto tra i tre commi che compongono l'art. 41 si rinvia alla classica dottrina sul tema ed in particolare ad C. Esposito, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1962, 37 ss.; Di recente F. Cintioli, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *Diritto e Società*, 3-4, 2009, 373-402.

⁴⁹ Sui limiti alla libertà di iniziativa economica dell'art. 41 Cost. e sulla loro interpretazione da parte della Corte costituzionale si rinvia a M. Luciani, *L'iniziativa economica privata nella giurisprudenza costituzionale*, Roma, 1981.

⁵⁰ M. Cecchetti, *Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata durante l'emergenza*, in *Rivista Aic.*, 4, 2020. Come mette in evidenza l'A. in una situazione di manifesta gravità e imprevedibilità legata all'emergenza pandemica, sembra francamente impossibile negare che nel caso di specie sussistesse senza ombra dubbio l'esigenza di comprimere alcune libertà fondamentali, quali quella della circolazione, quella di riunione (anche in luoghi privati) o, ai fini che qui strettamente interessano, quella di iniziativa economica privata, in vista, innanzitutto, della tutela della salute e dell'incolumità pubblica. Ciò significa che tanto gli atti di rango primario, quali i decreti legge, quanto le fonti *extra ordinem* di rango secondario, quali i d.P.C.M. che, in attuazione dei primi, si sono susseguiti e sovrapposti nel corso della fase più acuta dell'emergenza laddove hanno compresso la libertà di cui all'art. 41 Cost., lo hanno fatto senz'altro a tutela di beni e finalità che la stessa Costituzione individua espressamente quali possibili cause di limitazione di tale libertà. In tema di analisi della normativa emergenziale vedasi A. Saitta, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta online*, 3, 2021; A. Riviezzo, *Fonti dell'emergenza e Costituzione economica*, in *Osservatorio costituzionale*, 4, 2021, 129 ss.; A. Barone, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1, 2020; P. Pulsoni, *L'intervento dello Stato nell'economia ai tempi del Covid-19. Analisi critica della normativa emergenziale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2020; G. De Giorgi, *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per le collettività?*, in *Federalismi.it*, 6, 2020, 207-214. Si veda altresì l'intero numero dedicato della Rivista *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2020 con i contributi di G. Corso, L.R. Perfetti, A. Schiavello, G. Tropea, F. Follieri, M. Trimarchi, M.C. Cavallaro, F. Marone, V. Di Capua, I. Romano, S. Palumbo, M. Baldari, C. Marchese, C. Acocella.

⁵¹ F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica*, cit., 37 ss.

economica⁵².

La norma costituzionale in questione, pertanto, cerca di comporre visioni diverse in merito al ruolo dello Stato nell'economia e può essere interpretata in modo distinto a seconda del fatto che si decida di privilegiare la libertà di iniziativa economica privata o l'intervento pubblico in economia finalizzato alla tutela dell'utilità sociale.

L'interpretazione dell'art. 41 Cost. ha dato vita ad approcci discordanti sul fatto di come la norma faccia riferimento sostanzialmente ad un sistema di economia mista che, se per un verso, riconosce la libertà di iniziativa economica privata, d'altra parte evidenzia come la stessa non possa svolgersi in contrasto con i limiti previsti dal secondo comma, in primo luogo con quello dell'utilità sociale, richiedendo, l'intervento pubblico, nel momento in cui sia necessario coordinare a fini sociali l'attività economica pubblica e privata.

Tuttavia proprio la tutela della concorrenza, da considerarsi come uno degli obiettivi perseguiti dagli interventi comunitari che si sono succeduti prima e dopo l'avvento della riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, assumono notevole importanza nel testo di diverse sentenze della Corte costituzionale, ove, fra le più rilevanti, va citata la sentenza n. 14/2004 che ha precisato «come la tutela della concorrenza può ricomprendere interventi pubblici diretti a sostegno delle imprese e della produzione poiché costituisce una delle leve della politica economica statale e, pertanto, non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione ripristino di un equilibrio perduto, ma anche un'accezione dinamica che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o a instaurare assetti concorrenziali»⁵³.

La Corte costituzionale, pertanto, evidenzia che la tutela della concorrenza passa anche attraverso l'intervento pubblico nell'economia che è sempre legato a finalità sociali ed è

⁵² Come noto l'articolo 41 Cost. non è che il risultante finale di un acceso dibattito testimoniato dalla redazione, in sede di III Sottocommissione, di due distinti articoli (artt. 37 e 39) espressivi di due diverse visioni del ruolo dello Stato nell'economia, alle quali erano collegate differenti opinioni circa la qualificazione dell'iniziativa economica privata e la definizione degli ambiti d'intervento pubblico: l'una (espressa dall'art. 37) volta a configurare l'attività economica come interamente finalizzata all'esclusivo perseguimento del benessere collettivo e dunque funzionalizzabile a fini sociali; l'altra (contenuta nell'art. 39), viceversa volta a riconoscere l'iniziativa economica privata come libera ed impedire però che essa potesse recar danno all'utile pubblico. Per un approfondimento sul punto si rinvia a: L. Giannini, *Note sul dibattito della Costituente sulla costituzione economica*, in *Dir. pubb.*, 3, 2000, 919 ss.; G. Amato, *Il mercato della Costituzione*, in *La Costituzione economica* (Ferrara, 11-12 ottobre 1991), Padova, 1997; Recentemente cfr. A. Coiante, *Le potenzialità concorrenziali nascoste dell'art. 41 della Costituzione: dal riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata all'affermazione del principio della libera concorrenza*, in *Federalismi.it*, 6, 2020.

⁵³ Corte cost., sentenza n. 14/2004, di rilievo assoluto in tema di tutela della concorrenza dopo la riforma del Titolo V del 2001, sui cui si rinvia a L. Cassetti, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale della concorrenza*, in *Federalismi.it*, 5, 2004; F. Pizzetti, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, in *Forum di Quaderni Cost.*, 2004; nonché di recente L. Cassetti, *Diritto costituzionale e teorie economiche: dal confronto dottrinale a distanza alla decisione interpretativa sulle clausole economiche e finanziarie*, in *Rivista AIC*, 3, 2022, 153 ss. ove l'autore, riguardo alla sentenza della Corte costituzionale n. 14/2004, evidenzia che «alla base della preoccupazione della Corte vi era la necessità di ribadire il senso ed il valore dell'intervento pubblico statale nei rapporti economici, rispetto a un riparto di competenze lacunoso al punto tale da non aver fatto alcun cenno alle funzioni statali in materia di politica industriale né all'unità economica ovvero alle scelte per garantire lo sviluppo economico uniforme ed equilibrato, quella dilatazione della nozione (comprensiva di tutte le misure per la tutela e la promozione della concorrenza dello Stato a intervenire per ridurre squilibri, favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo ovvero instaurare/ripristinare assetti concorrenziali. In questa decisione la Corte si è però preoccupata di fornire un metro di valutazione in ordine alla effettiva proporzionalità dell'intervento pubblico, proponendo uno schema di sindacato di ragionevolezza che sarebbe servito a verificare di volta in volta la rilevanza macroeconomica dell'intervento statale e stabilire se vi fossero le premesse per adottare misure specifiche di rilevante entità purché idonee ad incidere sull'equilibrio economico generale».

imprescindibile in ogni forma di interpretazione della norma costituzionale in questione⁵⁴.

Riguardo all'approccio interpretativo della norma costituzionale in questione, nel corso dei decenni, si è assistito in una prima fase ad un processo di valorizzazione del principio previsto dal primo comma dell'art. 41 che promuove la libertà di iniziativa economica privata, mentre dopo l'avvento della crisi economico-finanziaria del 2008 è stata sostenuta maggiormente la dimensione sociale dell'art. 41 Cost.

Solo con l'avvento della pandemia invece è stato possibile assistere ad un recupero dell'importanza dell'intervento pubblico nell'economia fondato sulla nozione di utilità sociale e uguaglianza sostanziale, (re)introducendo principi come quelli della priorità del «sociale» rispetto all'«individuale», della eguaglianza sostanziale, della speciale tutela del lavoro inteso peraltro anche come dovere sociale, della tutela delle componenti più deboli della società e della esigenza di assicurare un minimo di diritti sociali comuni a tutti, dell'economia mista e dell'intervento dello Stato nella gestione economica per conciliare le esigenze della produzione con quelle della giustizia distributiva, della cooperazione capitale-lavoro⁵⁵. Infatti il riferimento all'utilità sociale dell'art. 41, a parere di parte della dottrina, persegue come finalità il progresso materiale di tutti in condizioni di eguaglianza⁵⁶.

Alla luce di tali riflessioni, maturate anche a fronte dei vari interventi della Corte costituzionale⁵⁷, è emerso che non si è mai assistito ad un allontanamento dall'indirizzo che favorisce l'intervento pubblico nell'economia, anche alla luce del fatto che durante la pandemia il limite dell'utilità sociale nella libertà di iniziativa economica privata ha conosciuto una nuova centralità, ed è sicuramente indirizzato ad acquisire nuovi significati anche in ragione delle nuove esigenze rappresentate proprio da tale fase.

A conferma dell'intervento dello Stato nell'economia vale la pena ricordare che nel corso

⁵⁴ Sulla tutela statale della concorrenza Cfr. Corte Cost., sentenza n. 16/2021.

⁵⁵ Pare essere ritornati alla Costituzione di Weimar, per lungo tempo vero prototipo di Costituzione economica. Non è possibile in questa sede soffermarsi sul dibattito nella dottrina tedesca sul rapporto tra costituzione economica e costituzione politica nella Repubblica di Weimar. Così, pur ravvisandosi da una parte della dottrina in disposizioni del Capo V della Parte II, Capo espressamente dedicato alla «vita economica», il fondamento ideale della costituzione economica, vi era anche chi caratterizzava piuttosto lo Stato come «Stato economico», negando quindi alla costituzione statale il carattere di costituzione economica: cfr. C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981. Nella nostra dottrina, sulla disciplina della vita economica in generale nella Costituzione di Weimar, si veda lo scritto di C. Mortati, *La Costituzione di Weimar*, Roma, 1946, 162-165. Per successivi studi sulla Costituzione di Weimar v. T.E. Frosini, *Sovranità e Costituzione nella dottrina di Weimar*, in *Il Politico*, n. 1, 1996; ID., *La terribile Costituzione di Weimar*, in *Nuovi Studi politici*, 1, 1999.

⁵⁶ V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 243 ss.

⁵⁷ Per una ricostruzione dell'importanza dell'intervento pubblico nell'economia, si segnala la Corte cost., sentenza n. 200/2012 ove la Corte ha evidenziato che il legislatore statale o regionale può e deve mantenere forme di regolazione dell'attività economica volte a garantire, tra l'altro – oltre che il rispetto degli obblighi internazionali e comunitari e la piena osservanza dei principi costituzionali legati alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e della finanza pubblica – in particolare la tutela della sicurezza, della libertà, della dignità umana, a presidio dell'utilità sociale di ogni attività economica, come l'art. 41 Cost. richiede. Il principio della liberalizzazione, a giudizio della Corte preclude a una razionalizzazione della regolazione che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale (sentt. n. 247 e 152 del 2010, n. 167/2009 e n. 388/1991). Pertanto, la liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico. Una politica di «ri-regolazione» tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere valorizzando le proprie risorse e competenze. Sulle liberalizzazioni ed il rapporto con la Costituzione Cfr. M. De Benedetto, *Le liberalizzazioni e la Costituzione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 171-172, 2011, 209.

degli anni lo Stato non ha mai abbandonato il suo ruolo di azionista di impresa ed a riprova di tale scelta basta pensare al ruolo esercitato mediante la Cassa Depositi e Prestiti – CDP che ha contribuito a delineare un nuovo modello di Stato imprenditore, in grado di essere compatibile non solo con il diritto dell'Unione europea, ma soprattutto con le esigenze di risanamento dei conti pubblici⁵⁸.

Il ruolo importante assunto dallo Stato si evince, infatti, anche dall'acquisizione di partecipazioni statali in alcune importanti aziende strategiche da parte dello Stato attraverso l'intervento della Cassa Depositi e Prestiti; basta pensare, infatti, che proprio attraverso l'intervento di quest'ultima è stato possibile proteggere adeguati livelli occupazionali di alcune imprese durante gli anni della crisi economica⁵⁹.

La Cassa Depositi e Prestiti si presenta come una società dal patrimonio diversificato che permette allo Stato di essere presente in molteplici ambiti produttivi. Le caratteristiche da essa assunte nel tempo hanno consentito al legislatore di adottare delle forme di intervento allo scoppio della crisi pandemica che hanno finito per accentuare ulteriormente il ruolo dello Stato imprenditore mediante nuove forme di sviluppo e sostegno economico⁶⁰.

L'art. 41 Cost. deve essere letto ed interpretato collocandolo nel contesto attuale anche al fine di allargare il suo originario campo di azione confrontandolo con i temi della transizione ecologica e digitale al centro del Piano *Next Generation EU*, e dettagliatamente declinati anche all'interno del PNRR.

In questo modo è possibile giungere alla conclusione che gli stessi temi, e cioè quello della transizione ecologica e digitale possono divenire opportunità di sviluppo che permettono anche una estensione della portata applicativa della norma costituzionale che ha dato vita ad una proposta di riforma conclusasi con l'avvento della l. cost. n. 1/2022⁶¹ che modifica l'art. 9 Cost. ed il c. 2 dell'art. 41.

Attualmente, quindi, l'esercizio della libertà di iniziativa economica privata è condizionata oltre al rispetto del limite dell'utilità sociale anche al divieto di recare danno alla salute ed all'ambiente.

Ma occorre anche individuare una possibile concezione di democrazia che si adatti all'asimmetrica ripartizione di poteri sovrani tra Stati membri e Unione, attraverso una risistemazione delle competenze e della titolarità dell'azione politica, che possa garantire soprattutto i termini della protezione sociale, così come dettata dagli ordinamenti

⁵⁸ Sul tema si rinvia a G. Mulazzani, *La cassa depositi e prestiti e la riforma amministrativa dell'economia*, Bologna, 2023; A. Maltoni, V. Donativi, *Cassa Depositi e Prestiti. Profili giuridici I rapporti con il MEF - Le proteiformi qualificazioni - Il Patrimonio Rilancio*, Torino, 2021; P. Bricco, *Cassa Depositi e Prestiti. Storia di un capitale dinamico e paziente. Da 170 anni*, Bologna, 2021; A. Pisaneschi, *La Cassa Depositi e Prestiti: le recenti mutazioni e le problematiche del coinvolgimento nel tournaround industriale*, in *Riv. della regolazione e dei mercati*, 1, 2021, 92 ss.; M. De Cecco, G. Toniolo, *Storia della Cassa Depositi e prestiti. Un nuovo corso: la società per azioni*, Roma-Bari, 2014; S. Battilossi, *La nuova Cassa depositi e prestiti*, in *Storia della Cassa depositi e prestiti. Un nuovo corso: la società per azioni*, Bari, 2013; Sulle possibili analogie tra CDP e IRI si veda A. Donato, *Il ruolo di holding di Cassa depositi e prestiti S.p.A.: profili giuridici attuali della gestione di partecipazioni come strumento di politica industriale*, in *Analisi giudica dell'Economia*, 2, 2015, 367 ss.

⁵⁹ F. Bassanini, *La politica industriale dopo la crisi. Il ruolo della Cassa Depositi e Prestiti*, in *Astrid Rassegna*, 7, 2015.

⁶⁰ F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica*, cit., 45 ss.

⁶¹ Cfr. l'art. 2 della Proposta di legge costituzionale, approvata, in un testo unificato, in prima deliberazione, dal Senato della Repubblica il 9 giugno 2021 recante *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente* (Atti Camera dei deputati n. 3156). In seconda deliberazione, il 3 novembre 2021, il testo è stato approvato dal Senato con maggioranza superiore ai due terzi. La proposta di legge costituzionale in materia di tutela dell'ambiente, infine, è stata approvata in via definitiva dalla Camera dei deputati l'8 febbraio del 2022 con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti.

costituzionali degli Stati membri⁶².

La diretta applicabilità della normativa europea nonché la prevalenza della stessa sulle norme di diritto interno all'insegna delle limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 Cost., e l'interpretazione evolutiva dell'art. 41 Cost., hanno fatto sì che potesse essere pienamente abbracciato il radicale cambiamento del modo di concepire ed interpretare l'intera Costituzione economica. Tale integrazione è stata poi consacrata anche dalla riforma del Titolo V della Costituzione che ha reso sicuramente più consistente la garanzia della libera concorrenza nel nostro ordinamento costituzionale⁶³.

La Costituzione è riuscita ad avere quel ruolo che le è proprio, ossia di essere «un ponte lanciato verso l'avvenire», in grado di dispiegare le sue nascoste (e non previste) potenzialità⁶⁴. Il senso delle disposizioni costituzionali, infatti, risiede interamente nel modo in cui vivono. A differenza di quanto avviene alla legge, il cui senso si compie nel modo in cui essa dispone, le norme costituzionali sono fondamentali, poiché non esauriscono mai il loro significato: la Costituzione, prima ancora di articolarsi in enunciati che esprimono vere e proprie regole o norme, contiene principi, che sono cosa ben diversa dalle regole⁶⁵. Per tale ragione non si può pensare che lo schema contenuto all'art. 41 possa esprimere una regola univoca e ben definita. L'art. 41 riflette un principio, non una regola, e il principio costituzionale non si impone alla realtà, come la volontà sovrana del legislatore, ma ne accompagna il corso operando dall'interno⁶⁶.

Il mercato non corrisponde ad un disvalore da contenere, tutelato solamente in quanto legato alla libertà politica, ma è un valore, seppur non unico né persuasivo, da lasciare sviluppare. La rilevanza che oggi hanno le libertà economiche, tuttavia, non sta a significare un qualche tipo di sovvertimento dell'ordine dei valori costituzionali o la rinuncia al legame con i valori sociali che ha da sempre permeato l'intera Costituzione economica. Restano intatte, infatti, l'invulnerabilità e l'inalienabilità dei valori di libertà, dignità, e sicurezza della persona umana

⁶² R. Miccù, *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo programma?*, cit.

⁶³ A. Coiante, *Le "potenzialità concorrenziali nascoste" dell'art. 41 della Costituzione: dal riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata all'affermazione del principio della libera concorrenza*, cit. Sul rilievo che tale riforma ha avuto nell'ambito della tutela della concorrenza v. M. D'Alberty, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 4, 2004, 705 ss. Secondo l'A. il «nuovo» titolo V ha contribuito certamente a rafforzare la garanzia della concorrenza e del mercato, facendone un elemento fortemente unificante nel nostro sistema giuridico. Anzitutto per via del vincolo che in questa materia discende dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionale sulle leggi statali e regionali ed inoltre anche per via dell'attribuzione esclusiva alla legge statale di una materi-funzione trasversale come la «tutela della concorrenza». In tal modo le regole e il principio della concorrenza sono divenuti una sorta di «timone» della normazione economica statale e regionale.

⁶⁴ G. Ghidini, *Monopolio e Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, 793 ss.

⁶⁵ C. Mortati, *La Costituzione materiale*, ora in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Milano, 1998; Id., *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. del dir.*, Vol. XI, Milano, 1971, 169; Id., *Brevi note sul rapporto tra Costituzione e potere politico nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Milano, 1973, 82. Si veda anche M. Galizia (a cura di), *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milano, 2007; A. Catelani, S. Labriola (a cura di), *La Costituzione materiale-Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, 2001; M. Galizia, P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990; F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Napoli, 1989; G. Guarino, *Materia costituzionale, Costituzione materiale, leggi costituzionali*, in *Jus* 1946, 1997; Id., *I decreti delegati luogotenenziali: sulla normatività della Costituzione materiale*, in *Foro pen.* 1947, 105; C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984; Id., *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981.

⁶⁶ In tal senso A. Coiante, *Le potenzialità concorrenziali nascoste dell'art. 41 della Costituzione: dal riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata all'affermazione del principio della libera concorrenza*, cit.; M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 1, 2008, 121 ss.

enunciati dall'art. 41 Cost. (ed attorno ai quali ruota l'intera Costituzione) che costituiscono anche parte essenziale e qualificante sia della tradizione comune dei singoli paesi europei, sia dei principi cardine dell'Unione europea⁶⁷.

7. Gli interventi normativi italiani a seguito delle nuove prospettive dell'intervento pubblico sull'economia. Il ruolo di Cassa Depositi e Prestiti. Ritornando al «nuovo» indirizzo eurounitario avvenuto a seguito della pandemia, il nostro Paese ha adottato disposizioni normative che denotano il cambio di paradigma evidenziato ed indicano una svolta di pensiero nelle politiche pubbliche economiche.

Nelle dichiarazioni programmatiche del Presidente Draghi al Senato della Repubblica nel febbraio 2021 si legge che «Il settore privato deve essere invitato a partecipare alla realizzazione degli investimenti pubblici apportando più che finanza, competenza, efficienza e innovazione per accelerare la realizzazione dei progetti nel rispetto dei costi previsti».

Il dibattito ha fatto da sfondo agli interventi normativi che si sono succeduti a partire dal 2020 con il d.l. n. 181/2020, il d.l. n. 232/2020 e il d.l. n. 34/2020. Si tratta di interventi volti a garantire liquidità alle imprese, garantiti da una società controllata da CDP, ossia SACE - Servizi assicurativi e finanziari per le imprese. Le nuove norme delineano un ruolo strategico di CDP che rilascia delle apposite garanzie con il Governo che detiene per SACE poteri di direzione e controllo mediante il Ministero dell'Economia e delle Finanze – MEF ed il Ministero degli Esteri, che in alcuni casi si sostituiscono all'azionista di controllo. Tra le disposizioni del Titolo II, *Sostegno alle imprese e all'economia*, del citato d.l. n. 34/2020, vi è l'art. 27, «Patrimonio destinato», il quale ha introdotto un nuovo istituto giuridico, sul modello di quanto disciplinato dagli artt. 2447-*bis* e ss. c.c. Tale nuovo istituto dà la possibilità di istituire un fondo italiano pubblico-privato che, una volta individuate le priorità in Parlamento, operi con logiche privatistiche di investimento, analoghe a quelle delle società di gestione del risparmio private, ma gestito da CDP e da altri istituti finanziari⁶⁸.

Successivamente il d.l. n. 121/2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 156/2021, ha previsto la possibilità per le amministrazioni pubbliche di avvalersi «direttamente della società Cassa depositi e prestiti Spa e di sue società direttamente o indirettamente controllate per attività di assistenza e supporto tecnico-operativo, per la gestione di fondi e per attività ad esse connesse, strumentali o accessorie»⁶⁹.

La CDP è stata dunque investita del ruolo di *advisor* non soltanto a livello nazionale, bensì anche a livello europeo, nell'attuazione del Piano *InvestEU*. È stato, infatti, sottoscritto il primo accordo, *Contribution Agreement*, nell'ambito del Polo di Consulenza *InvestEU* tra la Commissione e la CDP⁷⁰.

8. Profili problematici. Il PNRR costituirà l'asse portante degli investimenti pubblici e privati dei prossimi anni. Come abbiamo avuto modo di analizzare vi è e vi sarà un ruolo rilevante per CDP, oramai diventata una banca avente missione pubblica, sulla scia di quello che ha rappresentato nel nostro Paese la Cassa per le Opere Straordinarie di pubblico interesse nell'Italia meridionale – Cassa del Mezzogiorno, dopo la seconda guerra mondiale.

⁶⁷ A. Coiante, *Le "potenzialità concorrenziali nascoste" dell'art. 41 della Costituzione: dal riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata all'affermazione del principio della libera concorrenza*, cit.

⁶⁸ M. Rispoli Farina, *La Cassa Depositi e Prestiti: intervento «paziente» o «dinamico» a favore delle imprese?*, in *InnovazioneDiritto*, 4, 2022.

⁶⁹ Art. 10, c. 7-*quiquies*, d.l. n. 121/2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 156/2021.

⁷⁰ G. Mulazzani, *La cassa depositi e prestiti e la riforma amministrativa dell'economia*, cit.

Si tratterebbe, quindi, di un ritorno alla originaria missione ma con strumenti superiori. Lo Stato, diversamente dal passato, potrebbe organizzare le partecipazioni societarie al fine di perseguire obiettivi di sistema di lungo periodo ed il ruolo centrale lo avrebbe l'attribuzione ad un soggetto pubblico dell'elaborazione delle politiche pubbliche per obiettivi, la cui attuazione dovrebbe avvenire attraverso l'acquisizione di partecipazioni in imprese private. Questo consentirebbe di avere un rapporto anche formale tra lo stesso Governo ed il soggetto pubblico, così che le scelte di investimento della *holding* pubblica non siano dettate dal perseguimento di obiettivi di breve termine o meramente elettoralistici del ceto politico al potere in un dato momento⁷¹.

Questo in quanto ora la CDP agisce secondo una duplice modalità di intervento, da un lato sviluppa e attua interventi e progetti finanziati nell'ambito delle sei missioni in cui si articola il PNRR stesso, mentre dall'altro lato fornisce assistenza tecnica in qualità di *advisor* a tutte le amministrazioni pubbliche incaricate di attuarlo.

Ma CDP è una società legale⁷² vista la riforma avvenuta con l'art. 5, d.l. n. 269/2003, convertito con modificazioni dalla l. n. 326/2003, ed è a partecipazione maggioritaria dello Stato, il quale, attraverso il MEF, è chiamato ad esercitare non soltanto i poteri dell'azionista di controllo, ma anche un potere di indirizzo previsto dalla legge che può estrinsecarsi anche nell'adozione di direttive attraverso cui individuare obiettivi e finalità di carattere generale. Il fatto che alcuni dei componenti del Consiglio di amministrazione – CdA previsti dall'art. 15, c. 2, dello Statuto di CDP⁷³ debbano essere dirigenti statali titolari di organi di vertice del MEF, fa sì che il MEF è in grado di impartire indirizzi senza formalizzarli in specifici atti, il che rende poco trasparente non solo chi sia l'organo decisionale, ma anche la *ratio* di talune decisioni.

La specifica governance di CDP, nonché il potere di indirizzo attribuito al MEF dalla legge, consentono a quest'ultimo potenzialmente di orientare e condizionare l'assunzione delle decisioni più rilevanti della società. Detto potere di condizionamento, vista la mancanza di una formalizzazione delle manifestazioni di volontà connesse all'esercizio dei diritti dell'azionista, viene esercitato in modo informale, senza, dunque, assicurare la necessaria

⁷¹ A. Maltoni, V. Donativi, *Cassa Depositi e Prestiti. Profili giuridici I rapporti con il MEF - Le proteiformi qualificazioni - Il Patrimonio Rilancio*, cit.

⁷² Il termine «società legali» è stato coniato da C. Ibba, in *Le società «legali»*, Torino 1992, il quale, nell'individuare come criterio per selezionare l'oggetto della propria osservazione l'esistenza di uno statuto legale che qualificasse come società per azioni l'ente ad esso sottoposto, portò avanti l'analisi avente come obiettivo primario quello di valutare come la disciplina societaria di diritto comune fosse applicabile agli enti cui si riferivano specificatamente i vari statuti legali singolari. Sulle società pubbliche cfr. *ex multis* R. Miccù (a cura di) *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, Napoli, 2019; M. Macchia, *Le società a partecipazione statale*, Napoli, 2015; R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica: la governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, 2013; M.G. Della Scala, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012; D. Così, *Enti pubblici. Organismi pubblici in forma privata, enti privati di rilievo pubblico*, Roma, 2009; G. Grüner, *Enti pubblici a struttura di Spa*, Torino, 2008; P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica: il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997; G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991.

⁷³ [...] «anche al fine di assicurare la conformità delle decisioni concernenti la Gestione separata [...] ai provvedimenti del Ministro dell'economia e delle finanze di cui all'art. 5, commi 3, 8 bis, 9 e 11 del decreto legge, il Consiglio di amministrazione è integrato dai membri indicati alle lettere c), d) e f) dell'art. 7, c. 1, della l. 13 maggio 1983, n. 197» [...]. Così come modificato nel febbraio 2023.

trasparenza dei processi deliberativi.

In ragione della particolare situazione di crisi economica indotta dalla pandemia da SARS-CoV-2 è stato potenziato il ruolo di CDP come Istituto Nazionale di Promozione. Si è stabilito, infatti, che le risorse del «Patrimonio Destinato» debbano essere impiegate da CDP «per il sostegno e il rilancio del sistema economico produttivo italiano» e, attraverso la gestione di tale Patrimonio, «poss[an]no essere effettuati interventi relativi a operazioni di ristrutturazione di società che, nonostante temporanei squilibri patrimoniali o finanziari, siano caratterizzate da adeguate prospettive di redditività»⁷⁴.

Invero, anche prima del recente intervento legislativo era stata introdotta una deroga alla regola secondo cui CDP avrebbe potuto assumere partecipazioni soltanto in società di rilevante interesse nazionale, in condizioni di stabile situazione di equilibrio finanziario, patrimoniale ed economico e che fossero caratterizzate da adeguate prospettive di redditività. In precedenza, infatti, l'art. 15, d.l. n. 133/2014, conv. dalla l. n. 164/2014, come mod. dall'art. 7, d.l. n. 3/2015, conv. dall'art. 1, c. 1, l. n. 33/2015, aveva autorizzato CDP a partecipare al capitale della società di servizio per la patrimonializzazione e la ristrutturazione di imprese in crisi⁷⁵.

Risulta dunque chiaro che, a certe condizioni, CDP è chiamata a sostenere e rilanciare le imprese che costituiscono la parte più rilevante del tessuto produttivo italiano, quand'anche le stesse si trovino in temporanee situazioni di difficoltà.

Il coinvolgimento massiccio di società a partecipazione pubblica nell'espletamento e nell'attuazione gestionale delle funzioni amministrative richiama l'antica teoria dell'esercizio privato di funzioni pubbliche⁷⁶, laddove la qualifica privata per le società in questione attiene meramente ad un profilo soltanto formale, in quanto si tratta di società in controllo pubblico e, nel caso che stiamo analizzando in questo contributo, le funzioni pubbliche corrispondono all'attuazione del PNRR. Si tratta di esercizio di funzioni pubbliche attraverso moduli formalmente privatistici, ma sostanzialmente pubblicistici.

La Cassa Depositi e Prestiti costituisce sempre più il braccio economico, la struttura attraverso cui dare attuazione a politiche economiche ed industriali. In tale prospettiva, le scelte strategiche non possono continuare ad essere assunte senza una chiara presa di responsabilità politico e amministrativa, ovvero senza che il Governo sia chiamato ad esplicitare in via preventiva e in modo trasparente quali sono gli obiettivi da perseguire, indicandone i relativi strumenti, prendendosi la responsabilità politica delle scelte ed amministrativa degli atti compiuti così da garantire la necessaria trasparenza dei processi deliberativi.

9. Conclusioni. Quanto finora analizzato ed il cambio di paradigma delle politiche economiche pubbliche ci porta a domandarci se questo non sia solo dovuto alla necessaria risposta dell'Unione europea alla crisi pandemica o se è frutto di una nuova visione della

⁷⁴ Si v. l'art. 27, d.l. n. 34/2020, conv. dalla l. n. 77/2020.

⁷⁵ G. Mulazzani, *La cassa depositi e prestiti e la riforma amministrativa dell'economia*, cit.

⁷⁶ Sul tema *ex multis* I. Piazza, *Soggetti privati e attività amministrativa: principi, regole e regime degli atti*, in R. Cavallo Perin, A. Police, F. Saitta (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze, 2016, 487 ss.; S. Torricelli, *I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica*, in D. Sorace (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013, 253 ss.; N. Pecchioli, *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 611 ss.; E. D'Alterio, *L'esternalizzazione delle funzioni di ordine: il caso delle carceri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 4, 969 ss.; A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, *passim*; Id., *voce Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir., Ann. I*, Milano, 2007, 570 ss.

stessa sull'economia, che sarà dunque protagonista nei prossimi anni e sarà incentrata sull'intervento statale volto a preservare e/o aumentare il benessere sociale.

Ritornare infatti indietro sarebbe oggi impensabile e l'emergenza pandemica, nonché tale risposta europea, rappresentano certamente un'occasione straordinaria per rilanciare e sostenere il tessuto economico e sociale.

Per quel che concerne il nostro Paese non si può non notare, come abbiamo analizzato, il sempre più strategico ruolo che la CDP ha assunto sia sotto il profilo amministrativo sia sotto il profilo economico. Questa è forse l'occasione di ripensare tutte le partecipazioni pubbliche e stabilire formalmente un rapporto tra la gestione delle stesse ed il contesto politico istituzionale, in quanto, in questo momento, in mancanza di tale rapporto, viene meno la stessa credibilità dell'organizzazione statale di risposta a situazioni emergenziali, nonché di rilancio dell'economia.

Abstract. L'articolo analizza il rapporto tra il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* e la Costituzione, anche economica, ponendo la riflessione se mediante il Piano non siamo ritornati al modello dello Stato interventista. Lo studio cerca altresì di analizzare il ruolo di Cassa Depositi e Prestiti, facendo emergere alcuni profili problematici.

Abstract. The article analyze the relationship between the *National Recovery and Resilience Plan* and the Constitution, including the economic one, reflecting whether through the Plan we have not returned to the model of the interventionist State. The study also tries to analyze the role of Cassa Depositi e Prestiti, bringing out some problematic profiles.

Parole chiave. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – Costituzione - Costituzione economica – Stato interventista – Unione europea.

Key words. National Recovery and Resilience Plan – Constitution - Economic Constitution – Interventionist State – European Union.

BREVE NOTA DI PRESENTAZIONE DEGLI ATTI DEL SEMINARIO: «LA TUTELA DELL'AMBIENTE ALLA LUCE DELLA LEGGE COSTITUZIONALE N. 1 DEL 2022»

di Fulvio Pastore* e Alfonso Vuolo**

132

In data 16 dicembre 2022, presso l'aula A4 del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Napoli Federico II, nell'ambito delle attività della V e della VI cattedra di Diritto costituzionale del corso di Laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza, si è tenuto il seminario intitolato: *La tutela dell'ambiente alla luce della legge costituzionale n. 1 del 2022*.

In questa Sezione del fascicolo della rivista *Diritto Pubblico Europeo Rassegna on-line* è pubblicata una serie di articoli che sono il frutto delle relazioni svolte in quella sede, opportunamente rielaborate in ragione del confronto svoltosi in quella sede nonché in considerazione della giurisprudenza successiva e del dibattito dottrinale che ne è scaturito.

Ciascun articolo è stato sottoposto a doppio referaggio cieco, secondo le regole di *peer review* seguite dalla rivista.

Come noto, la l. cost. n. 1/2022 ha comportato la modifica degli articoli 9 e 41 della Carta. I contributi ne analizzano i contenuti, profilano le questioni ermeneutiche che la novella pone, valutano i possibili sviluppi legislativi e giurisprudenziali che ne deriveranno.

L'iniziativa scientifica ha coinvolto studiosi inquadrati in vari settori scientifico-disciplinari di diversi Atenei, nella comune convinzione che l'unico modo proficuo di affrontare scientificamente temi così complessi sia quello di sviluppare un dialogo basato sul pluralismo dei metodi e dei linguaggi.

Ovviamente non si tratta di un punto di arrivo ma solo di una tappa del percorso di riflessione e di approfondimento che gli autori intendono proseguire con impegno sui temi affrontati.

* Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II.

** Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II.

INTRODUZIONE

di Alfredo Contieri*

133

In un'epoca segnata da sfide ambientali senza precedenti, la necessità di una tutela ambientale efficace e incisiva si è fatta sempre più pressante.

Il cambiamento climatico, la perdita di biodiversità e l'aumento dell'inquinamento sono solo alcune delle problematiche che hanno richiesto una assunzione di responsabilità urgente e concreta a tutti i livelli da parte dei decisori politici.

Tuttavia, nonostante l'ordinamento italiano abbia dedicato attenzione crescente all'ambiente come materia autonoma a partire dagli anni settanta, e quest'ultimo sia stato assegnato nella riforma del titolo V nel 2001 alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, solo di recente esso ha trovato un riconoscimento esplicito tra i principi della nostra Costituzione, con la l. cost. n.1/2022¹.

Infatti, la riforma interviene sul piano dei principi inserendo all'art. 9, tra i compiti assunti dalla Repubblica, la tutela, oltre che del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della nazione, anche dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, da attuarsi in modo da assicurare il raggiungimento di questa finalità, sia nell'immediato, sia nell'interesse delle future generazioni. Anche la tutela degli animali è stata introdotta nel medesimo art. 9, attraverso la previsione di un intervento successivo del legislatore.

Sul piano, poi, degli indirizzi cui conformare l'azione complessiva degli organi titolari di poteri di tipo legislativo ed amministrativo, nonché dei giudici nella loro attività di interpretazione sistematica, la legge costituzionale modifica anche l'art. 41 della Carta, sia sotto il profilo delle libertà negative che positive. Sotto il primo aspetto, viene infatti introdotto un ulteriore limite generale all'attività economica, per cui l'iniziativa privata non può essere svolta in modo da arrecare danno alla salute e all'ambiente, oltre che alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

Quanto al secondo profilo, viene previsto che la legge possa indirizzare detta attività e coordinarla per fini ambientali, oltre che sociali, con regole volte ad orientare sia l'azione delle istituzioni pubbliche, che l'impresa privata, in modo che le risorse ambientali non solo siano salvaguardate, ma anche valorizzate e conformate, secondo una logica di economia sostenibile e circolare, già da tempo da tempo al centro del dibattito scientifico in diversi settori.

* Professore Ordinario di Diritto amministrativo – Università di Napoli Federico II.

¹ La riforma è stata oggetto di numerosi commenti, anche nel corso dei lavori e nell'immediatezza della sua entrata in vigore. Tra i tanti, si segnalano: A. Morrone, *Fondata sull'ambiente*, in *Istituzione del Federalismo*, 4, 2022, 783 ss; F. De Leonardis, *La riforma bilancio dell'art. 9 Cost. e la riforma programma dell'art. 41 Cost nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Aperta Contrada* 28 febbraio 2023; E. Chiti, *Introcution to symposium: managing the ecological transition of the european union*, in *Riv. Dir. Amb.* 2021, M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione: tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche innovativa) e molte lacune*, in *Forum quad. cost.*, 2021, 300 ss., G. Severino, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *Giustiziasinsieme.it*, settembre 2021; F. Pastore, *Costituzione e ambiente*, in M.A. Iacolari (a cura di) *La tutela dell'ambiente al tempo della crisi pandemica*, Torino, 2021.

In questo senso, si può ritenere che con la configurazione che riceve l'ambiente nei novellati articoli 9 e 41 Cost., si compie un passaggio fondamentale verso un nuovo e più penetrante paradigma di sviluppo sostenibile e responsabilità ecologica del nostro ordinamento.

Inizialmente infatti, come è noto, le istanze di tutela ambientale sono state accolte soprattutto dalla giurisprudenza ordinaria e costituzionale, sul cui impulso il legislatore è poi intervenuto, a volte anche in anticipo rispetto ad altri Stati europei, con un approccio però settoriale all'ambiente che, d'altra parte, le stesse pronunce della Corte, come le sentenze n. 79/1971 o n. 239/1982, non consideravano in maniera unitaria, ma in ragione di specifici interessi posti di volta in volta alla sua attenzione (salute, paesaggio, cultura, etc.), in ciò confortata dalla teoria pluralista elaborata da Massimo Severo Giannini, secondo cui l'ambiente non è definito né definibile, ma è la risultante di diverse matrici costituenti beni materiali come l'aria, l'acqua, il suolo, il paesaggio, la flora, la fauna, ognuna oggetto di tutele giuridiche distinte e differenziate.

In questa fase, legata al periodo di ripresa e crescita economica iniziata negli anni cinquanta e sessanta, la tutela dell'ambiente viene in rilievo solo in maniera mediata e indiretta, quale elemento interferente con gli interessi economici e nella misura in cui si collega ad altri diritti già più precisamente definiti e direttamente protetti dall'ordinamento, quali la sanità pubblica o il paesaggio.

Proprio partendo da tali diritti e dagli artt. 9 e 32 che li garantiscono, la Corte costituzionale ha iniziato a creare una nozione di ambiente sul piano costituzionale, senza che nella Carta fondamentale vi fosse un riferimento specifico, inserendo l'ambiente tra i valori prescrittivi del nostro ordinamento, collegati allo sviluppo armonico della persona e delle comunità.

Sulla spinta di questi orientamenti, negli anni ottanta si forma in dottrina una concezione unitaria dell'ambiente, inteso come bene complesso che, seppur interessando una molteplicità di settori, in ordine ai quali si mantengono competenze diverse, sia legislative che amministrative, assume una propria autonomia e consistenza come bisogno materiale e valore trasversale, la cui attuazione non si esaurisce, né rimane assorbita nelle competenze di settore ma, come la giurisprudenza sia della Corte di Cassazione (ad esempio nelle sentenze n. 1463/1979 n. 5172/79) che della Corte Costituzionale (storiche le sentenze n. 640/1987 e n. 210/1987) hanno rilevato, richiede una visione integrata di insieme e trasversale rispetto alle singole discipline.

Tale visione trova una sua codificazione in interventi normativi successivi. Innanzitutto l'istituzione di un apposito Ministero dell'Ambiente con la l. n. 349/86, finalizzato, secondo l'art. 1 ad assicurare, in un quadro organico, la promozione, la conservazione ed il recupero delle condizioni ambientali conformi agli interessi fondamentali della collettività, svolgendo, secondo il successivo art. 9, anche una funzione di indirizzo e coordinamento delle attività amministrative delle regioni attinenti ad esigenze di carattere unitario, anche in riferimento agli obiettivi della programmazione economica nazionale ed agli impegni derivanti dagli obblighi internazionali e comunitari.

In seguito, l'inserimento in Costituzione, avvenuto con la legge costituzionale n. 3/2001, nella quale si riserva alla competenza esclusiva statale la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e alla competenza concorrente la valorizzazione dei beni ambientali, ripartizione che, come è noto, ha sollevato numerosi contenziosi fra stato e regioni, in cui la Corte costituzionale, pur se con pronunce talvolta ondivaghe, ha sempre ribadito la dimensione unitaria e composita dell'ambiente, configurabile non tanto come competenza materiale, ma come competenza di tipo funzionale e trasversale rispetto alle innumerevoli materie astrattamente di competenza regionale. Quindi, l'ambiente diventa una delle chiavi di accesso dello Stato²,

² F. Pastore, *Costituzione e ambiente*, cit., 27.

quasi una forma di grimaldello, con il quale penetrare nelle competenze regionali, per cercare di orientare in senso cooperativo e solidale il modello di regionalismo italiano.

Di qui, il tentativo di dare sistematicità, con il d.lgs. n. 152/06 (codice dell'ambiente), alla normativa relativa alle principali matrici ambientali (suolo, rifiuti, aria e acqua), alla valutazione strategica di piani e programmi pubblici e di impatto ambientale di specifici progetti, nonché alla tutela risarcitoria contro i danni ambientali.

Sebbene non si approdi ad una definizione univoca dell'ambiente, la visione unitaria comporta che alla tutela dell'insieme degli elementi a tale materia riconducibili (matrici, ecosistemi patrimonio culturale, etc.) siano tenuti tutti gli enti pubblici e privati e le persone fisiche e giuridiche, conformando le loro azioni ai principi di sviluppo sostenibile al fine di garantire il soddisfacimento dei bisogni attuali senza compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future, essendo inoltre responsabili delle loro azioni o omissioni, secondo i principi elaborati ed imposti dalla UE di precauzione, azione preventiva, correzione in via prioritaria alla fonte e chi inquina paga.

In questo senso, la riforma costituzionale del 2022 è stata ampiamente anticipata dagli orientamenti giurisprudenziali e dagli interventi normativi richiamati, finalizzati ad adeguare il nostro Paese alla Carta di Nizza del 2000 e ai Trattati internazionali; tanto che per alcuni commentatori essa costituisce il recepimento di una scala valoriale oramai implicitamente e ampiamente già radicata nel nostro ordinamento.

Tuttavia, non si può negare che la nuova formulazione dell'art. 9 aggiunga qualcosa alla dimensione della tutela.

Sul piano testuale, come si è visto, prima di essere inserite all'interno dell'art. 9, le parole ambiente ed ecosistema erano già contenute nella Costituzione, all'art. 117 ma ad esse si aggiunge ora la biodiversità, che va intesa come richiamo alla dimensione plurima della realtà naturale, che viene riconosciuta come ricchezza peculiare e patrimonio del nostro Paese, al pari di quello paesaggistico e storico-artistico e in questa sua accezione unitaria, assunta alla tutela più alta dell'ordinamento.

Sembra infatti, anche per la mancanza di una definizione giuridica di biodiversità, che il principio che il costituente consegna è rivolto soprattutto alle istituzioni ed è finalizzato a rimarcare il dovere della Repubblica in tutte le sue componenti, di attuare politiche sostenibili, più che a riconoscere un diritto fondamentale in capo ai singoli.

Del resto, nell'intera visione dell'art. 9, la tutela dell'ambiente è declinata come un compito della Repubblica da svolgersi secondo il riparto di funzioni che, storicamente, dopo la riforma del Titolo V, la Corte costituzionale ha faticosamente ricostruito e che non sembra modificato da questa riforma, che anzi, come visto, conferma che non si tratta di una materia in senso tecnico ma di una sfera di competenza statale che si intreccia inestricabilmente con tanti interessi e competenze.

Semmai, la novità consiste nella forza conferita con il suo inserimento in Costituzione al dovere di tutelare l'ambiente che, assumendo a principio fondamentale, è suscettibile secondo alcuni di costituire un controlimite nei confronti del diritto europeo³, qualora il diritto dell'Unione Europea dovesse venir meno alla sua spinta ecologica, ambientale.

Di tal che, la tutela dell'ambiente si configura come principio guida verso una crescita equilibrata ed ecologica e diviene il presupposto di ogni azione della Repubblica, in senso orizzontale e verticale, secondo una *weltanschauung* inclusiva, destinata ad inglobare come in un contenitore, secondo un quadro di insieme valoriale comune, le politiche di attuazione

³ Così, F. De Leonardis, *La riforma bilancio dell'art. 9*, cit., 7.

anche di altri interessi costituzionalmente equiordinati a quello ambientale, quali la tutela del paesaggio⁴, conformandole al dovere intergenerazionale.

Si tratta, quindi, di un principio che si propone di modificare l'intero sistema delle regole che reggono i diversi settori in cui si articola la vita sociale, compresi quelli a maggiore impatto sull'ambiente.

In questa direzione sembra rivolto il nuovo art. 41 che, ed è questo forse l'aspetto più rilevante della riforma, imprime un forte e chiaro indirizzo alla programmazione e allo svolgimento delle attività economiche, nella direzione di un nuovo equilibrio ecologico da realizzarsi secondo il principio di integrazione, in base al quale la tutela ambientale deve costituire parte integrante dello sviluppo, rappresentando la trasposizione giuridica del principio dello sviluppo sostenibile.

Rileggendo l'art 41 nella sua nuova versione, troviamo disposizioni di diversa intensità e graduazione: c'è un primo comma secondo il quale l'iniziativa economica è totalmente libera; un secondo comma che dispone che la produzione debba avvenire nel rispetto dell'ambiente, configurando così uno scenario di *green economy* in cui l'ambiente e la sua tutela costituiscono un limite esterno all'attività economica; ed un terzo comma che prefigura una transizione ad un sistema economico che indirizzi la produzione e i modelli di consumo verso la tutela dell'ambiente e in questo indirizzo conformativo, attraverso il quale l'ambiente diventa un limite interno, ritengo debba individuarsi l'aspetto più significativo e più innovativo non solo della norma, ma dell'intera riforma.

Sembrerebbe, infatti, una rivoluzione destinata a modificare la politica economica del nostro Paese, perché l'attività imprenditoriale non solo, come anticipato, non può essere svolta in modo da arrecare danno all'ambiente, ma potrà e dovrà essere indirizzata verso fini ambientali e sociali, trasformando così, in senso sostenibile i settori dei servizi, dei lavori e delle opere, conformandoli verso nuovi valori di interesse pubblico quali l'ambiente e la giustizia sociale.

Ciò però potrebbe far sorgere in prospettiva problemi in fase di attuazione, soprattutto rispetto alla concorrenza di operatori economici provenienti da Paesi caratterizzati da discipline meno esigenti sul piano ambientale e quindi più competitivi, che probabilmente limiterà la portata del terzo comma dell'art. 41 all'attività economica pubblica o destinata al pubblico, in cui lo Stato può intervenire con meccanismi di premialità volti a favorire le imprese e le filiere ecologicamente avanzate.

Inoltre, l'insieme delle prescrizioni che dovrebbero derivare dall'attuazione del secondo comma, tali cioè da rendere l'attività economica non dannosa per l'ambiente, potrebbe rendere meno incentivante investire in Italia.

Si può intravedere allora, come misura di bilanciamento, il ritorno ad una politica economica e di programmazione industriale, e ciò in qualche modo, sorprende, in quanto questa potenziale riespansione del ruolo statale nell'economia inverte l'andamento del rapporto tra autorità e libertà, che si era da tempo pensato si sarebbe inesorabilmente evoluto, nella nuova costituzione economica influenzata dal vento liberista proveniente dall'Unione Europea, con la prevalenza della libertà rispetto all'autorità, con conseguente riduzione dei poteri pubblici⁵.

⁴ In senso critico G. Severino, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'art. 9*, cit.

⁵ In questo senso, F. De Leonardis, op cit., 12, il quale parla di «rinascita» del terzo comma dell'art. 41 Cost. e richiama in proposito Fabio Merusi, secondo il quale il terzo comma sembrava attraversare un processo di inesorabile declino che addirittura aveva fatto parlare del suo «assassino». Cfr. F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000.

STORIA DI UN LUNGO E NON DEL TUTTO COMPITO PERCORSO: COSTITUZIONE E AMBIENTE IN UNA PROSPETTIVA DIACRONICA*

di Fulvio Pastore**

Sommario. 1. La mancata previsione dell'ambiente nel testo della Costituzione approvato dall'assemblea costituente. – 2. L'emersione del «valore ambiente» nella giurisprudenza costituzionale. – 3. L'ambiente tra utopia dei valori e approccio funzionalista. – 4. La tutela dell'ambiente come principio costituzionale comune europeo. – 5. La giurisprudenza costituzionale in tema di ambiente successiva alla l. cost. n. 3/2001. – 6. La l. cost. n. 1/2022: alcune brevi considerazioni sulla legittimità e opportunità della revisione degli articoli 9 e 41 Cost.

137

1. La mancata previsione dell'ambiente nel testo della Costituzione approvato dall'assemblea costituente. Affinché la parola ambiente facesse la sua comparsa nel testo della Costituzione italiana si è dovuta attendere la l. cost. n. 3/2001.

Nel 1947, in effetti, nel nostro Paese non esisteva ancora una cultura ambientalista, né era diffusa la consapevolezza del rapporto tra salubrità dell'ambiente e tutela della salute, né tanto meno l'ambiente veniva considerato un bene giuridico da tutelare in quanto tale.

Altre erano le priorità di un Paese che usciva sconfitto e stremato dal secondo conflitto mondiale, dopo un lungo periodo di dittatura, nel quale si era verificata la compressione delle più basilari libertà personali ed era stato negato ogni riconoscimento al pluralismo politico e sociale.

Invero, nell'art. 9, c. 2, Cost. si afferma che la Repubblica «Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione». Ma, parlando di paesaggio, ci si riferisce a un bene giuridico di tipo estetico e culturale più che a un bene ambientale¹.

D'altra parte, nell'art. 32, c. 1, Cost. si afferma che: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti». Ma, né nel prosieguo dell'articolo, né in alcuna altra disposizione costituzionale si fa espressamente riferimento alla salubrità dell'ambiente come un bene giuridico di rilievo costituzionale.

Come è ben noto, uno dei caratteri principali della Carta costituzionale della Repubblica italiana, approvata dall'Assemblea costituente nel 1947, è rappresentato dalla sua «convenzionalità», ovvero dal fatto che il testo della Costituzione non fu il frutto di una sola visione politica, culturale e ideologica, ma fu piuttosto il risultato di un patto costituzionale

* Sottoposto a referaggio.

** Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II.

¹ Sul rilievo giuridico originario dell'articolo 9 Cost. cfr. A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, 2, Le libertà civili e politiche, Firenze, 1969.

Sull'evoluzione successiva del significato di paesaggio, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, cfr., *ex plurimis*, C. Barbati, *Il paesaggio come realtà etico-culturale*, in *Aedon*, 2, 2007; P. Carpentieri, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2004; G. Cerrina Feroni, *Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo. Profili comparati europei*, in *Federalismi.it*, 8, 2019; S. Settis, *Paesaggio Costituzione cemento. La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, Torino, 2010; G. Severini, «Paesaggio»: storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica, in *Aedon*, 1, 2019.

tra varie componenti politiche².

Si è parlato in tal senso anche di «metodo pattizio», o «compromissorio», proprio per sottolineare che tra le principali componenti dell'Assemblea costituente – quella democratico cristiana, quella marxista e quella liberale – fu raggiunto un accordo politico basato su reciproche concessioni e rinunce politiche.

Il testo della Costituzione repubblicana fu approvato dall'Assemblea costituente quasi all'unanimità, a testimonianza del fatto che non ci fu una maggioranza che impose a una minoranza la sua visione delle cose, ma ci fu – volendo utilizzare una espressione hegeliana – la ricerca di una «sintesi superiore» tra diverse concezioni, tra loro molto distanti quando non agli antipodi. Venne così realizzata una compenetrazione degli opposti, con un risultato originale e inedito, rispetto ai diversi punti di partenza, che tuttavia li ricomprendeva e li arricchiva, collocandoli in una visione più ampia e articolata.

Parliamo, dunque, di un compromesso costituente, non in senso spregiativo, o diminutivo, ma in senso positivo. Nel linguaggio corrente, parliamo, infatti, spesso, di «soluzione compromissoria», per indicare una soluzione non pienamente soddisfacente rispetto alle attese, ovvero una soluzione «al ribasso». Il patto costituente, al contrario e come già si diceva, fu un «compromesso alto», proprio perché produsse un risultato migliorativo rispetto a ciascuna delle posizioni di partenza e di piena soddisfazione per ciascuna componente politica.

La mancata espressa previsione dell'ambiente, nel testo originario della Costituzione, non fu determinata, quindi, dalla sconfitta di una minoranza politica e/o culturale, quanto piuttosto dalla assoluta assenza nell'assemblea costituente sia di forze politiche caratterizzate da un'identità ambientalista, sia di una matura sensibilità ambientale delle sue principali componenti politiche.

L'esito complessivo del metodo convenzionale fu un testo estremamente aperto o «elastico», vale a dire suscettibile di essere assoggettato a una pluralità di itinerari ermeneutici³.

² I resoconti dei lavori dell'Assemblea costituente, oggi disponibili anche nel sito ufficiale del Parlamento italiano, sono raccolti nella pubblicazione *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, a cura del Segretario generale della Camera dei deputati, Roma, 1971.

Una selezione degli atti di maggiore rilievo dei lavori dell'Assemblea costituente è invece rinvenibile in P. Ciarlo, M. Villone, *Materiali della Repubblica. Assemblea costituente*, Reggio Emilia, 1991.

³ In tema di interpretazione giuridica, con particolare riferimento alle disposizioni costituzionali e legislative, cfr. *ex plurimis*: E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971; S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004; V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964; R. Dworkin, *Taking rights seriously* (1977), trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982; M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982; Id., *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars Interpretandi*, 2, 1997, 103-136; J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, II ed., Frankfurt a M. 1972, cit., 101, trad. it. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, a cura di S. Patti, G. Zaccaria, Napoli, 1983; D. Farias, *Idealità e indeterminazione dei principi costituzionali*, Milano, 1981; H.G. Gadamer, *Ermeneutica*, in *Enciclopedia del Novecento*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1977; R. Guastini, *Specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Analisi e Diritto*, 1996; H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1961; Id., *Le garanzie jurisdictionelle de la Constitution*, in *Rev. Dr. Publ. Et sc. Pol.*, 1928, 197 ss.; L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996; A. Merkl, *Prolegomena einer Theorie des Rechtlichen Stufenbaues* (1931), trad. it. *Prolegomeni a una teoria della costruzione a gradi del diritto*, in *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, 1987; F. Modugno, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 186, 8, Luglio 2005 (<http://www.costituzionalismo.it/articoli/186/>; consultato il 16 agosto 2014); Id., *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009; P. Petta, *Schmitt, Kelsen e il Custode della Costituzione*, in *Storia e politica*, 1977, 506 ss.; C. Schmitt, *Il custode della Costituzione* (1931), trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981; G. Silvestri, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quaderni costituzionali*, 1989; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 1999;

Il carattere aperto della Costituzione, d'altra parte, dipende anche dal fatto che le disposizioni costituzionali, per lo più, non enunciano delle norme di dettaglio, ma delle norme di principio, quando non delle norme di tipo programmatico. Pertanto, non prendendo in considerazione singole ipotesi, le disposizioni costituzionali sono costituite da formulazioni linguistiche che lasciano ampio margine di discrezionalità sia al legislatore, in sede di attuazione, che al giudice costituzionale e ai giudici comuni in sede di interpretazione e di applicazione.

Il carattere elastico della Costituzione non contraddice la sua rigidità. Infatti, quando parliamo di rigidità della Costituzione, ci riferiamo alla esistenza di limiti formali e sostanziali alla sua modificabilità: in questa prospettiva la rigidità si contrappone alla flessibilità, non alla elasticità che, invece, si contrappone alla anelasticità o univocità. Si tratta di due diverse dicotomie che attengono a profili diversi della Costituzione: la prima alla modificabilità; la seconda alla interpretazione.

Una Costituzione rigida, pertanto, può ben essere elastica. Anzi, è bene che sia tanto più elastica quanto più è rigida. Infatti, se una Costituzione fosse molto rigida e, nello stesso tempo, anelastica, difficilmente reggerebbe a lungo al passare del tempo, poiché la difficoltà della sua modifica e la contemporanea difficoltà di adattare il suo significato alle mutate esigenze, la renderebbero ben presto superata. In questo caso, il rischio è che si dia luogo a un nuovo processo costituente e la Costituzione venga cambiata *in toto*.

Una Costituzione aperta o «elastica», quindi, è idonea a perdurare nel tempo molto più a lungo di una Costituzione «anelastica». Anche perché lascia maggiore spazio alla discrezionalità del legislatore ed è, quindi, compatibile con più indirizzi politici di maggioranza. Sicché, non è necessario cambiare la Costituzione ogni volta che cambia la maggioranza.

Una costituzione aperta è, per tutti i motivi indicati, più facilmente suscettibile di essere sottoposta a una interpretazione evolutiva, di modo da tenere adeguatamente in considerazione, nello svolgimento dell'attività ermeneutica, le mutate circostanze sociali, economiche, scientifiche, tecnologiche, culturali, oltre che politiche.

Del resto, l'interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali rappresenta anche il portato naturale del criterio logico-sistematico: criterio principe dell'interpretazione costituzionale, secondo il quale ogni disposizione deve essere interpretata alla luce di tutte le altre disposizioni e in specie di quelle più strettamente connesse.

La modificazione di una disposizione costituzionale, infatti, impone una riconsiderazione del significato delle altre disposizioni costituzionali ad essa connesse, anche se rimaste immutate.

2. L'emersione del «valore ambiente» nella giurisprudenza costituzionale. Gli indicati caratteri – convenzionalità, rigidità, elasticità – hanno consentito alla Costituzione repubblicana italiana del 1947 di rimanere in vigore sino a oggi, conservando quasi interamente la sua attualità e la sua vitalità, nonostante gli epocali sconvolgimenti verificatisi nei decenni trascorsi.

Il merito della attualità e della vitalità della Costituzione deve, peraltro, in gran parte ascriversi all'opera incessante e sensibile della giurisprudenza costituzionale, che, mediante un'interpretazione sistematico-evolutiva, ha spesso saputo dare copertura costituzionale a situazioni inedite e a nuovi bisogni della comunità, colmando lacune presenti nel sistema delle disposizioni costituzionali e risolvendo molte contraddizioni del sistema legislativo.

F. Viola, *Intenzione e discorso giuridico: un confronto tra la pragmatica e l'ermeneutica*, in *Ars Interpretandi*, 2, 1997; G. Zaccaria, *Questioni di interpretazione*, Padova, 1996.

Alla giurisprudenza costituzionale, ad esempio, in mancanza di revisioni costituzionali volte a disciplinare approfonditamente il rapporto tra ordinamento nazionale e Unione Europea, si deve riconoscere il merito di avere favorito il processo di integrazione sovranazionale, tenendo in considerazione la giurisprudenza delle Alte Corti europee nella sua opera di adattamento della Costituzione in chiave evolutiva⁴.

Soprattutto, la corte costituzionale, facendo leva sull'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, attraverso una interpretazione logico-sistematica di tipo evolutivo, ha considerato la categoria dei diritti fondamentali della persona come una categoria aperta.

In primo luogo, la corte costituzionale ha affermato che inviolabili sono quei diritti che nel loro nucleo essenziale non possono essere lesi neppure da una legge costituzionale, in quanto dal loro rispetto dipende l'effettività del principio democratico. Inoltre, ha ritenuto che non si possa stilare un elenco tassativo, ovvero esaustivo dei diritti inviolabili dell'uomo, perché tali non sono solo quelli espressamente dichiarati inviolabili da una disposizione costituzionale ma anche quelli che si devono ritenere inviolabili in virtù di una lettura complessiva del testo costituzionale che tenga conto della evoluzione dell'ordinamento giuridico italiano anche alla luce del diritto costituzionale comune europeo e della giurisprudenza delle alte corti europee.

L'art. 2 Cost., del resto, come ribadito dalla stessa Corte costituzionale con sentenza n. 98/1979, «non aggiunge nuove situazioni soggettive a quelle concretamente previste dalle successive particolari disposizioni», ma è in grado di conferire il crisma dell'invulnerabilità a diritti menzionati in Costituzione. Da tale affermazione discende che nel qualificare espressamente come inviolabili alcuni diritti, il Costituente non ha inteso in alcun modo limitare la sfera dei diritti inviolabili ad un elenco tassativo⁵.

In senso contrario è stato autorevolmente sostenuto in dottrina che l'art. 2 Cost. non sarebbe una clausola riassuntiva dei diritti di libertà contenuti nel catalogo costituzionale ma svolgerebbe ora la tutela di diritti naturali che non sono riusciti a tradursi nel testo costituzionale, ora la funzione di tutela di tutti quei valori di libertà che vanno emergendo a livello della Costituzione materiale⁶.

Quest'ultima tesi, tuttavia, anche se ben motivata, non appare convincente. Si ritiene, a tale proposito, di poter ricordare l'insegnamento di Paolo Barile, il quale sottolinea come la tesi «estensiva» poco sopra richiamata non possa essere condivisa, «sia per il difetto di ogni base positiva (né la lettera dell'art. 2, né altre norme costituzionali la sorreggono), sia e soprattutto

⁴ Tra le innumerevoli pubblicazioni sul rilievo interno del diritto comunitario, con particolare riferimento alla giurisprudenza costituzionale italiana, cfr.: AA.VV., *Diritto Comunitario e diritto interno*. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della consulta, 20 aprile 2007, Milano, 2008; AA.VV., *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta 15-16 ottobre 1990, Milano, 1991; G. Amoroso, *La giurisprudenza costituzionale nell'anno 1995, in tema di rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: verso una "quarta" fase?*, in *Foro it.*, V, 1996; A. Barone, *Corte costituzionale e diritto comunitario: vecchie questioni e nuovi interrogativi*, in *Foro it.*, 1996, 783-794; M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; A. Celotto, *Le "modalità" di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in AA.VV. (a cura di), *Sovranità rappresentanza democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Napoli, 2000, 437; F. Donati, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1995; R. Mastroianni, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Diritto comunitario e diritto interno*. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, Milano, 2008.

⁵ Sull'interpretazione dell'art. 2 Cost. nella giurisprudenza della Corte costituzionale cfr. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 54 ss.

⁶ La tesi è stata sostenuta, tra gli altri, da A. Barbera, *Sub art. 2 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975, 65-69 e 102-117.

perché tutte le libertà che abbiamo chiamato aggiuntive rampollano dal tronco di quelle che si leggono in Costituzione [...] oppure sono del tutto estranee ad esse, ma allora non meritano la tutela costituzionale, e infine perché gli istituti della libertà, ancorati ad un diritto naturale estraneo all'esperienza giuridica contemporanea, assumerebbero connotati talmente labili e soggettivi da scomparire nella nebbia dell'incertezza del diritto»⁷.

Un esempio significativo del ruolo svolto dalla Corte costituzionale nel dare copertura costituzionale a figure inedite di diritti fondamentali, emerse nel corso dei decenni trascorsi dall'entrata in vigore della Carta costituzionale è il diritto alla riservatezza. Nel 1947 la coscienza sociale e la cultura giuridica in Italia non erano ancora giunte alla maturità di considerare il diritto alla riservatezza come un diritto fondamentale della Costituzione. Tuttavia, la consulta è giunta ad affermare tale principio, facendo leva sull'art. 2 Cost., sull'art. 14 Cost., che riconosce e garantisce come inviolabile la libertà di domicilio, nonché sull'art. 15 Cost., che a sua volta definisce inviolabile la libertà e segretezza della corrispondenza.

Un esempio più recente, ma altrettanto significativo, del ruolo svolto in tal senso dalla consulta, è costituito dal diritto di procreare. Il giudice delle leggi, in particolare, ha affermato chiaramente l'esistenza e il rilievo costituzionale di tale diritto nella sentenza n. 332/2000, con la quale si dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, punto 3, l. n. 64/1942 (*Modificazioni alle leggi di ordinamento della regia guardia di finanza*) nella parte in cui include, tra i requisiti necessari per essere reclutati nel corpo della guardia di finanza, l'essere senza prole⁸. Tale previsione, infatti, a parere della Corte costituzionale, si concretizza in una ingiustificabile «limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore».

La Corte costituzionale, nella citata sentenza, ravvisa il contrasto della disciplina legislativa impugnata con gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost., «non potendosi ravvisare, neppure nella delicata fase del reclutamento e dell'addestramento, un'esigenza dell'organizzazione militare così

⁷ Cfr. P. Barile, op., cit., 54 ss.

⁸ In applicazione dell'art. 27, l. n. 87/1953, che prevede e disciplina l'ipotesi di illegittimità consequenziale, la Corte costituzionale, con la sentenza in esame, ha dichiarato altresì l'illegittimità delle seguenti disposizioni legislative: a) art. 9, c. 2, lett. b), del r.d.l. n. 1281/1923 (*Provvedimenti per la regia Guardia di finanza*), come sostituito dall'art. 4, r.d.l. n. 1223/1931, nella parte in cui include, tra i requisiti necessari per essere reclutati nella guardia di finanza l'essere senza prole; l'art. 35, c. 1, l. n. 447/1964 (*Norme per i volontari dell'esercito, della Marina e dell'Aeronautica e nuovi organici dei sottufficiali in servizio permanente delle stesse forze armate*), nella parte in cui richiede, come condizione per l'ammissione ai vincoli annuali di ferma, l'essere senza prole; l'art. 4, c. 1, lett. a), l. n. 371/1967 (*Disposizioni sul reclutamento degli ufficiali in servizio permanente della Guardia di finanza*), nella parte in cui include, tra i requisiti necessari per essere ammessi al corso di cui al precedente art. 2, n. 1), l'essere senza prole; l'art. 5, c. 1, n. 4), l. n. 212/1983 (*Norme sul reclutamento, gli organici e l'avanzamento dei sottufficiali dell'Esercito, della Marina, dell'Aeronautica e della Guardia di finanza*) – abrogato dall'art. 40, d. lgs. n. 196/1995 – nella parte in cui include, tra i requisiti necessari per partecipare all'arruolamento di cui al precedente art. 4, l'essere senza prole; l'art. 11, c. 2, lett. a), n. 3), d.lgs. n. 196/1995 (*Attuazione dell'art. 3 della legge 6 marzo 1992, n. 216, in materia di riordino dei ruoli, modifica alle norme di reclutamento, stato ed avanzamento del personale non direttivo delle Forze armate*), nella parte in cui include, tra i requisiti necessari per essere ammessi ai concorsi di cui alla lett. a) del c. 1 del medesimo art. 11, l'essere senza prole; l'art. 6, c. 1, lett. c), del d.lgs. n. 199/1995 (*Attuazione dell'art. 3 della legge 6 marzo 1992, n. 216, in materia di nuovo inquadramento del personale non direttivo e non dirigente del Corpo della Guardia di finanza*), nella parte in cui include, tra i requisiti necessari per essere ammessi al corso per la promozione a finanziere, l'essere senza prole, nonché l'art. 36, c. 1, lett. b), n. 3) dello stesso d.lgs. n. 199/1995, nella parte in cui include, tra i requisiti necessari per essere ammessi ai corsi per il conferimento della nomina a maresciallo, l'essere senza prole; l'art. 2, c. 2, d.lgs., n. 24/2000 (*Disposizioni in materia di reclutamento su base volontaria, stato giuridico e avanzamento del personale militare femminile nelle Forze armate e nel Corpo della guardia di finanza, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 20 ottobre 1999, n. 380*), nella parte in cui include, tra i requisiti necessari per la partecipazione ai concorsi per l'ammissione ai corsi regolari delle accademie e di quelli degli istituti e delle scuole di formazione, e tra i requisiti che debbono essere posseduti all'atto dell'ammissione ai corsi e mantenuti fino al transito in servizio permanente o all'acquisizione della qualifica di aspirante, l'essere senza prole.

preminente da giustificare una limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore, sia pure prevista ai limitati fini dell'arruolamento e dell'ammissione ai reparti di istruzione. Una così grave interferenza nella sfera privata e familiare della persona – suscettibile di protrarsi eventualmente anche oltre il periodo di formazione del militare, durante i primi anni dopo l'assunzione del servizio permanente – non può, sul piano dei principi costituzionali, ritenersi giustificata dall'intensità e dall'esigenza di tendenziale esclusività del rapporto di dedizione che deve legare il militare in fase di istruzione al corpo di appartenenza, dovendo la necessaria continuità nella frequenza dei corsi di addestramento trovare garanzia in regole e rimedi diversi dal divieto di avere prole. Un divieto siffatto si pone in contrasto con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 Cost. l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata».

Non solo, quindi, la corte costituzionale riconosce l'esistenza e il rilievo costituzionale del diritto di procreare, ma ne ravvisa la natura di diritto fondamentale.

Il giudice delle leggi è tornato ad affermare il carattere inviolabile del diritto di procreare con la sentenza n. 162/2014, nella quale, tra l'altro, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 4, c. 3, l. n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, c. 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.

Nel considerato in diritto, la consulta fa leva sugli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost⁹. Pertanto, la principale novità rispetto alla precedente pronuncia risiede nel richiamo del diritto fondamentale alla salute tra i valori sui quali si fonda l'invulnerabilità del diritto di procreare¹⁰.

I primi riferimenti all'ambiente nelle argomentazioni delle decisioni della Corte costituzionale rimontano agli anni settanta, periodo nel quale la tematica ambientale comincia ad assumere rilievo anche nel diritto internazionale e in quello delle comunità europee. In questa prima fase, tuttavia, la Corte costituzionale si riferisce all'ambiente in un senso ancora molto restrittivo, ovvero come parte di territorio che merita particolare tutela per il suo valore culturale, scientifico, storico o turistico¹¹.

⁹ Secondo la corte costituzionale (cfr. punto 6 del considerato in diritto), «Deve anzitutto essere ribadito che la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000). La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera. In tal senso va ricordato che la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato come la legge n. 40 del 2004 sia appunto preordinata alla «tutela delle esigenze di procreazione», da contemperare con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi (sentenza n. 151 del 2009)».

¹⁰ Ad avviso della corte, in particolare: «Non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango».

¹¹ Cfr. ad es. sent. Corte costituzionale n. 79/1971.

Anche nella prima metà degli anni ottanta, nonostante la maggiore frequenza dei riferimenti all'ambiente e nonostante le argomentazioni più articolate, la giurisprudenza costituzionale rimane ancorata a una visione settoriale dell'ambiente che non assume ancora un rilievo unitario. «La tutela dell'ambiente viene concepita ancora come un contenitore puramente nominalistico di interessi diversi, ciascuno con una propria autonoma configurazione e del tutto privi di denominatore comune»¹².

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale, l'idea dell'ambiente come valore fondamentale dell'ordinamento costituzionale, in un senso pieno e moderno, si afferma solo nella seconda metà degli anni ottanta dello scorso secolo¹³.

Già la sentenza della Corte costituzionale n. 210/1987 tende all'affermazione di una concezione unitaria del bene ambientale comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali. Nella citata pronuncia, infatti, la Corte afferma che l'ambiente: «comprende la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue componenti), la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni».

Ma particolarmente significativa, da questo punto di vista, per la chiarezza e l'ampiezza dell'argomentazione, è la sentenza della Corte cost. n. 641/1987, che individua nell'art. 9 Cost. e nell'art. 32 Cost. i parametri di riferimento e definisce l'ambiente come «bene unitario» oltre che come «valore primario ed assoluto»¹⁴.

D'altro canto, però, la Consulta ha chiarito che pur essendo l'ambiente un bene unitario, ciascuna sua componente può essere oggetto di specifica e autonoma tutela (cfr. ordinanza Corte cost. n. 195/1990).

L'ambiente, pertanto, nella giurisprudenza costituzionale viene a configurarsi come una «unicità complessa», così come bene delineato nella sentenza n. 356/1994, ove si legge a tale proposito: «la protezione dell'ambiente, che pure attraversa una molteplicità di settori in ordine ai quali si mantengono competenze diverse, statali e regionali, ha assunto una propria autonoma consistenza, che, in ragione degli specifici ed unitari obiettivi perseguiti, non si esaurisce né rimane assorbita nelle competenze di settore»¹⁵.

Per quanto concerne il rapporto tra ambiente e iniziativa economica privata, nella sentenza della Corte costituzionale n. 190/2001, si legge: «è acquisito alla giurisprudenza costituzionale che al limite dell'utilità sociale, a cui soggiace l'iniziativa economica privata in forza dell'articolo 41 Cost., non possono dirsi estranei gli interventi legislativi che risultino non irragionevolmente (art. 3 Cost.) intesi alla tutela dell'ambiente».

3. L'ambiente tra utopia dei valori e approccio funzionalista. La configurazione dell'«ambiente» nel diritto costituzionale dipende largamente dal metodo utilizzato, su un piano convenzionale e dommatico, per la costruzione delle categorie giuridiche di riferimento¹⁶.

¹² Così M. Bellocci, P. Passaglia, *La giurisprudenza costituzionale relativa al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di «ambiente» e di «beni culturali»*, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_189_2_Ambiente.pdf, 2009.

¹³ Cfr. A. Vuolo, *La tutela dell'ambiente quale principio fondamentale comune*, in M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2002, 925 ss.

¹⁴ Cfr. altresì, nella stessa linea, la sentenza della Corte costituzionale n. 127/1990.

¹⁵ Cfr. M. Bellocci, P. Passaglia, op., cit.

¹⁶ Sul tema cfr. AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Seminario di studi dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (Messina, 23 febbraio 1996), Padova, 1997.

Secondo un approccio fondato su teorie idealistiche dei valori, l'ambiente può essere configurato sia come obiettivo da perseguire e realizzare nel tempo (Dworkin), sia come interesse ricognitivo di quella che può definirsi come la morale sociale (Mac Cormik)¹⁷.

La prospettiva di tipo funzionalista, invece, evidenzia come il pensiero, per suo statuto logico, proceda attraverso astrazioni concettuali munite di una forza rappresentativa che pur essendo prive in concreto di un contenuto ben definito e delimitato, si impongono «come se» fossero vere e concrete (Vaihinger)¹⁸.

In questa ultima prospettiva, i valori assumono «la funzione di strumenti logici della rappresentazione, fanno parte dell'apparato conoscitivo e, dunque, in tal senso del metodo. Senza tali astrazioni che consentono di rappresentare unitariamente interi ambiti materiali ben difficilmente possono immaginarsi e costruirsi sia le norme-principio, sia le norme-regole. Ad esempio, in passato non mancavano discipline riconducibili alla problematica ambientale, basti pensare alla regimentazione delle acque, ma finché non è maturata una sensibilità politico-culturale che ha permesso di rappresentare l'«ambiente» in termini del tutto astratti, come un valore, è mancato il riferimento argomentativo in grado di sostenere una definizione categoriale: l'«ambiente», dinanzi alla varietà dei fenomeni ad esso riconducibili, si mostra come una mera finzione logica che, però, in virtù della sua forza esplicativa viene percepita «come se» fosse reale, consentendo la costruzione di un sistema normativo-relazionale»¹⁹.

In effetti, nella realtà, i fenomeni e i rapporti considerati costitutivi dell'«ambiente» sono eterogenei e profondamente intrecciati con innumerevoli altri rapporti, sicché parlare di ambiente come materia risulta possibile solo su un piano convenzionale (o stipulativo), per comodità di analisi scientifica e per utilità pratica. A ben vedere, però, il concetto di ambiente, se portato alla sua massima estensione, finisce per assumere contorni così ampi e indefiniti da rischiare la dissoluzione o l'irrilevanza giuridica. In ogni caso, anche se inteso in senso più restrittivo, l'ambiente, quando viene considerato come materia, si interseca con una serie notevole di altre materie e si sovrappone, totalmente o parzialmente, a numerose altre.

L'approccio funzionalista, pertanto, da una parte, consente di superare la critica alla teoria dei valori fondata sulla presunta arbitrarietà delle costruzioni valoriali che sarebbe determinata dalla mancanza di una loro base positiva; dall'altra, consente, su un piano pragmatico, di apprestare gli strumenti ritenuti necessari per la tutela di beni giuridici considerati, dalla comunità di riferimento, di rilievo costituzionale fondamentale.

L'emersione sul piano giuridico dell'ambiente, soprattutto nella giurisprudenza costituzionale, è stata resa possibile, negli ultimi decenni, solo dalla consapevolezza, assunta dalla cultura politica, di una sensibilità maturata nel corpo sociale.

Le Costituzioni, infatti, assumono significato ed effettività, ben oltre il nudo dato dispositivo, solo grazie alla cultura politico-istituzionale che le sorregge e che condiziona l'opera degli

¹⁷ Sulla teoria dei valori cfr., in particolare, S. Bartole, *L'inevitabile elasticità delle Costituzioni scritte tra ricognizione dell'esistente e utopia dei valori*, in AA.VV. (a cura di), *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, cit., 13 ss.; A. Ruggeri, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)*, in AA.VV. (a cura di), *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, cit., 28 ss.; A. Baldassarre, *Il problema del metodo nel diritto costituzionale*, in AA.VV. (a cura di), *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Seminario di studi dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (Messina, 23 febbraio 1996), Padova, 1997, 90 ss.

¹⁸ Sull'approccio funzionalista, con particolare riferimento al pensiero di Hans Vaihinger e alla sua filosofia del «come se», cfr., in particolare, P. Ciarlo, *Intervento*, in AA.VV. (a cura di), *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, cit., 117 ss.

¹⁹ P. Ciarlo, op., cit., 121 ss.

interpreti²⁰.

L'approccio funzionalista, tuttavia, non può essere spinto alle estreme conseguenze, fino a far prevalere la cultura politica del tempo sul dato positivo e sul sistema dei valori consolidati, ovvero fino a disancorare l'interpretazione e l'applicazione costituzionale dalla lettera della Costituzione e dalle tradizioni costituzionali, rischiando di disconoscere, per questa via, la giusta e necessaria preminenza, in una chiave logico-sistematica, dei principî fondamentali della Costituzione democratica.

Il pluralismo dei metodi nella scienza costituzionale appare, quindi, la soluzione preferibile per evitare di cadere in una contrapposizione, irresolubile quanto sterile, tra giurisprudenza dei concetti e giurisprudenza degli interessi. Mentre appare sempre più urgente e necessaria l'opera di ammodernamento del legislatore costituzionale, anche con riferimento alla prima parte della Carta, per offrire punti di riferimento solidi e rappresentativi all'opera del giudice costituzionale e degli altri interpreti della Costituzione.

4. La tutela dell'ambiente come principio costituzionale comune europeo. Il diritto pubblico comparato ha messo in evidenza come la tutela costituzionale dell'ambiente si sia affermata negli ultimi decenni in gran parte dei Paesi membri dell'Unione Europea²¹.

Anche nel Diritto dell'Unione europea, come nell'ordinamento nazionale italiano, il principio costituzionale della tutela dell'ambiente si è affermato per via giurisprudenziale. Decisivo, in tal senso, è stato il ruolo della Corte di Giustizia dell'Unione europea che, come è noto, attraverso la ricognizione delle tradizioni costituzionali comuni ai Paesi Membri, ha fornito, in senso più ampio un contributo decisivo alla formazione del diritto costituzionale comune europeo.

In particolare, la trasformazione delle comunità europee in Unione europea – avvenuta in virtù del trattato di Maastricht – ha sancito la nascita di un ordinamento sovranazionale a fini non più esclusivamente economici ma anche sociali e politici. Nel neonato ordinamento ha così assunto rilievo centrale il tema delle libertà personali²².

La Corte ha ricostruito, infatti, nel corso degli anni, un sistema di valori, introducendo nell'ordinamento europeo principi dallo stesso non esplicitamente previsti, senza seguire un progetto organico, ma prendendo spunto dai casi che di volta in volta sono stati portati al suo esame.

Le originarie connotazioni economicistiche e settoriali delle Comunità europee avevano favorito, in passato, lo sviluppo di una particolare sensibilità della Corte di giustizia per le libertà in campo economico. Sicché, il principio pluralista aveva acquisito una sua consistenza nella giurisprudenza comunitaria prevalentemente attraverso l'affermazione del divieto di discriminazione, del diritto di concorrenza, della libertà di circolazione e della libertà di stabilimento.

Questa angusta prospettiva risulta superata alla luce della giurisprudenza comunitaria più

²⁰ In senso conforme, P. Ciarlo, op. cit., 122, ove si afferma: «In definitiva credo che il diritto costituzionale per costruire la propria conoscenza normativa debba partire dalla consapevolezza della cultura politica che regge una determinata compagine statale: la cultura politica può essere conosciuta attraverso le finzioni valoriali cioè attraverso quelle astrazioni logiche che consentono di rappresentare unitariamente, e quindi classificare in una medesima specie, fenomeni eterogenei».

²¹ *Ex plurimis*, cfr. D. Amirante, *Ambiente e principi costituzionali nel diritto comparato*, in Id. (a cura di), *Diritto ambientale e Costituzione. Esperienze europee*, Torino, 2000; G. Cordini, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 1997; S. Grassi, *Costituzioni e tutela dell'ambiente*, in S. Scamozzi (a cura di), *Costituzioni, razionalità, ambiente*, Torino, 1994.

²² Sul tema cfr. E. Pagano, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1996, 163 ss.

recente, soprattutto di quella successiva alla approvazione del trattato di Maastricht, dalla quale emerge una rinnovata attenzione alle libertà religiose, culturali, politiche e sociali²³. Sicché oggi è possibile affermare che «se esiste una tradizione costituzionale comune degli Stati dell'Unione, come si ricava da numerose decisioni della Corte di giustizia, tale tradizione non è nel senso della supremazia delle regole dell'economia di mercato ma se mai del contemperamento di tali regole con le esigenze di sviluppo economico e sociale e nella eliminazione delle ineguaglianze, secondo una strategia confermata dall'art. 3 del trattato C.E.»²⁴.

Le dimensioni del catalogo dei diritti civili, economici e sociali dichiarati nella giurisprudenza della Corte di giustizia, fornisce un segno tangibile della portata e dell'importanza dell'opera svolta²⁵.

La Corte, facendo emergere in via giurisprudenziale i diritti fondamentali dell'ordinamento comunitario ha così anticipato e stimolato le determinazioni delle conferenze intergovernative e degli organi politici dell'Unione. Si è trattato di un contributo determinante e probabilmente necessario, ma il ritardo dei processi di decisione politica ha dato luogo a molteplici problemi.

In particolare, il grado di tutela assicurato dalla giurisprudenza comunitaria ai diritti fondamentali si è mostrato spesso inferiore a quello assicurato all'interno degli ordinamenti nazionali più sensibili a questi valori costituzionali.

In effetti, l'affermazione di principi formalmente estranei all'ordinamento comunitario è stata fatta, spesso, nel tentativo di ricercare una soluzione a questioni proposte dallo stesso ordinamento comunitario, e quindi, in considerazione della sua natura e delle sue finalità.

In tal senso si è parlato di un metodo «selettivo» della Corte, in quanto avrebbe riconosciuto un primario interesse a posizioni giuridiche soggettive solo in quanto le stesse si inserivano

²³ Il contributo fornito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia alla individuazione dei diritti fondamentali a livello europeo è ben evidenziato in E. Pagano, *Sui rapporti tra la Carta e i principi fondamentali elaborati dalla Corte di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2001, 177. Sul tema cfr., altresì, R. Toniatti, *La via giurisdizionale per la legittimazione dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2001, 186.

²⁴ F. Cuocolo, *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, gennaio-febbraio, 2000, 587.

²⁵ Rientrano tra i diritti e i principi fondamentali riconosciuti dalla Corte: il diritto alla dignità (cfr. ad es. sent. 03.07.1974, *Casagrande I*, in Racc., 773); il principio di uguaglianza e di non discriminazione (cfr. ad es. sent. 07.06.1972, *Sabbatini Bertoni*, in Racc., 746, sul principio di parità tra lavoratori e lavoratrici; sent. 15.01.1986, *Pinna*, in Racc., 1, sul divieto di discriminazione dei lavoratori immigrati in materia di prestazioni sociali; sent. 12.12.1996, *Altmann e a./Commission*, Rac. p. II - 2041, Rac. FP p. II-1471 sul principio di ragionevole durata delle distinzioni normative giustificate da condizioni oggettive temporanee; sent. 16.04.1997, *Kuchlenz-Winter/Commission*, in Rac. p. II - 637, Rac. FP p. II-235 sul principio di ragionevolezza delle distinzioni normative); la libertà di associazione (cfr. ad es. sent. 08.10.1974, *Union Syndicale*, in Racc., 917); la libertà religiosa (cfr. ad es. sent. 27.10.1976, *Prais*, in Racc., 1589); la libertà di espressione (cfr. ad es. VBVB-VBBB, 17.01.1984, in Racc.); il diritto alla riservatezza (cfr. ad es. sent. 26.06.1980, *National Panasonic*, in Racc., 2030; sent. 18.05.1989, *Commissione c. Germania*, in Racc., 1263; sent. 08.04.1992, *Commissione c. Germania*, in Racc.; sent. 15.05.1997, *N/Commission*, Rac. FP p. II-289; sent. 18.12.1997, *Gill/Commission*, Rac. FP p. II-1231); il diritto di soggiorno (cfr. ad es. sent. 29.10.1975, *Rutili*, in Racc., 1219); il diritto alla ricongiunzione del nucleo familiare (cfr. ad es. sent. 15.02.1985, *Diatta*, in Racc., 567); la libertà di domicilio (cfr. ad es. sent. 21.09.1989, *Hoechst*, in Racc., 2859); il diritto di difesa (cfr. ad es. sent. 01.04.1987, *Dufay*, in Racc., 1561; sent. 14.05.1986, *Johnston*, in Racc., 1663; sent. 23.10.1974, *Transocean Marine Paints*, in Racc., 1063; sent. 18.05.1992, *A.M. & S.*, in Racc., I-1575); il principio nulla poena sine culpa (cfr. ad es. sent. 10.07.1990, *Hansen*, in Racc., I-2911); il principio di irretroattività delle norme penali (cfr. ad es. sent. 10.07.1984, *Kirk*, in Racc., 2689); il diritto di proprietà e la libertà professionale (cfr. ad es. sent. 13.12.1979, *Hauer*, in Racc., 3727); la libertà di commercio e, più in generale, di iniziativa economica (cfr. ad es. sent. 17.12.1970, *Internationl Handelsgesellschaft*, in Racc., 1125); la libertà di concorrenza (cfr. ad es. sent. 07.02.1985, *ADBHU*, in Racc., 531; sent. 19.10.1977, *Ruckdeschel*, in Racc., 1753).

nella struttura e negli obiettivi della Comunità, di fatto sminuendone la portata²⁶.

Si sono, inoltre, verificati dei difetti di coordinamento tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, talvolta sfociati in veri e propri contrasti giurisprudenziali.

Sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, il trattato sull'Unione è giunto al riconoscimento dell'esistenza e della vincolatività delle tradizioni costituzionali comuni. Le disposizioni che vengono in rilievo, in particolare, sono quelle contenute negli articoli 6 e 7 del trattato di Maastricht, come modificato dal trattato di Amsterdam.

Come è noto, l'art. 6 del trattato istitutivo, afferma che l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri, in quanto principi generali dell'ordinamento comunitario²⁷.

L'art 7 prevede una complessa procedura che può portare all'applicazione di sanzioni a carico di Paesi membri che si siano resi colpevoli della violazione dei valori fondamentali dell'Unione europea affermati nell'art. 6 del trattato istitutivo dell'Unione²⁸.

L'art. 46, lett. d), del trattato istitutivo, ha demandato alla Corte di giustizia la competenza a pronunciarsi, a norma dei trattati istitutivi delle comunità, sul rispetto dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni; legittimando, così, espressamente il ruolo già da tempo svolto dalla Corte.

Il trattato sull'Unione, inoltre, ha operato dei riferimenti ai diritti fondamentali dell'uomo anche nella disciplina di alcuni settori. Ai sensi dell'art. 11, quinto trattino, infatti, la PESC deve tendere allo sviluppo e al consolidamento dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Inoltre, l'art. K2, n. 1, prevedeva che la cooperazione in materia di giustizia e di affari interni dovesse essere realizzata nel rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Convenzione sullo status dei rifugiati²⁹.

A sua volta, il trattato C.E., come modificato ad Amsterdam, nel secondo comma aggiunto all'art. 3 afferma che l'azione della Comunità mira ad eliminare le disuguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne.

Particolarmente significativo, ai fini dell'affermazione del principio pluralista nell'ordinamento comunitario, l'art 13 del medesimo trattato, nel quale si prevede che, fatte salve le altre disposizioni del trattato e le competenze comunitarie, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, possa adottare provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.

Un ulteriore passo in avanti nella direzione dell'affermazione e definizione di un diritto

²⁶ Cfr. M.A. Dausès, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, in *Rivista trimestrale di diritto europeo*, 1984, 413.

²⁷ Si tratta di una disposizione di grande rilievo che, dando un fondamento positivo alla categoria delle tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri, ha conferito, sia pure in parte, una legittimazione democratica al nucleo dei valori costituzionali dell'Unione europea individuato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

²⁸ In concreto, il ricorso al procedimento disciplinato dal citato art. 7 è stato sinora ipotizzato solo nel cosiddetto caso *Haider*. Su tale vicenda cfr. gli atti del forum sul tema «Il caso Austria e la forma di stato europea» pubblicati dalla rivista *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2000, 182 ss.

²⁹ Questa ultima disposizione è stata omessa nel trattato di Amsterdam che ha modificato la parte del trattato sull'Unione relativa alla cooperazione in materia di giustizia e di affari interni, trasferendo parte della disciplina di tale materia nel trattato comunitario.

costituzionale europeo è stato compiuto con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – approvata il 7 dicembre 2000 ai margini della conferenza intergovernativa di Nizza³⁰ e successivamente incorporata nel Trattato di Roma dell'ottobre 2004 che istituisce una Costituzione per l'Europa – la quale contiene un catalogo ampio e articolato delle libertà fondamentali dell'uomo, contemplando sia le libertà fondamentali classiche (tra le quali quella di religione), sia i diritti sociali, sia i cosiddetti nuovi diritti.

Quanto alle tecniche di redazione utilizzate, suscita perplessità la scelta di fermarsi alla enunciazione dei diritti fondamentali senza fissare riserve di legge e di giurisdizione e senza tentare neppure di delineare il sistema dei limiti ai quali ciascun diritto deve andare incontro³¹. Non si tratta di un rilievo secondario, se è vero che la consistenza e l'effettività di un diritto fondamentale deriva dalla definizione e dalla portata delle garanzie delle quali esso è fornito, nonché dei limiti ai quali esso va incontro per il necessario bilanciamento con gli altri valori fondamentali.

Il trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa è stato adottato dai capi di Stato e di governo al Consiglio europeo di Bruxelles del 17 e 18 giugno 2004 e quindi firmato a Roma il 29 ottobre. Dopo il voto contrario alla Costituzione europea espresso dagli elettori in Francia e nei Paesi Bassi nel 2005 ed un periodo di riflessione di due anni, il 23 giugno 2007 i capi di Stato e di governo dell'UE hanno raggiunto un'intesa sul mandato per la successiva conferenza intergovernativa, che ha dato luogo al Trattato di Lisbona.

Il Trattato di Lisbona, noto anche come Trattato di riforma – ufficialmente Trattato di

³⁰ Il punto di partenza del processo che ha portato alla proclamazione della Carta dei diritti fondamentali, può essere individuato nella decisione assunta dal Consiglio dell'Unione europea a Colonia nel giugno 1999 di affidare ad una Convenzione di raccogliere «i diritti fondamentali vigenti a livello dell'Unione» al fine di renderli «più manifesti». La formula utilizzata nelle conclusioni del Consiglio europeo di Colonia appare corretta, dal momento che l'emersione dei diritti fondamentali dell'Unione europea si era già verificata nella giurisprudenza della Corte di giustizia comunitaria. Nelle conclusioni del Consiglio di Tampere del 14 e 15 ottobre 1999 è stata stabilita la composizione della Convenzione, già abbozzata nelle conclusioni del Consiglio europeo di Colonia, e sono state determinate le modalità di svolgimento dei lavori.

In data 2 ottobre 2000 la Convenzione ha licenziato definitivamente il testo della Carta dei diritti fondamentali, che è stata proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 con la firma congiunta da parte dei presidenti di Parlamento europeo, Consiglio e Commissione a margine della conferenza intergovernativa che ha prodotto il trattato di Nizza. Il percorso istituzionale che ha condotto alla proclamazione della Carta dei diritti fondamentali è puntualmente ricostruito in un dossier pubblicato a cura di R. Adam sulla rivista *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4/2000, nel quale sono pubblicati i documenti più significativi dei lavori preparatori nonché il testo della Carta. Il dossier è preceduto da una interessante introduzione ricostruttiva del curatore, cfr. R. Adam, *Introduzione*, in R. Adam, *Dossier. Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4, 2000.

Sulla Carta dei diritti dell'Unione Europea cfr. altresì A. Barbera, *La Carta europea dei diritti e la Costituzione italiana*, in AA.VV. (a cura di), *La libertà e i diritti nella prospettiva europea*, Padova, 2002; R. Bifulco, *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti dell'Unione europea*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in memoria di L. Paladini*, Napoli, 2004; U. De Siervo, *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001; S. Gambino, *Diritti fondamentali e Unione europea: una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009; V. Onida, *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, in *www.astrid-online.it*, 2, 2010; C. Salazar, *A Lisbon Story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea da un tormentato passato...a un incerto presente?*, in *www.gruppodipisa.it*; G. Telese, *Dal trattato di Amsterdam alla proclamazione della Carta dei diritti dell'Unione europea: recenti sviluppi nella codificazione dei diritti fondamentali in ambito comunitario*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 2001, 100; G. Tiberi, *L'Effettività dei Diritti Fondamentali nell'Unione Europea: verso una "politica" dei diritti fondamentali decisa a Bruxelles?*, in *Astrid – Rassegna*, 62 (anno 3, n. 21), 2007; V. Zagrebelsky, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *www.europeanrights.eu*, 12, 2007.

³¹ Sul punto cfr. U. De Siervo, *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 2001, 153 ss.

Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea - è il trattato internazionale, firmato il 13 dicembre 2007, che ha apportato ampie modifiche al Trattato sull'Unione europea e al Trattato che istituisce la Comunità europea. Rispetto al precedente Trattato, quello di Amsterdam, esso abolisce i "pilastri", provvede al riparto di competenze tra Unione e Stati membri, e rafforza il principio democratico e la tutela dei diritti fondamentali, anche attraverso l'attribuzione alla Carta di Nizza del medesimo valore giuridico dei trattati. È entrato ufficialmente in vigore il 1° dicembre 2009. Per quanto concerne, in particolare, la tutela dell'ambiente, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, nella sua fase pretoria, che risale alla fine degli anni settanta del secolo passato ha fatto leva soprattutto sugli artt. 100 e 235 del Trattato³².

Particolarmente significativa in tal senso è la sentenza della Corte di Giustizia 18 marzo 1980, con la quale, sulla base dell'art. 100 del Trattato, si dichiarano legittime alcune disposizioni contenute in atti-fonte comunitari volte alla tutela della salute e dell'ambiente³³. Meritevole di menzione in questa sede appare pure la sentenza della Corte Giustizia 7 febbraio 1985 nella quale si afferma che la tutela dell'ambiente «costituisce uno degli scopi essenziali della Comunità»³⁴.

Il primo riconoscimento espresso delle competenze della Comunità europea in materia di tutela dell'ambiente è avvenuto con l'Atto unico europeo, che nella terza parte, dedicata alle politiche della Comunità, contiene il titolo VIII dedicato all'ambiente (artt. 130R, 130S, 130T).

Sulla base di tali ultime disposizioni si è verificato un ulteriore progresso in tema ambientale della giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha chiarito, tra l'altro, come le esigenze di tutela dell'ambiente costituissero una componente fondamentale delle altre politiche della Comunità³⁵.

Il Trattato di Maastricht - facendo un ulteriore passo avanti rispetto all'Atto unico europeo - ha definitivamente affrancato le politiche della Comunità di tutela dell'ambiente dalla critica di avere una funzione esclusivamente ancillare rispetto al perseguimento dell'obiettivo fondamentale di realizzare il mercato unico³⁶.

L'evoluzione giurisprudenziale e normativa descritta ha condotto alla «costituzionalizzazione» in ambito comunitario del principio di tutela dell'ambiente.

Il Trattato che adotta una Costituzione europea prevede già nel suo Preambolo, al Quarto Considerando, una specifica menzione delle responsabilità che l'Unione Europea intende fare proprie in campo ambientale: «Certi che, 'Unita nella diversità', l'Europa offre ai suoi popoli le migliori possibilità di proseguire, nel rispetto dei diritti di ciascuno e nella consapevolezza delle loro responsabilità nei confronti delle generazioni future e della Terra, la grande avventura che fa di essa uno spazio privilegiato della speranza umana».

³² Sulle origini del diritto ambientale europeo cfr., *ex plurimis*, S. Cassese (a cura di), *Diritto ambientale comunitario*, Milano, 1995; G. Cocco, A. Marzanati, Pupilella, A. Russo, *Ambiente*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte speciale, Tomo I, Milano, 1997, 102 ss.; P. Maddalena, *L'ambiente valore costituzionale nell'ordinamento comunitario*, in *Consiglio di Stato*, II, 1999, 949; A. Vuolo, op. cit.

In particolare, sulla più risalente giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di ambiente cfr., *ex plurimis*, F. Fonderico, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di ambiente*, in S. Cassese (a cura di), *Diritto ambientale comunitario*, Milano, 1995, 123 ss.; A. Vuolo, op. cit., 933 ss.

³³ Cause 91/1979 e 92/1979, in *Raccolta*, 1980, 1099.

³⁴ Causa 240/1983, in *Raccolta*, 1985, 531.

³⁵ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia, 11 giugno 1991, n. 300/89, in *Foro italiano*, 1991, IV, 369; sentenza della Corte di Giustizia, 28 giugno 1994, n. 187, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1994, 1368.

³⁶ In senso conforme cfr. A. Vuolo, op. cit., 938.

Nella sua Prima Parte, tra gli «Obiettivi», il Trattato per la Costituzione prevede al c. 3 dell'art. I-3, che l'Unione si deve adoperare «per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente», promuovendo allo stesso tempo il progresso scientifico e tecnologico.

Ai sensi dell'art. I-14, l'Unione mantiene una competenza concorrente con quella degli Stati membri nel settore dell'ambiente.

Nella Seconda Parte della Costituzione, che stabilisce la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, l'art. II-97, in materia di tutela dell'ambiente, fa riproporre i principi dell'art. 37 della Carta di Nizza, stabilendo che: «Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

Nella Parte Terza, dedicata alla «Politiche e al funzionamento dell'Unione», nel Titolo I in tema di «Disposizioni di applicazione generale», l'Articolo III-119 stabilisce che «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni di cui alla presente parte, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

Inoltre la Parte Terza del Testo costituzionale riprende il principio ora stabilito dall'art. 95, c. 3, del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea, prevedendo che la Commissione, nelle proposte miranti ad armonizzare le legislazioni degli Stati membri in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si debba basare «su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici». L'articolo specifica che anche il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, si sforzano di conseguire tale obiettivo.

Tra gli obiettivi specifici in materia ambientale, l'art. III-233 prende in considerazione, al pari di quanto stabilito dal c. 1 dell'art. 174 del Trattato, «la salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente; la protezione della salute umana; l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali; la promozione, sul piano internazionale, di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale».

I principi ai quali l'azione dell'Unione in campo ambientale si richiama sono quelli già previsti dal Trattato, al c. 2 dell'art. 174: i principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente e sul principio «chi inquina paga».

Infine, si stabilisce che nel predisporre la politica in materia ambientale l'Unione debba tener conto: a) dei dati scientifici e tecnici disponibili; b) delle condizioni dell'ambiente nelle varie regioni dell'Unione; c) dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione; d) dello sviluppo socioeconomico dell'Unione nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle singole regioni.

La tutela ambientale e lo sviluppo sostenibile, come si è detto, figuravano già espressamente tra gli obiettivi dei trattati al momento dell'istituzione dell'Unione Europea, tuttavia il Trattato di Lisbona, recependo in larga parte il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, ha ulteriormente rafforzato l'azione dell'Unione in questi campi, introducendo tra gli obiettivi anche la lotta ai cambiamenti climatici e promuovendo a livello internazionale misure volte a risolvere i problemi dell'ambiente.

5. La giurisprudenza costituzionale in tema di ambiente successiva alla l. cost. n. 3/2001.

La l. cost. n. 3/2001, meglio nota come riforma del Titolo V, ha finalmente introdotto in modo espresso la parola ambiente nel testo della Costituzione. Oggi, in conseguenza della su indicata legge costituzionale, si parla di ambiente in varie disposizioni: il secondo comma, *lett. s)*, dell'art. 117 Cost., prevede una competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema; il terzo comma dell'art. 117 contempla la valorizzazione dei beni ambientali tra le materie di competenza legislativa concorrente; l'art. 116, c. 3, Cost., Costituzione, a sua volta, prevede che una Regione possa ottenere in materia ambientale ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, in virtù di una legge dello Stato approvata dalle camere parlamentari a maggioranza assoluta su iniziativa della Regione interessata. Tuttavia, quest'ultima previsione non è mai stata attuata, per cui lo schema di riferimento nel riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni rimane quello disegnato dall'art. 117 Cost., come interpretato e applicato nella giurisprudenza della Corte costituzionale³⁷.

La giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di ambiente, successiva all'entrata in vigore della l. cost. n. 3/2001, appare alquanto asistemica e difficilmente componibile in un quadro organico. In particolare, non appare sempre facilmente rintracciabile la distinzione operata nella giurisprudenza costituzionale tra tutela dell'ambiente, che dovrebbe essere di competenza legislativa esclusiva dello Stato, e valorizzazione dei beni ambientali, considerata di competenza legislativa concorrente. Sulle decisioni della Consulta, infatti, preme spesso il fatto e la considerazione contingente della dimensione territoriale degli interessi in gioco, con riferimento alla questione concreta più che alla esigenza di una definizione sistematica delle competenze. Sicché, il grado di prevedibilità dell'esito dei singoli giudizi costituzionali è apparso relativamente basso anche per i tecnici della materia. Tuttavia, se una linea di indirizzo si può scorgere nella giurisprudenza esaminata, questa sembra indubbiamente condurre nel senso di una considerazione preminente degli interessi unitari, sia pure in un quadro demarcato dai principi di leale collaborazione e sussidiarietà³⁸.

Da un esame della giurisprudenza su indicata, si può anche chiaramente notare come la nozione di ambiente enucleata dalla Corte costituzionale prima della riforma del Titolo V abbia profondamente influenzato anche l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni costituzionali introdotte dalla l. cost. n. 3/2001. Infatti, anche quando l'ambiente viene visto come materia rispetto alla quale operare un riparto di competenze legislative e/o amministrative tra livelli territoriali di governo, non scompare la diversa dimensione dello stesso come bene della vita, materiale e complesso, la cui disciplina richiede un equilibrio tra le sue diverse componenti³⁹.

In particolare, la Corte costituzionale fa spesso leva sulla dimensione unitaria e complessiva dell'ambiente, inteso anche come ecosistema, per affermare la competenza dello Stato anche nel caso di questioni che fanno riferimento a singole componenti dell'ambiente. Allo stesso modo, l'indicata impostazione ha consentito alla Corte costituzionale di affermare la

³⁷ Sul punto cfr. *ex plurimis* M. Bellocci, P. Passaglia, *La giurisprudenza costituzionale relativa al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di «ambiente» e di «beni culturali»*, cit.

³⁸ Cfr., a titolo puramente esemplificativo, le seguenti sentenze della Corte costituzionale: n. 407/2002, n. 536/2002, n. 96/2003, n. 222/2003, n. 226/2003, n. 227/2003, n. 259/2004, n. 62/2005, n. 108/2005, n. 214/2005, n. 336/2005, n. 32/2006, 182/2006, n. 183/2006, n. 246/2006, n. 378/2007, n. 380/2007, n. 62/2008, n. 104/2008, n. 214/2008, n. 387/2008, n. 12/2009, n. 61/2009, n. 168/2010, n. 33/2011, n. 54/2012, n. 93/2013, n. 19/2014, n. 197/2014.

³⁹ In senso conforme cfr. M. Bellocci, P. Passaglia, *La giurisprudenza costituzionale relativa al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di «ambiente» e di «beni culturali»*, cit.

competenza legislativa esclusiva dello Stato per realizzare la tutela dell'ambiente anche in materie di competenza astrattamente concorrente o addirittura di competenza piena (o residuale) delle Regioni.

Conseguenzialmente, la tutela dell'ambiente è venuta a configurarsi non tanto come una competenza materiale, bensì come una competenza di tipo funzionale, ovvero trasversale rispetto a innumerevoli materie astrattamente di competenza regionale, divenendo così una delle principali chiavi di accesso dello Stato alle competenze regionali e uno dei principali strumenti della giurisprudenza costituzionale per orientare in senso cooperativo e solidale il modello di regionalismo italiano.

6. La l. cost. n. 1/2022: alcune brevi considerazioni sulla legittimità e opportunità della revisione degli articoli 9 e 41 Cost.

La l. cost. n. 1/2022, n. 1, recante *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 44/2022, approvata con la maggioranza dei due terzi dei componenti in seconda votazione da ciascuna camera parlamentare ha finalmente positivizzato in modo espresso il principio di tutela dell'ambiente come principio fondamentale della Costituzione.

In particolare, l'art. 1 della citata legge costituzionale, ha aggiunto all'art. 9 Cost., in fine, il seguente comma: «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». Inoltre, l'art. 2 della stessa legge costituzionale ha apportato all'art. 41 Cost. le seguenti modificazioni: «a) al secondo comma, dopo la parola: 'danno' sono inserite le seguenti: 'alla salute, all'ambiente,; b) al terzo comma sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: 'e ambientali'».

Infine, all'art. 3, la l. cost. in esame, stabilisce che: «1. La legge dello Stato che disciplina i modi e le forme di tutela degli animali, di cui all'articolo 9 della Costituzione, come modificato dall'articolo 1 della presente legge costituzionale, si applica alle regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano nei limiti delle competenze legislative ad esse riconosciute dai rispettivi statuti».

Per la prima volta dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, si è quindi verificata una modifica di una delle prime dodici disposizioni costituzionali dedicate ai principi fondamentali della Costituzione.

Come è noto, i principi fondamentali della Costituzione concorrono a formare quello che si definisce «nucleo duro della Costituzione», ovvero quell'insieme di norme costituzionali che costituiscono un limite inviolabile per lo stesso legislatore costituzionale⁴⁰. Infatti, si tratta di valori normativi⁴¹ che sono consustanziali al principio democratico, espressamente sottratto

⁴⁰ Cfr. sul tema, in particolare, sentenza della Corte costituzionale n. 1146/1988.

La teoria del nucleo duro della Costituzione, nel dibattito dottrinale italiano, deve molto al pensiero di Costantino Mortati. Cfr., in particolare, il suo contributo di riflessione in C. Mortati, *Concetto, limiti e procedimento della revisione costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952.

Sul rilievo fondamentale del pensiero di Mortati in riferimento al tema dei limiti alla revisione, cfr. F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Atti del convegno di Roma del 14 dicembre 2015, Padova, 2017.

Il tema è trattato in modo approfondito nel volume collettaneo S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*. Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Capri 3-4 giugno 2005, Torino, 2006.

⁴¹ Si utilizza l'espressione «valori normativi» non per aderire alla nota «teoria dei valori» ma nel senso critico indicato da Pietro Ciarlo nel suo intervento al convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti sul

al potere di revisione dall'art. 139 Cost. Nel senso che, nel caso un principio fondamentale, diverso dal principio democratico, fosse intaccato nel suo nucleo essenziale, ne risulterebbe leso lo stesso principio democratico. Invero, non ci può essere un ordinamento veramente democratico senza rispetto del principio personalista, senza principio di uguaglianza davanti alla legge, senza rispetto del principio pluralista, senza riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo. Se ne deduce che il costituente, nel sottrarre espressamente il principio democratico alla revisione della Costituzione abbia voluto blindare tutto un sistema di valori. Seguendo questo itinerario logico-argomentativo, la giurisprudenza costituzionale, sulla scorta della migliore dottrina costituzionalistica, ha fatto leva sui limiti espressamente previsti dalla Costituzione, per individuare una serie di limiti impliciti, taciti o logici alla revisione costituzionale.

Questo, ovviamente, non vuol dire che le prime dodici disposizioni costituzionali siano sottratte alla revisione della Costituzione, mentre si possono modificare a piacimento tutte le altre disposizioni costituzionali. Non è una questione topografica o di collocazione delle disposizioni in questione nella sistematica della Carta costituzionale ma è questione di beni costituzionali in gioco. Si possono, invero, modificare le formulazioni linguistiche contenute nei primi 12 articoli della Costituzione, senza per questo intaccare nel loro nucleo essenziale i valori normativi enunciati dalle stesse disposizioni. Per converso, si possono modificare le disposizioni previste dalla parte organizzativa della Costituzione finendo per ledere i principi indefettibili della Carta. Come sarebbe, ad esempio, in modo del tutto evidente, se si prevedesse l'abrogazione del parlamento.

Certo, quando si modificano le disposizioni costituzionali dedicate ai principi fondamentali, si deve usare una particolare cautela, perché, come si è detto, c'è il rischio di ricadute negative sulla effettività del principio democratico. Da questo punto di vista, si deve riconoscere che la legge costituzionale in commento interviene sull'art. 9 Cost. *in bonam partem*, ovvero in senso rafforzativo del riconoscimento e della garanzia dei beni costituzionali ai quali è dedicata la disposizione.

Questa constatazione non esime dal fare una valutazione sulla legittimità dell'intervento di revisione dal punto di vista logico-sistematico, atteso che, anche una modifica *in bonam partem*, potrebbe rivelarsi illegittima nella misura in cui dovesse turbare il sapiente equilibrio tra i valori costituzionali in gioco realizzato dal Costituente, fino al punto da intaccare nel loro nucleo essenziale altri principi fondamentali. Portare alla sua massima espansione un principio costituzionale, infatti, potrebbe condurre a comprimere altri principi altrettanto fondamentali.

Questo rischio non sembra essersi concretizzato nel caso della l. cost. n. 1/2022 per l'accortezza del legislatore costituzionale che ha positivizzato espressamente dei principi già chiaramente emersi nella giurisprudenza costituzionale, sulla base di una interpretazione evolutiva della carta costituzionale⁴².

metodo nel diritto costituzionale svoltosi a Messina il 23 febbraio 1996. Cfr. P. Ciarlo, *Intervento*, in AA.VV. (a cura di), *Il metodo nella scienza del Diritto Costituzionale*, cit.

⁴² Il dibattito dottrinale sulla l. cost. n. 1/2022 si presenta già molto ricco e vivace, in particolare con riferimento ai profili indicati, sui quali la dottrina si è espressa in senso non univoco. Tra i tanti contributi dottrinali sul tema cfr. AA.VV. (a cura di), *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*. Atti del Convegno 28 gennaio 2022, Napoli, 2022; D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022; G. Azzariti, *Tutela dell'ambiente in Costituzione*, in *Lo Stato*, 18, 2022; R. Bifulco, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 6 aprile 2022; Id., *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 3, 2023; M.C. Carbone, *Le parole sono importanti. La configurazione dell'ambiente come valore generale attraverso l'aggiornamento del lessico costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2023; L.

Una valutazione piuttosto, andrebbe fatta sulla opportunità di intervenire a modificare l'art. 9 Cost., soprattutto in considerazione del rischio che la legge costituzionale n. 1/2022 possa essere utilizzata, in buona o in cattiva fede, come un precedente per giustificare altri interventi sui principi fondamentali non altrettanto ponderati e rispettosi del principio democratico.

Del resto, come si è accennato, il rischio che una legge costituzionale vada a intaccare nel loro nucleo essenziale i principi fondamentali della Costituzione sussiste sempre, anche quando la legge costituzionale non vada a modificare i primi dodici articoli della Carta costituzionale ma intervenga sugli articoli dedicati alla parte organizzativa. Rimane, quindi, compito degli studiosi segnalare tali eventuali violazioni che andrebbero giustiziate in sede di giudizio di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale.

La positivizzazione espressa nelle disposizioni dedicate ai principi fondamentali della Costituzione di valori normativi già affermati nella giurisprudenza costituzionale, appare quindi opportuna nella misura in cui concorre ad aggiornare il testo della nostra Costituzione e a renderlo maggiormente rispondente agli interessi, alla cultura e alla coscienza del corpo sociale. La lentezza del legislatore costituzionale nel recepire i nuovi valori che emergono in conseguenza dei mutamenti sociali, culturali e scientifici, infatti, costringe la Corte costituzionale a svolgere spesso una funzione di supplenza, dando copertura costituzionale a tali valori attraverso una interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali, anche avvalendosi del carattere estremamente elastico delle stesse disposizioni⁴³. Solo il legislatore

Cassetti, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *Federalismi.it*, Focus - Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia, 4, 2022; M. Cavino, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione nel quadro dei principi supremi*, in *PasSaggi costituzionali*, 1, 2022; M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi congiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forumcostituzionale.it*, 3, 2021; Id., *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2022; L. Conte, *Ambiente, paesaggio, cultura. Il "lessico" costituzionale dopo la riforma*, in *Rivista AIC*, 3, 2023; A. D'Aloia, *La Costituzione e il dovere di pensare al futuro*, in *BioLaw Journal* – *Rivista di BioDiritto*, 2, 2022; C. De Fiore, *Le insidie di una riforma pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021; F. De Leonardis, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Cameraamministrativa.it*, 28.2.2022; M. Delsignore, A. Marra, M. Ramajoli, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2022; E. Di Salvatore, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022; F. Fabrizzi, *Modifica dei principi fondamentali? Quali conseguenze*, in A. Lamberti (a cura di), *Ambiente, Sostenibilità e Principi costituzionali*, tomo I, Napoli, 2023; Id., *Dal paesaggio all'ambiente*, in *Rivistaaiac.it*, 3, 2023; R. Fattibene, *Una lettura ecocentrica del novellato articolo 9 della Costituzione*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, 3, 2022; M. Ferrara, *La forma dell'ambiente. Un percorso tra scelte di politica costituzionale e vincoli discendenti dalla Cedu*, in *Istituzioni del federalismo*, 4, 2022; G.M. Flick, *L'articolo 9 della Costituzione oggi: dalla convivenza alla sopravvivenza*, in *Federalismi.it*, 12 luglio 2023; T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021; S. Grassi, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, in *Rivistaaiac.it*, 3, 2013; Y. Guerra, R. Mazza, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 4, 2021; L. Imarisio, G. Sobrino (a cura di), *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione e le sue implicazioni: un primo confronto*, Torino, 2022; R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, 13, 2022; A. Morrone, *La modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Convegno annuale dell'Associazione italiana di diritto dell'ambiente, 28 gennaio 2022, in *Aidambiente.it*; D. Porena, *Giustizia climatica e responsabilità intergenerazionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2013; G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Giustiziainsieme.it*, 22 settembre 2021; F. Rescigno, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021; G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2021; A. Vuolo, *La modifica dell'art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali?*, in AA.VV. (a cura di), *Riflessioni ai confini del diritto pubblico*, Atene, 2022.

⁴³ Da ultimo, sul tema, in senso estremamente critico cfr. A. Ruggeri, *Nuovi diritti fondamentali, nuove tecniche decisorie, nuovi equilibri (rectius, squilibri) istituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 3, 2003, 24.11.2023.

costituzionale, però, ha la legittimazione democratica per sancire nel testo della Costituzione i nuovi principi, sottraendoli ai possibili cambi di rotta della giurisprudenza costituzionale e imponendoli con maggior chiarezza ai giudici comuni e al legislatore ordinario.

Che la legge costituzionale n. 1/2022 abbia sancito a livello costituzionale, nell'ambito dei principi fondamentali, dei valori profondamente condivisi dal corpo sociale e ormai divenuti patrimonio comune della collettività, sembra attestato anche dal fatto che la legge costituzionale sia stata approvata nella seconda deliberazione da parte di ciascuna camera, con il quorum dei due terzi dei componenti.

L'approvazione quasi unanime della revisione costituzionale in commento appare ancor più significativa se si consideri che in Italia, a differenza di quanto avviene in altri Paesi membri dell'Unione europea, non esiste un partito politico ambientalista di grandi dimensioni. La revisione costituzionale, quindi, non è stata frutto di una concessione fatta a una componente politica forte del sistema da parte di altre forze politiche o di un accordo per avere in cambio sostegno su altre proposte di riforma care ad altre forze politiche, come pure, purtroppo si tenta di realizzare negli ultimi tempi (Si pensi all'ipotesi di scambio tra presidenzialismo e federalismo di qualche anno fa o a quella più recente di scambio tra premierato e autonomia differenziata). Insomma, sembra fortunatamente che la tutela dell'ambiente, della biodiversità e dell'ecosistema, così come la considerazione delle future generazioni, siano delle priorità riconosciute da tutte le forze politiche. Si tratta, cioè, veramente di valori fondanti della convivenza civile e della nostra democrazia, nel che consiste, in ultima analisi, la natura stessa dei principi fondamentali della Costituzione.

L'art. 41 Cost. è un esempio paradigmatico del carattere compromissorio, pattizio o convenzionale della Costituzione italiana del 1947. La sua formulazione, infatti, attraverso una tecnica di redazione «a strati» è frutto dell'esigenza di contemperare le diverse visioni delle principali componenti politiche dell'Assemblea costituente in tema di iniziativa economica privata: uno dei punti di maggiore contrapposizione politica tra marxisti, liberali e cristiano democratici.

Il primo comma dell'art. 41 Cost., non modificato dalla legge costituzionale n. 1/2022, recita: «L'iniziativa economica privata è libera». La matrice liberale di questa disposizione è del tutto evidente. Se l'articolo in commento fosse limitato a questa affermazione parleremmo di una Costituzione liberista.

Il secondo comma dell'art. 41 Cost., nella formulazione originaria stabiliva: «Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.». In filigrana si coglie, dietro questa disposizione, soprattutto la visione cristiano democratica che pone il principio personalista al centro del sistema dei valori. L'uomo, in quanto essere creato da Dio a sua immagine e somiglianza (*imago Dei*) è portatore di diritti naturali che il diritto positivo è tenuto a riconoscere e a garantire e che costituiscono un limite invalicabile anche per l'iniziativa economica privata, per quanto quest'ultima sia vista in un'ottica cristiano-democratica con favore. La matrice marxista, che ispira interamente il terzo comma, si affaccia nel secondo comma soprattutto con il riferimento a

Lo scritto citato mette in evidenza come il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali sovente si accompagni alla invenzione di nuove tecniche decisorie da parte dei giudici, in specie ad opera della Corte costituzionale, determinandosi di conseguenza nuovi equilibri (o, meglio, squilibri) istituzionali, discendenti dalla confusione che se ne ha tra attività di garanzia ed attività di direzione politica, con conseguente, grave pregiudizio per l'idea di Costituzione, quale mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789. L'autore, seguendo questa linea argomentativa, giunge, infine, a chiedersi se, perdurando (o, peggio, ulteriormente aggravandosi) questo stato di cose, possano immaginarsi diritti costituzionali senza... Costituzione.

«l'utilità sociale». Se l'art. 41 Cost. si limitasse ai primi due commi si potrebbe parlare di Costituzione liberal-democratica.

Il terzo comma dell'art. 41 Cost., originariamente prevedeva: «La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali». Appare evidente come si tratti di una disposizione che fa riferimento alla visione marxista che caratterizzava sia comunisti che socialisti. Anche i socialisti, in effetti, all'epoca dell'Assemblea costituente avevano una cultura marxista e si ispiravano al modello sovietico dei Paesi dell'Europa dell'Est, dove esisteva una economia centralizzata e pianificata dallo Stato attraverso piani pluriennali e dove la proprietà collettiva dei mezzi di produzione era prevalente. La svolta autonomista dei socialisti italiani era lontana: si sarebbe affermata solo negli anni settanta del ventesimo secolo. Se l'art. 41 Cost. avesse contenuto solo questa disposizione, avremmo parlato di una Costituzione comunista. Il risultato complessivo, frutto di una stratificazione delle citate tre disposizioni, rappresenta una sintesi mirabile delle tre principali culture politiche che animavano i lavori dell'Assemblea costituente. L'esito fu quello di aver realizzato una disposizione del tutto originale, una sintesi superiore delle diverse concezioni, attraverso una compenetrazione dialettica delle opposte posizioni. Si tratta di un testo che ricomprendeva ciascuno dei modi di intendere l'iniziativa economica privata ma li elevava infinitamente. Ciascuna delle posizioni in campo si arricchiva e migliorava grazie al contributo delle altre.

Il carattere estremamente elastico, o aperto, delle disposizioni costituzionali in commento, fu quindi frutto, nella sua fase genetica, del patto costituzionale stipulato in Assemblea costituente tra democratico-cristiani, marxisti e liberali. Ne è sortito un articolo assoggettabile a diversi itinerari ermeneutici e compatibile con diversi indirizzi politici di maggioranza. Carattere che ha favorito la perdurante attualità e vitalità del testo costituzionale, nonostante le epocali trasformazioni sociali, politiche ed economiche verificatesi nei settantacinque anni di storia repubblicana.

Il processo di integrazione europea, che ha condotto alla formazione di un diritto costituzionale comune europeo, ha poi determinato l'esigenza di interpretare l'articolo 41 della Costituzione anche alla luce dei principi comunitari di libertà di concorrenza, di libertà di circolazione delle merci e dei lavoratori, di libertà di stabilimento, di divieto di aiuti di Stato. L'ultimo comma dell'art. 41 Cost., quindi, ha assunto nel tempo sempre minor rilievo rispetto ai primi due commi, anche in virtù del processo di integrazione europea, oltre che per la crisi dei partiti politici di ispirazione marxista che si sono completamente trasformati dal punto di vista ideologico o sono stati sciolti⁴⁴.

In virtù della legge costituzionale n. 1/2022, l'art. 41 Cost. – già frutto, come si è detto, di un accentuato pluralismo culturale e politico – si arricchisce della cultura e degli ideali ambientalisti. Le esigenze di tutela dell'ambiente e della salute assumono ora, anche nel testo della Costituzione, oltre che nell'interpretazione giurisprudenziale, un rilievo primario, accanto a sicurezza, libertà e dignità della persona. L'affidamento alla legge del compito di determinare programmi e controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata

⁴⁴ Sul tema cfr. G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni Costituzionali*, 1992; M. Antonioli, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001; G. Bucci, *Le trasformazioni dello Stato e dell'UE nella crisi della globalizzazione*, Napoli, 2022; G. Di Gaspare, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto dell'art. 41 della Costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, 3 maggio 2011; A. Pace, *La Corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999; C. Pinelli, *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, 2000.

possa essere indirizzata e coordinata a fini ambientali, oltre che sociali, potrebbe determinare una rivitalizzazione del terzo comma dell'articolo⁴⁵.

La tutela dell'ambiente, della biodiversità e dell'ecosistema, così come la tutela della salute, rappresentano, infatti, obiettivi e valori moderni che sono ampiamente condivisi dalle forze politiche nazionali. Inoltre, si tratta di valori e finalità che trovano ampio consenso anche a livello europeo. Sicché il processo di integrazione europea potrebbe spingere in favore di una loro implementazione e attuazione, fino a considerare legittimo, anzi opportuno, che i legislatori degli Stati membri si impegnino nella programmazione e nel controllo dell'economia per realizzare obiettivi di sostenibilità e sviluppo ambientali⁴⁶.

Sviluppo economico e ambiente non sono necessariamente in contrasto. Anzi, possono e devono essere compatibili. Di più, la tutela e la valorizzazione dell'ambiente possono rappresentare una molla importante di sviluppo economico. Così come lo sviluppo economico, a sua volta, può favorire la tutela e la valorizzazione dell'ambiente.

Il mercato, lasciato a se stesso, porterebbe inevitabilmente a comprimere e a ledere i beni ambientali in favore del profitto ma se opportunamente regolato e indirizzato potrebbe dispiegare una funzione virtuosa anche nella direzione indicata.

Abstract. Il contributo analizza, in una prospettiva diacronica il rilievo assunto dall'ambiente nella Costituzione italiana anche nel quadro del processo di integrazione europea, per giungere ad analizzare i contenuti della legge costituzionale n. 1/2022, con la quale si revisionano gli artt. 9 e 41 Cost., al fine di valutarne la portata innovativa, nonché le possibili linee di implementazione.

Abstract. The contribution analyses, in a diachronic perspective, the importance assumed by the environment in the Italian Constitution also in the framework of the European integration process, to analyze the contents of constitutional law no. 1/2022, with which articles 9 and 41 of the Constitution are revised, in order to evaluate their innovative scope, as well as the possible lines of implementation.

⁴⁵ Sul tema cfr., *ex plurimis*, M. Benvenuti, *La revisione dell'articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *Rivista AIC*, 2, 2023; R. Bifulco, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2022; L. Cassetti, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021; M. Cavino, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione nel quadro dei principi supremi*, in *PasSaggi costituzionali*, 1 2022; M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi congiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forumcostituzionale.it*, 3, 2021; Id., *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2022; F. De Leonardis, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Cameraamministrativa.it*, 28 febbraio 2022; Y. Guerra, R. Mazza, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 4, 2021; L. Imarisio e G. Sobrino (a cura di), *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione e le sue implicazioni: un primo confronto*, Torino, 2022; E. Jona, *La libertà di iniziativa economica e la protezione dell'ambiente e della salute*, in *Federalismi.it*, 2, 2023; P. Logroscino, *Economia e ambiente nel "tempo della Costituzione"*, in *Federalismi.it*, 29, 2022; F.M. Maffezzoni, *Riflessioni sui "nuovi" limiti ed orientamenti dell'iniziativa economica privata (intorno al "nuovo" art. 41 Cost.)*, in *Federalismi.it*, 5, 2023; F. Sanchini, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente tra dimensione intergenerazionale e mutamenti della costituzione economica*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2022.

⁴⁶ Sul tema cfr. M. Iannella, *L'European Green Deal e la tutela costituzionale dell'ambiente*, in *federalismi.it*, n. 14/2022; P. Logroscino, *Note in tema di concorrenza e 'giustizia economica' nel processo di integrazione europea*, in F. Gabriele e M.A. Cabiddu (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea, Processi di decisione politica e sovranità economica*, Milano, 2008; D. Porena, *Giustizia climatica e responsabilità intergenerazionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2023.

Parole chiave. Stato costituzionale – revisione costituzionale – principi fondamentali – tutela dell’ambiente – libertà economiche.

Key words. Constitutional State – constitutional revision – fundamental principles – environmental protection – economic freedoms.

LA LEGGE COST. N. 1 DEL 2022 E LA TUTELA DELL'AMBIENTE*

di Alfonso Vuolo**

Sommario. 1. La *vis* innovativa della riforma. – 2. Quali ricadute concrete? – 3. La dimensione sovranazionale. – 4. L'interesse delle future generazioni. – 5. L'emancipazione dell'interesse ambientale. – 6. Conclusione.

1. La vis innovativa della riforma. La l. cost. n. 1/2022 presenta numerosi profili di meritevoli di attenzione. Mi sembra che siano cinque quelli di maggiore rilievo.

Il primo costituito dalla effettiva capacità innovativa della riforma costituzionale.

Non mi pare che possa essere stimata dirompente, ancorché si tratti della prima modifica nell'olimpico dei principi fondamentali¹.

È noto, infatti, che, in virtù di una cospicua elaborazione giurisprudenziale, lo specifico interesse ambientale era stato enucleato dal testo costituzionale, pure a fronte del silenzio su di esso serbato.

È opportuno ripercorrerne le tappe essenziali, in quanto, come si dirà meglio più avanti, la novella, ad avviso di chi scrive, potrebbe costituire l'epilogo di un processo pluridecennale, gravido di conseguenze sul terreno concreto nel prossimo futuro.

La «protezione dell'ambiente» affiora nel diritto positivo interno con l'art. 80, d.P.R. n. 616/1977, allorché, ai fini del trasferimento delle funzioni amministrative, viene compresa come segmento della più ampia materia «urbanistica» che, nel testo costituzionale originario, l'art. 117 annoverava nell'ambito della potestà legislativa concorrente.

Sul fronte giurisprudenziale, la Corte costituzionale ascriverà alle previsioni degli artt. 32 e 9 il «valore» dell'ambiente, non prima di averlo declinato in una duplice accezione: di diritto fondamentale della persona e di interesse della collettività².

Con la l. cost. n. 3/2001, l'ambiente sarà esposto a un duplice svolgimento. Per un verso, si affranca dall'urbanistica, che confluisce nel nuovo contenitore «governo del territorio» di competenza concorrente. Si disarticola, per l'altro: la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema è ascritta alla potestà esclusiva dello Stato, mentre la valorizzazione dei beni ambientali a quella bipartita.

Tuttavia, è interessante notare che le denominazioni delle materie, per così dire, a «impronta ambientale» si abbinano a quelle con «matrice culturale»: «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali» (art. 117, c. 2, lett., *s*) e «valorizzazione dei beni culturali

* Sottoposto a referendum.

** Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II.

¹ Esprime forte perplessità sul punto T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021, 3. In senso contrario S. Grassi, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2013, spec. 221-222; M. Cavino, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione nel quadro dei principi supremi*, in *PasSaggi costituzionali*, 1, 2022, 132; F. Fabrizzi, *Modifica dei principi fondamentali? Quali conseguenze*, in A. Lamberti (a cura di) *Ambiente, Sostenibilità e Principi costituzionali*, Napoli, 2023, tomo I, 649 ss.

² I passaggi di questa evoluzione giurisprudenziale possono essere letti in S. Grassi, *Tutela dell'ambiente (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, 2007, spec. 1116 ss.; M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000; F. Pastore, *La tutela costituzionale dell'ambiente*, in F. Pastore (a cura di) *La tutela dell'ambiente. Un approccio multidisciplinare*, Bari, 2015, 13 ss.; L. Conte, *Il paesaggio e la Costituzione*, Napoli, 2018.

e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali» (art. 117, c. 3)³. Ciò a dimostrazione della forte interazione tra i due ambiti, discendente, verosimilmente, dalle linee giurisprudenziali della Corte costituzionale sull'art. 9 della Carta.

Nel quadro del diritto vivente la legge cost. n. 1/2022 non determina, dunque, mutamenti radicali. Non per questo può essere integralmente stimata come una «revisione-bilancio»⁴.

Tale ultima definizione, semmai, sarebbe più appropriata con riguardo alla specifica novella dell'art. 41, perché, prima della riforma, nessuno poteva dubitare della costituzionalità di limiti ambientali all'iniziativa economica privata ascrivibili alle clausole-valvola della sicurezza⁵, libertà, dignità⁶ e, soprattutto, utilità sociale⁷ o ai «fini sociali» per indirizzare e coordinare l'attività economica pubblica e privata. Senza qui indugiare sui limiti derivanti dalla interpretazione sistematica del testo costituzionale e, in primo luogo, dalle clausole generali in essa contemplate: su tutte, il dovere inderogabile di solidarietà economica, politica e sociale, sancito dall'art. 2⁸.

Non sono, quindi, condivisibili alcuni commenti che si segnalano per un eccesso di enfasi: dalla riforma dannosa⁹ o pleonastica¹⁰ alla «rinascita»¹¹ dell'art. 41 dopo il suo «assassinio» ad opera dei trattati europei¹². Appare più persuasivo discorrere di un (limitato) rinnovamento del fondamento costituzionale¹³.

Il testo, intanto, si apre alla fruizione della comunità politica italiana.

Il riferimento espresso alla tutela dell'ambiente entra nel patrimonio conoscitivo di tutti con un rilevante effetto pedagogico. Non è più solo l'acquisizione di un elitario circolo di giuristi

³ Nel caso del secondo comma la tutela dell'ambiente precede quella dei beni culturali; nel caso del terzo comma il rapporto è, invece, invertito.

⁴ L'espressione, come noto, è di G. Silvestri, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, 1187-1189.

⁵ In dottrina, M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 194.

⁶ Nell'ordinanza n. 186/1996, la Corte stabilisce che «gli obblighi di comunicazione della quantità e qualità dei rifiuti sopraindicati prodotti o smaltiti, previsti dalle disposizioni censurate, risultano strumentalmente diretti alla tutela dell'ambiente, garantita come diritto fondamentale dall'art. 9 della Costituzione e trovano, altresì, specifico fondamento nell'art. 41, secondo comma, della Costituzione per il quale l'iniziativa economica privata deve svolgersi in modo da garantire la sicurezza, la libertà e la dignità umana da ricollegarsi anche alla tutela dell'ambiente». In dottrina, R. Niro, *Art. 41*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *La Costituzione italiana. Principi fondamentali. Diritti e doveri dei cittadini*, Torino, 2007, spec. 856.

⁷ Corte costituzionale, sentenze n. 190/2001 e n. 196/1998.

⁸ In argomento, R. Montaldo, *Il valore costituzionale dell'ambiente, tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 2, 2021, spec. 448 ss. Circa la conformazione dell'ambiente come diritto individuale e collettivo, la riforma non scioglie alcuni nodi che pure sono venuti in evidenza nel dibattito scientifico e giurisprudenziale. Ma certo è che l'ambiente non può ritenersi avulso dal grande tema dei doveri costituzionali, specie quelle di matrice solidale.

⁹ G. di Plinio, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *federalismi.it*, 1° luglio 2021.

¹⁰ C. De Fiores, *Le insidie di una riforma pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2021, 150 e ss.

¹¹ F. De Leonardis, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *cameraamministrativa.it*, 28 febbraio 2022, spec. 12.

¹² F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000. In argomento si vedano anche le considerazioni di M. Benvenuti, *La revisione dell'articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *rivistaaic.it*, 2, 2023, 59 ss. Vero è che la riforma segna un'inversione di tendenza rispetto a precedenti progetti di riforma dell'art. 41, come notato, tra gli altri, da F. Sanchini, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente tra dimensione intergenerazionale e mutamenti della costituzione economica*, in *osservatoriosullefonti.it*, 3, 2022, spec. 203-204.

¹³ M. Libertini, *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contratto e impresa*, 1, 2023.

specializzati¹⁴. Si conferma una linea di sviluppo degli ordinamenti contemporanei sempre più contrassegnati da un diritto a formazione giurisprudenziale laddove l'intervento del legislatore – anche quello di livello costituzionale – ha un effetto di positivizzazione della regola pretoria già esistente.

La riforma, però, aggiunge nuovi contenuti principalmente all'art. 9: accanto alla tutela dell'ambiente è contemplata quella degli ecosistemi, della biodiversità¹⁵ e degli animali. Ma, soprattutto, la riforma va saggiata in un orizzonte (anche temporale) molto più ampio dal momento che la protezione degli equilibri naturali deve essere assicurata «anche nell'interesse delle future generazioni». Si immettono, quindi, nella dimensione costituzionale componenti poco sedimentate nella riflessione giurisprudenziale¹⁶.

Viene così rafforzato il carattere presbite del testo costituzionale evidenziato da Piero Calamandrei¹⁷: la Costituzione deve guardare lontano fino al punto, con la novella in esame, di prendere in carico gli interessi dei futuri abitanti del Pianeta¹⁸.

Il tema sarà ripreso più avanti.

2. Quali ricadute concrete? Il secondo aspetto interessante riguarda gli effetti derivanti dalla riforma.

La visione irenica dei diritti costituzionali è fonte di ambiguità. Il costituzionalismo contemporaneo si connota non tanto per una lotta «per» i diritti ma «tra» diritti, laddove al legislatore si chiede di compiere ragionevoli bilanciamenti nel rispetto del principio di proporzionalità, secondo il quale la prevalenza di una situazione giuridica deve realizzarsi con il minor sacrificio per quella contrastante, reputata, alla luce del contesto, recessiva. Come è stato evidenziato anche il diritto alla vita, per espressa previsione costituzionale (art. 52), è bilanciabile con il dovere sacro di difendere la Patria.

L'elevazione dell'ambiente a principio fondamentale non scalfisce questa impostazione: non fissa, insomma, una relazione gerarchica.

La Corte, proprio sul tema della salvaguardia ambientale, aveva già chiarito: «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come primari dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali

¹⁴ Esprimono apprezzamenti tra gli altri, F. Fabrizzi, *Dal paesaggio all'ambiente: conflitto o composizione*, in *Rivista AIC*, 3, 2013, 161 ss.; R. Bifulco, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 6 aprile 2022, 2.

¹⁵ Nel concetto di biodiversità dovrebbe essere contemplato anche la tutela della specie umana, a partire da quelle popolazioni, come le amazzoniche, non ancora venute a contatto con il mondo sviluppato, secondo G.M. Flick, *L'articolo 9 della Costituzione oggi: dalla convivenza alla sopravvivenza*, in *federalismi.it*, 12 luglio 2023, 9-10.

¹⁶ Tuttavia, le «aspettative» delle future generazioni erano già state positivizzate con norme di rango primario. L'art. 3-*quater*, c. 1, d.lgs. n. 152/2006, aggiunto dall'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 4/2008, infatti, stabilisce che: «Ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future».

¹⁷ P. Calamandrei, *Seduta pomeridiana dell'Assemblea Costituente del 4 marzo del 1947*. Da ultimo, A. Celotto, *La Costituzione presbite*, Milano, 2022.

¹⁸ Vedi la Lettera enciclica *Laudato si'* del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune.

da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»¹⁹.

Non sembra che tale impianto possa essere stravolto – per effetto della l. cost. n. 1/2022 – dell’ascensione della tutela ambientale nel novero dei principi fondamentali. Anch’essa sarà soggetta a bilanciamento²⁰ e il primo potere pubblico impegnato in tal senso è, evidentemente, il legislatore.

Sennonché molto spesso accade – e ciò è di rilevante importanza – che lo stesso Parlamento non sia nella condizione di stabilire a priori (ovvero con prescrizione generale e astratta) la prevalenza di un diritto o principio: il punto di equilibrio è talmente dinamico – per utilizzare il lessico della Corte – da non poterlo cristallizzare nella norma legislativa²¹, che si riduce alla predeterminazione di regole procedimentali nell’ambito delle quali le amministrazioni (statali, regionali e locali, preposte alla cura di interessi pubblici differenti che, di volta in volta, vengono in evidenza) dovranno fissarlo caso per caso²².

In tale evenienza, la preminenza di un diritto o dell’altro, dunque, è affidata in concreto alla decisione di carattere amministrativo²³, che sarà sindacabile dal giudice comune (non ultimo quello amministrativo)²⁴, al quale, presumibilmente, si rivolgerà il soggetto (anche pubblico) che assume lesa la situazione giuridica di cui è titolare.

Ne deriva che alla fase ascendente dell’interesse ambientale, assunto, da ultimo, formalmente alle vette del sistema giuridico nazionale, segue una fase discendente data dall’implementazione sostanziale della medesima istanza articolata su diversi livelli chiamando all’opera una pluralità di poteri pubblici: legislativo, esecutivo, pubblica amministrazione, giudiziario, passando per l’eventuale filtro del sindacato di costituzionalità²⁵.

¹⁹ Sentenza n. 85/2013.

²⁰ In tal senso, tra gli altri, S. Grassi, *La cultura dell’ambiente nell’evoluzione costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2013, spec. 231.

²¹ Non è da escludere che il punto di equilibrio per il singolo caso possa essere fissato dal legislatore con legge-provvedimento (e, ancora più probabile, dal Governo con decreto-legge). Emblematico, in tal senso, il caso ILVA. Il fenomeno è particolarmente diffuso in materia ambientale, come evidenziato da B. Caravita, *Diritto dell’ambiente*, Bologna, 2005, spec. 49.

²² Non è da scartare l’ipotesi di conseguenze sul piano organizzativo. Ad esempio, si potrebbe immaginare una riforma di ciascun regolamento parlamentare in cui tra le c.d. «commissioni filtro» sia inserita anche quella preposta alla valutazione delle tematiche ambientali.

²³ Il bilanciamento, dunque, interessa qualsiasi livello di decisione pubblica (legislativa, amministrativa e, finanche, giudiziaria). Sul punto, è utile riportare il seguente passo della importante sentenza n. 196 del 2004 della Corte costituzionale in materia di condono edilizio: «[...] questa ‘primarietà’ [del valore ambientale, n.d.r.] non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali, ma origina la necessità che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni; in altri termini, la ‘primarietà’ degli interessi che assurgono alla qualifica di ‘valori costituzionali’ non può che implicare l’esigenza di una compiuta ed esplicita rappresentazione di tali interessi nei processi decisionali all’interno dei quali si esprime la discrezionalità delle scelte politiche o amministrative».

²⁴ M. Monteduro, *La tutela della vita come matrice ordinamentale della tutela dell’ambiente (in senso lato e in senso stretto)*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente*, 1, 2022, spec. 454, secondo il quale la varietà degli interessi ambientali è tale che nel nuovo impianto dell’art. 9 è possibile scorgere una distinzione tra l’ecosistema e la biodiversità: il primo identificherebbe l’ambiente in senso lato, il secondo l’ambiente in senso stretto. La conseguenza della distinzione sarebbe gravida di conseguenze sul piano decisionale. Infatti, l’ecosistema richiederebbe un bilanciamento politico amministrativo tra fattori sociali ed ecologici, culturali ed economici per la co-esistenza e co-evoluzione concretizzando le scelte in un altro tasso discrezionalità pura; la discrezionalità tecnica, invece, verrebbe in rilievo per la tutela della biodiversità.

²⁵ L’accertamento dei fatti, specie dinanzi a misure legislative dalla chiara impronta provvedimentale (si pensi al caso ILVA), ai fini di un sindacato efficiente pretende anche l’esercizio di adeguati poteri istruttori. È appena il

L'epilogo nell'applicazione di tale metodo è imprevedibile.

Le situazioni possono essere le più disparate. Volendo esemplificare per contrapposizioni (che, spesso, però non sono solo) binarie: ambiente *versus* iniziativa economica; ambiente *versus* diritto al lavoro (caso emblematico dell'Ilva); ambiente *vs* libertà di circolazione (ad esempio, zone interdette alla circolazione degli automezzi); ambiente *versus* patrimonio culturale (si pensi all'installazione di pale eoliche in area ad elevata rilevanza paesaggistica)²⁶. L'eterogeneità dei contesti è tale che possono persino profilarsi scenari in cui una certa istanza ambientale si contrappone ad altra, specie in ragione della diversa dimensione territoriale (interesse nazionale/interesse locale: si consideri il caso della realizzazione di impianti di energia nucleare, per ridurre le emissioni di carbonio in atmosfera, e l'impatto nella zona in cui vengono collocati).

La relazione contrappositiva, in taluni casi, potrebbe risolversi in una convergenza. Una vicenda paradigmatica è data dal c.d. superbonus per la maggiore efficienza energetica degli edifici che, da subito, ha favorito il rilancio del comparto edilizia e che, nel medio-lungo periodo, dovrebbe assicurare minori emissioni in atmosfera²⁷. E pur tuttavia, anche in caso di concordanza, la visione non può non essere sistemica, pretendendosi, solo per fare un esempio, che l'agevolazione fiscale sia in linea con altri principi (anche di carattere latamente organizzativo, come l'equilibrio di bilancio di cui all'art. 81 Cost.).

3. La dimensione sovranazionale. Il terzo profilo meritevole di considerazione è costituito dalla dimensione sovranazionale della tutela dell'ambiente: anche secondo l'avviso della Consulta, i problemi ecologici avrebbero un innegabile carattere «diffusivo e transfrontaliero»²⁸.

Se solo si considera l'emergenza climatica, ci si avvede che le misure di contrasto varate dal singolo paese sono inidonee a conseguire l'obiettivo; anzi, per molti versi, potrebbero risultare pregiudizievoli per il suo sistema produttivo.

In questo quadro è naturale considerare innanzitutto l'ordinamento dell'Unione europea, laddove è previsto l'impegno delle istituzioni a contribuire sul piano internazionale all'elaborazione di misure volte a migliorare la qualità dell'ambiente, al cui perseguimento, unitamente all'elevato livello di tutela, deve essere orientato lo stesso mercato interno europeo.

Un approccio sicuramente non integralista quello dell'Unione sull'argomento: il «miglioramento» della qualità dell'ambiente – e non l'assoluta qualità dell'ambiente²⁹ –

caso di rilevare l'opportunità, anche su questo fronte, della riforma delle Norme integrative: ai sensi dell'art. 14-bis, la Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite.

²⁶ Quest'ultima dicotomia, di recente, è stata amplificata dagli atti vandalici perpetrati da ambientalisti a danno di opere di interesse artistico.

²⁷ Ci si riferisce all'art. 119, d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020, e alle successive modificazioni e integrazioni.

²⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 126/2016. In questo quadro si innesta la rilevante problematica del disallineamento tra il luogo in cui si realizza il fattore inquinante e il luogo in cui si producono gli effetti dannosi, sul punto G. Rossi, *Guida alla lettura: linee del nuovo diritto amministrativo*, in *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista*, Roma 2021, spec. 39.

²⁹ M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi congiurati, qualche virtù (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 3, 2021, spec. 290. D'altronde anche l'art. 3-quater, d.lgs. n. 152/2006, aggiunto dall'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 4/2008, reca significativamente nel titolo «principio dello sviluppo sostenibile», stabilendo al c. 3: «Data la complessità delle

presuppone anch'esso una ineludibile attività di bilanciamento, la quale, naturalmente, è compiuta dagli organi europei, imponendosi al decisore politico nazionale nei tanti ambiti di competenza individuati dai Trattati³⁰.

È vero che la l. cost. n. 1/2022 non ha recepito il concetto di sviluppo sostenibile insito nelle previsioni dei Trattati, i quali, unitamente alla Carta di Nizza, sarebbero, ad avviso di alcuni, fermi ad una concezione di ambiente (se non *extra*) «ante ecologica» rispetto all'indirizzo assunto nei testi costituzionali di più recente formazione³¹. Secondo altri, il ripudio dello sviluppo sostenibile è stato un bene trattandosi di una «clausola vuota»³². Tuttavia, ciò non esclude la sua perdurante influenza. Gli atti normativi dell'Unione, come si sa, derogano anche alle previsioni costituzionali col solo limite dei principi supremi ai quali è stata ascritta, dopo la riforma, la tutela dell'ambiente: questa, com'è stato notato, in prospettiva si porrebbe come controlimite al processo di integrazione europea³³.

In linea teorica ciò è sicuramente possibile (pur con la consapevolezza che i principi fondamentali non necessariamente corrispondono a quelli supremi). In linea pratica è ragionevole nutrire molti dubbi.

Innanzitutto, per l'elementare considerazione che alcune tematiche non possono essere confinate negli angusti confini nazionali. In secondo luogo, perché l'atto normativo europeo, che regola un determinato oggetto (si pensi, solo per fare un caso, alla valutazione di impatto ambientale), propone la specificazione di concetti che nel diritto interno – specie quello di livello costituzionale – sono (e non possono non essere) elastici³⁴. A partire proprio da quello polisemico di ambiente, che, secondo anche la stessa Corte costituzionale, è articolato e complesso³⁵.

Anziché la teoria dei controlimiti, l'assunzione dell'ambiente a principio fondamentale per effetto della l. cost. n. 1/2022, piuttosto, potrebbe agevolare – nel dialogo tra le Corti – la formazione di una tradizione costituzionale comune e, per questa via, l'identificazione di un principio generale dell'ordinamento dell'Unione, secondo quanto previsto dall'art. 6 TUE³⁶, con conseguente attrazione del sindacato giurisdizionale verso la Corte di Lussemburgo.

Le prime reazioni sembrano però avvalorare un quadro perfettamente in linea con l'elaborazione normativa e giurisprudenziale precedente la riforma costituzionale. In particolare, il Consiglio di Stato, anche da ultimo, invoca il «metodo» dell'integrazione delle

relazioni e delle interferenze tra natura e attività umane, il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro».

³⁰ E, soprattutto, negli altri che si intende assegnare anche in ragione di rilevanti circostanze contingenti (si pensi a quanto accaduto durante l'emergenza epidemiologica).

³¹ M. Monteduro, *La tutela della vita come matrice ordinamentale della tutela dell'ambiente (in senso lato e in senso stretto)*, cit., 444 ss. Ma sulla relatività del principio ambientale convergono anche numerosi trattati internazionali. Ad esempio, la Convenzione di Stoccolma del 1972 stabilisce l'obiettivo di «proteggere e migliorare l'ambiente a favore delle generazioni presenti e future».

³² R. Bifulco, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2022, 21.

³³ A. Morrone, *La modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Convegno annuale dell'Associazione italiana di diritto dell'ambiente, 28.1.2022, in *aidambiente.it*.

³⁴ La circostanza potrebbe essere foriera di una deriva anarchica di impronta giurisprudenziale. Sul punto, in una prospettiva comparatistica, D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022, spec. 109.

³⁵ Corte cost., sentenza n. 11/2023.

³⁶ Il punto è evidenziato anche da D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, cit., 265.

tutele, previsto dall'art. 11 del TFUE, secondo il quale le esigenze di tutela dell'ambiente, al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile, devono essere, appunto, incluse nella definizione e nell'attuazione delle altre pertinenti politiche pubbliche, anche quando sia necessario raggiungere un adeguato equilibrio tra ambiente e patrimonio culturale, «nel senso che l'esigenza di tutelare il secondo deve integrarsi con la necessità di preservare il primo». In effetti, «la piena integrazione tra le varie discipline incidenti sull'uso del territorio, richiede di abbandonare il modello delle «tutele parallele» degli interessi differenziati, che radicalizzano il conflitto tra i diversi soggetti chiamati ad intervenire nei processi decisionali»³⁷.

4. L'interesse delle future generazioni. Venendo al quarto punto meritevole di considerazione, la riforma costituzionale propone un sicuro elemento di novità, costituito dall'interesse delle future generazioni³⁸.

L'utilizzo del lemma «interesse», pur apparendo più pregnante rispetto alle mere «possibilità» di cui già discorreva l'art. 3-*quater*, c. 1, d.lgs. n. 152/2006, non pare che possa essere dirimente ai fini della praticabilità di ricondurlo all'una (interesse legittimo)³⁹ piuttosto che all'altra (diritto soggettivo) delle situazioni giuridiche soggettive contemplate dal testo costituzionale⁴⁰, profilandosi sullo sfondo il più impegnativo snodo teorico circa la plausibilità di situazioni giuridiche soggettive senza soggetto⁴¹ o di soggetti vulnerabili, proprio perché, in quanto futuri, non venuti ancora in esistenza⁴².

In effetti, è problematico identificare nella sua esatta consistenza la situazione di vantaggio, anche in ragione della circostanza che questo interesse delle future generazioni è sancito nell'art. 9 unicamente in relazione alla «tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi», che di per sé non configura un «diritto (soggettivo) all'ambiente» ma, piuttosto, un principio-valore⁴³. Ne deriva che, rovesciando l'angolo visuale, è invece agevole appurare la situazione (se così può dirsi) di svantaggio, ossia il dovere di tutelare «anche l'interesse delle future generazioni»⁴⁴. Dovere che, evidentemente, incombe innanzitutto sull'organo rappresentativo⁴⁵, chiamato a implementare la disposizione costituzionale con tutte le conseguenze a valle circa la titolarità dell'interesse, la legittimazione a proteggerlo, il riparto della giurisdizione.

In sintesi, sarà interessante verificare nel prossimo avvenire: *a)* «quale» interesse bisognerà tutelare; *b)* l'interesse di «quante» generazioni occorrerà proteggere; *c)* «chi» sarà preposto a tutelare l'interesse dei prossimi abitanti del pianeta, così come definito dal decisore politico.

³⁷ C.d.S., VI, n. 8167/2022.

³⁸ Sull'altro elemento di novità, costituito dalla tutela degli animali, sia consentito rinviare ad A. Vuolo, *La modifica dell'art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali*, in AA.VV., *Riflessioni ai confini del diritto pubblico*, Atene, 2022, 38 ss.

³⁹ O, anche, interesse diffuso.

⁴⁰ Il dibattito parlamentare e gli apporti della dottrina sul punto sono riassunti in Y. Guerra, R. Mazza, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 4, 2021, spec. 121 ss.

⁴¹ A. D'Aloia, *Generazioni future*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, 2016, spec. 365 ss.

⁴² D. Porena, *Giustizia climatica e responsabilità intergenerazionale*, in *rivistaaic.it*, 3, 2013, 194.

⁴³ M. Cecchetti, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2022, spec. 139.

⁴⁴ Dovere costituzionale secondo R. Bifulco, *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 3, 2023, 136.

⁴⁵ Ma non possono escludersi effetti orizzontali anche alla luce dei doveri di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione. Sul punto A. D'Aloia, *La Costituzione e il dovere di pensare al futuro*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2022, 6.

Si impone, comunque, un approccio improntato ad accortezza intorno al nuovo limite che si profila nell'elaborazione delle politiche ambientali (e forse non solo di queste). La previsione costituzionale non può prestarsi a esegesi assolutizzanti, tali da delineare una tirannia del limite che porterebbe al fatale (e irrealistico) arresto di qualsiasi attività umana anche sull'onda di una «governance della paura»⁴⁶.

Occorre «tornare» alla ragionevolezza secondo la declinazione sedimentata nella giurisprudenza della Corte costituzionale, pur con gli innegabili margini di opinabilità che profilano le scelte del decisore politico e il conseguente scrutinio di costituzionalità.

A tal riguardo viene sempre all'attenzione la pronuncia di un tribunale statunitense secondo il quale riguardo allo smaltimento delle scorie nucleari occorre considerare anche le conseguenze che possono prodursi sulla specie umana fino a trecentomila anni (e non fino a diecimila come aveva previsto il governo di quello Stato)⁴⁷.

Siamo in grado di prevedere gli sviluppi a così lungo termine? Siamo capaci di fare un bilanciamento ora per un domani insondabile versando nell'oggettiva condizione di non poter presagire l'espansione delle conoscenze? Per di più, la misura restrittiva (si pensi all'energia nucleare) varata oggi non potrebbe pregiudicare il progresso scientifico, nuocendo, in definitiva, proprio alle future generazioni?

Nell'effettività, l'interesse intergenerazionale anche – e, forse, soprattutto – nella sua ontologica proiezione diacronica non dovrebbe essere esterno allo spettro dell'attività di bilanciamento. Se solo si considerano i formidabili progressi che la ricerca ha compiuto nell'ultimo secolo, è difficile presagire quelli dei prossimi cent'anni, sicché una regolamentazione di lunghissimo periodo potrebbe rivelarsi infruttuosa, se non controindicata⁴⁸.

Se nel futuro (anche vicino), per effetto del progresso tecnologico, saremo in grado di produrre energia pulita⁴⁹, potrebbe essere risolto anche il tema dell'emergenza climatica e di colpo non avrebbero più senso numerose misure restrittive.

In questo quadro il principio dell'equità intergenerazionale non può comportare neanche in astratto – e non lo comporta di sicuro in concreto – un sacrificio sproporzionato per coloro i quali vivono ora il pianeta⁵⁰, che, a ben riflettere, dovrebbero imporsi condotte virtuose a beneficio dei posteri per far fronte ai danni arrecati dagli avi. Insomma, in una prospettiva costituzionalistica, anche le generazioni a venire, quali titolari di interessi (ancorché, si ripete, non ne sia agevolmente identificabile l'effettiva consistenza), dovrebbero essere avvinte a un legame di solidarietà con le attuali, alla luce di quanto previsto dall'art. 2 della Carta.

Lungo questo solco potrebbero realizzarsi epiloghi singolari. L'equità intergenerazionale, infatti, potrebbe essere condizionata proprio dall'impellenza di salvaguardare gli equilibri naturali complessivamente intesi, fino al punto di contrastare (anche, semplicemente, mediante misure dissuasive) l'incremento demografico (e su questo si innesterebbe, ancora una volta, il difficile temperamento sul piano internazionale di istanze nazionali sensibilmente diverse in base al convincimento culturale e religioso nonché in ragione degli

⁴⁶ M. Carducci, *Le Costituzioni di fronte alle "finzioni giuridiche" sulla natura e alla "tragedia dei beni comuni"*, paper in rete.

⁴⁷ Nuclear Energy Institute v. Environmental Protection Agency, 373 F. 3d 1251 (D.C. Cir. 2004). In argomento, B.H. Weston, *Climate change and intergenerational justice: foundational reflections*, in *Vermont Journal of Environmental Law*, 2007-2008, 384.

⁴⁸ Sul punto, A. D'Aloia, *Generazioni future*, cit., spec. 337 ss.

⁴⁹ O, chissà, di delocalizzare su altri pianeti produzioni inquinanti.

⁵⁰ Il punto è rilevato da G.M. Flick, *L'articolo 9 della Costituzione oggi: dalla convivenza alla sopravvivenza*, cit., 12.

obiettivi politici ed economici)⁵¹.

In questo caso sarebbe stravolta anche la visione di chi reputa la salvaguardia della natura funzionale alla tutela della sopravvivenza, in quanto la vita è il primo dei diritti inviolabili⁵²: il diritto dell'ambiente, secondo questa opinione, sarebbe servente rispetto al diritto alla vita. Nel caso prospettato, invece, il contenimento di nuove nascite (che, logicamente, apparterrebbero alla future generazioni) diverrebbe funzionale alla protezione dell'equilibrio ecologico. D'altronde, negli ultimi decenni si assiste alla poderosa crescita della specie umana a scapito delle altre esistenti con grave nocumento alla biodiversità, che, come s'è detto, pure è ora espressamente tutelata nel testo costituzionale. Insomma, non è nemmeno scontato che l'interesse delle generazioni a venire possa rivelarsi sempre collimante con la salvaguardia dell'ambiente.

Quest'ultimo, peraltro, non è un dato fisso ma è in continuo divenire a seconda dei progressi scientifici e del mutabile andamento di numerose variabili (climatiche, belliche e così via) in una fase di sicura transizione ecologica.

Riprendendo la decisione della Corte sul caso Ilva, il Consiglio di Stato, sottolineando il valore fondante degli ordinamenti democratici e pluralisti, ha così efficacemente sintetizzato: «Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato – dal legislatore nella statuizione delle norme, dall'Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo – secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza»⁵³.

L'unica lettura possibile della riforma costituzionale, dunque, è quella sistemica e, nel contempo, pragmatica.

È fuorviante l'idea, coltivata in alcuni ambiti, di perseguire l'obiettivo di una natura incontaminata. Se l'orizzonte visuale è quello dato dai nostri confini nazionali, è difficile ritenere che esista un microsistema ambientale, per quanto pregevole, avulso completamente dal resto. Il nostro è un sistema antropogenico in ragione della rilevante interferenza umana dispiegata nel corso del tempo⁵⁴.

Questa notazione – per così dire – di contesto è fondamentale per cogliere l'effettivo significato della riforma.

Non esiste un eden in senso assoluto (e, forse, non è nemmeno detto che sia desiderabile). È, invece, possibile selezionare – o favorire la formazione di – un habitat migliore di un altro. In un giudizio di relazione potrebbe anche addivenirsi alla sconcertante (per i catastrofisti⁵⁵)

⁵¹ *The climate mitigation gap: education and government recommendations miss the most effective individual actions* di S. Wynes, K. Nicholas, in <https://iopscience.iop.org>, ove, tra le misure di contenimento delle emissioni più efficaci, si annovera quella di avere un figlio in meno nei paesi sviluppati.

⁵² M. Monteduro, *La tutela della vita come matrice ordinamentale della tutela dell'ambiente (in senso lato e in senso stretto)*, cit., 426 nonché 430 e 432.

⁵³ C.d.S., n. 8167/2022, che aggiunge: «Nel caso di specie, il principio di proporzionalità appare violato, non nella componente della idoneità (al raggiungimento dell'obiettivo prefissato) o della necessità (ravvisabile quando non sia disponibile nessun altro mezzo egualmente efficace, ma meno incidente nella sfera giuridica del destinatario), bensì della 'proporzionalità in senso stretto'. L'ultimo gradino del test di proporzionalità, come è noto, implica che una misura adottata dai pubblici poteri non debba mai essere tale da gravare in maniera eccessiva sul titolare dell'interesse contrapposto, così da risultargli un peso intollerabile».

⁵⁴ Forse in altri luoghi del globo è ancora possibile parlare di ecosistemi naturali. Sul punto, M. Monteduro, *La tutela della vita come matrice ordinamentale della tutela dell'ambiente (in senso lato e in senso stretto)*, cit., 447-448.

⁵⁵ O per i realisti, a seconda della prospettiva. Da ultimo, in letteratura, J. Franzen, *E se smettessimo di fingere? Ammettiamo che non possiamo più fermare la catastrofe climatica*, Bologna, 2020, 30, secondo il quale, posto che, per prepararci ad affrontare la catastrofe climatica abbiamo bisogno di ammettere che non possiamo prevenirla, «il gioco è finito. Il petro-consumismo ha vinto».

conclusione alla stregua della quale quello attuale sia il migliore mondo mai esistito⁵⁶. In tal caso, però, non sarebbero affatto giustificati comportamenti dilatori nell'adozione di misure realmente efficaci per la protezione della natura. Semmai dovrebbe fatalmente derivare il maggiore impegno a preservare (e ottimizzare) gli equilibri complessivi di quello che, appunto, è il migliore *habitat*.

In effetti, si cela un'insidia proprio nell'atteggiamento – più o meno interessato – volto a differire il promovimento di ponderate politiche ambientali o, addirittura, a negare la criticità della situazione in cui si versa. Com'è stato evidenziato, la così detta «apocalisse climatica», per il suo carattere caotico, sfugge alla «nitidezza binaria del morire» che contraddistingue, ad esempio, le apocalissi religiose o termonucleari: il mondo esiste e un istante dopo non esiste più⁵⁷.

La catastrofe derivante dall'ipertermia del Pianeta implica, invece, una mutazione graduale, probabilmente già in corso: in breve, nessuna fine folgorante.

Ciò, naturalmente, non implica lo svilimento della novella costituzionale. Tutt'altro. L'interesse delle future generazioni, essendo associato per espressa previsione costituzionale alla tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, è destinato a costituire uno dei fattori da valutare costantemente in una vasta area della produzione normativa, considerata la preminenza della materia ambientale, intesa nel suo complesso, che è andata configurandosi dal 2001 ad oggi sotto svariati profili: espansione della materia; trasversalità; prevalenza; punto di equilibrio⁵⁸.

5. L'emancipazione dell'interesse ambientale. Veniamo, infine all'ultimo aspetto.

La l. cost. n. 1/2022 potrebbe rappresentare il compimento di un processo pluridecennale, laddove l'ambiente, latamente inteso, dapprima non ha avuto considerazione nel testo costituzionale; ha faticato, poi, per trovare riconoscimento sul piano legislativo fino a quando è stato identificato quale segmento di una materia «minore» come l'urbanistica; per via giurisprudenziale è assurdo, ancora dopo, sul piano costituzionale nel contesto della tutela del paesaggio (e anche della salute); e, successivamente, ha avuto ingresso nel testo ai fini del riparto delle competenze tra enti dotati di potestà legislativa.

Ora la novella costituzionale enuclea espressamente la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, dedicando ad essi il sopraggiunto terzo comma dell'art. 9. La tutela del paesaggio (e del patrimonio storico-artistico della Nazione), invece, è contemplata dal secondo comma, rimasto intatto.

L'emigrazione, per via normativa, dal secondo comma della protezione dell'ambiente potrebbe, come si diceva, costituire l'epilogo di un faticoso percorso, ovvero il possibile (definitivo) svincolo di questo interesse pubblico dall'altro in cui è stato incapsulato per decenni.

Potrebbe trattarsi di un affrancamento formale, nel senso che ci si è limitati a positivizzare, con revisione costituzionale, un indirizzo largamente sedimentato in via giurisprudenziale. Potrebbe, però, anche essere foriero di una emancipazione sostanziale, come pure talvolta è affiorato in giurisprudenza (interessi ambientali contrapposti a quelli paesaggistici) fino al punto di profilare una tendenziale primazia della protezione degli equilibri naturali sulle

⁵⁶ C. Testa, *Elogio della crescita felice. Contro l'integralismo ecologico*, 2020, Venezia, 27-28.

⁵⁷ J. Franzen, *E se smettessimo di fingere? Ammettiamo che non possiamo più fermare la catastrofe climatica*, Bologna, 2020, 5.

⁵⁸ Sia consentito rinviare ad A. Vuolo, *L'ambiente e il problematico assetto delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Nomos*, 3, 2021.

istanze del paesaggio.

Può facilmente intuirsi che si tratterebbe del più rilevante elemento di novità ascrivibile alla riforma⁵⁹, soprattutto in considerazione del fatto che tali interessi sono imputati a differenti apparati amministrativi (non solo statali).

È ovvio che laddove vi siano ragionevoli margini per un loro armonico coordinamento, specie sul piano legislativo, il potenziale conflitto tra interessi (prima) e corpi burocratici (poi) potrebbe essere adeguatamente disinnescato a monte.

Quando però ciò non sia praticabile, il diverso grado degli interessi – non agevolmente componibili nemmeno sul piano legislativo – potrebbe, fatalmente, rifluire sul piano amministrativo stabilendo la preminenza di alcuni procedimenti su altri e la decisione «ultima» in capo alle istituzioni preposte alla salvaguardia degli equilibri naturali. Solo per fare un esempio, si pensi, nel panorama normativo vigente, all'art. 145, c. 3, d.lgs. 42/2004, secondo il quale il piano paesaggistico non è derogabile da altro strumento di pianificazione, ivi compreso quello di competenza del Parco nazionale⁶⁰. In effetti, dalla riforma potrebbe discendere in un prossimo futuro anche il rovesciamento nel rapporto di forza tra piani.

Sarebbe uno scenario inedito ma plausibile.

Trascinerebbe con sé la visione di un interesse alla tutela dell'ambiente (anche nella prospettiva delle future generazioni) – di innegabile slancio transnazionale – preminente persino sulla visione identitaria del paesaggio, che è stata più volte rimarcata dalla dottrina⁶¹ e che ha trovato espresso riconoscimento nello stesso codice dei beni culturali⁶².

Si potrebbe, di contro, opporre la collocazione topografica delle disposizioni. Il comma dedicato alla tutela del paesaggio precede quello volto alla protezione dell'ambiente e ciò potrebbe essere sufficiente per escludere una preponderanza di questa su quella⁶³. La deduzione, in realtà, è poco congeniale nella dimensione dei valori, rilevandosi invece consona allo scioglimento di alcuni nodi più strettamente procedurali⁶⁴.

La prevalenza dell'ambiente potrebbe, invero, essere confortata anche da un altro argomento tratto dall'art. 41. Se ora l'iniziativa economica privata è soggetta espressamente al limite dell'ambiente e non anche a quello del paesaggio, potrebbe addirittura profilarsi una nemesi: ora sono le istanze paesaggistiche – che, senza alcun dubbio, condizionano l'esercizio dell'attività imprenditoriale – a essere assorbite da quelle naturalistiche⁶⁵. L'osservazione, però, non persuade in ragione di quanto sopra rilevato. In questa parte la revisione non è dotata di particolare *vis* innovativa: già prima della l. cost. n. 1/2022 tra i vari limiti all'iniziativa economica erano annoverabili anche quelli volti a preservare il paesaggio⁶⁶.

Pare, però, certo un dato.

Nell'ipotetica dicotomia tra istanze naturalistiche e paesaggistiche si innesta l'ulteriore fattore della concezione omnicomprensiva del paesaggio derivante dalla Convenzione europea del

⁵⁹ Stigmatizzato con particolare forza da G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Giustizjainsieme.it*, 22 settembre 2021.

⁶⁰ In argomento, Corte cost., sentenza n. 251/2021.

⁶¹ Tra i tanti, R. Cavallo Perin, *Il diritto al bene culturale*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2016, 495 ss.; E. Parisi, *I moderni caratteri del concetto giuridico di paesaggio*, cit., 192.

⁶² Art. 1, c. 2, e art. 131, cc. 1 e 2, d.lgs. n. 42/2004.

⁶³ L. Conte, *Ambiente, paesaggio, cultura. Il "lessico" costituzionale dopo la riforma*, in *rivistaic.it*, 3, 2023, 79, nota che, avendo il primo comma ad oggetto lo sviluppo (oltre della cultura) della ricerca scientifica e tecnica, questo rappresenta la «condizione operativa» per le tutele annoverate nei successivi commi.

⁶⁴ Si veda, ad esempio, la sentenza n. 304/2002.

⁶⁵ Sul punto, E. Parisi, *I moderni caratteri del concetto giuridico di paesaggio*, in *Federalismi.it*, 17, 2023, 187.

⁶⁶ Si veda Corte cost., sentenza n. 196/2004.

2000: è evidente che sulle parti degradate del territorio⁶⁷, anch'esse meritevoli di protezione paesaggistica (tuttavia, meno intensa rispetto a quelli straordinari) per espressa previsione convenzionale⁶⁸, gli interessi ambientali siano destinati ineluttabilmente a prevalere.

6. Conclusioni. Se questo è il mondo migliore mai esistito, si impone ancor di più l'obbligo di preservarlo (e, se possibile, di migliorarlo ancora).

È innegabile che la riforma costituzionale si inserisca in un quadro giuridico sovranazionale ad evidente impronta antropocentrica.

Dunque, nel ventitreesimo anno del terzo millennio dopo Cristo, superata l'emergenza epidemiologica⁶⁹, quel mascalzone dell'*homo sapiens* ha l'ennesimo cimento da affrontare⁷⁰.

Abstract. Il contributo esamina il contenuto della l. cost. n. 1/2022, per saggiarne l'effettiva forza innovativa alla luce della pregressa produzione normativa (anche sovranazionale) e giurisprudenziale. In particolare, ci si sofferma sull'interesse delle future generazioni per poi affrontare il rapporto tra tutela paesaggistica e ambientale.

Abstract. The contribution deals with the content of constitutional law no. 1 of 2022, to check its innovative strength in the light of previous legislative (including supranational) and jurisprudential production. In particular, we focus on the interest of future generations and then on the relationship between landscape and environmental protection.

Parole chiave. L. cost. n. 1/2022 – Generazioni future – Ambiente – Paesaggio – Gerarchia interessi.

Key words. Constitutional law no. 1/2022 – Future generations – Environment – Landscape – Hierarchy of interests.

⁶⁷ Ma parimenti potrebbe dirsi anche su quelli definiti «quotidiani».

⁶⁸ Art. 2 del Trattato, ratificato con legge n. 14/2006. In argomento si veda anche Corte cost., sentenza n. 71/2020.

⁶⁹ Per evocare il titolo suggestivo del volume curato da Sandro Staiano, *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, 2020.

⁷⁰ Riprendendo il recente contributo di R. Volpi, *Homo sapiens, il mascalzone che riuscì a conquistare il mondo*, in *Il Foglio quotidiano*, 19 e 20 luglio 2023, pagine VIII e IX, nel quale, tra l'altro, si riporta una interessante riflessione di Joseph Ratzinger, secondo cui: «L'uomo non ha più simpatia per sé stesso, preferirebbe ritirarsi affinché la natura ritorni sana [ma] in questo modo non guariammo la natura, bensì distruggiamo noi e con noi il creato».

IL PRINCIPIO AMBIENTALISTA TRA IMMANENZA E SCRITTURA COSTITUZIONALE*

di Pierdomenico Logroscino** e Cosimo Pietro Guarini***

Sommario: 1. Premessa introduttiva. – 2. Relazione circolare tra testo e contesto e «cautela rinforzata» nell'interpretare una riforma di principio su grandi temi. – 3. La novella nel contesto della diffusa costituzionalizzazione della tutela ambientale. – 3.1. Le ragioni fattuali tra (poca) Politica e (diligante) tatticismo. – 3.2. L'occasionalismo della classe politica come fattore di rischio particolarmente grave nella sfida terribile per l'*habitat*. – 3.3. Maggiore urgenza della sfida e sopravvenuta immanenza dell'ambientalismo nello Stato costituzionale. Inutilità della prospettazione di sua evoluzione in *Umweltstaat*. – 4. La caduta del tabù sulla revisione «dei principi fondamentali per *topos* costituzionale». – 5. L'art. 9, c. 3, tra costituzione vivente e «revisione-bilancio». – 6. Le novità dell'art. 41 e lo statuto delle libertà economiche. – 7. (*segue*) La riforma ambientale nel più ampio contesto del *Green Deal* europeo. – 8. Chiudere senza (poter) concludere.

171

1. Premessa introduttiva. Una revisione integrativa dell'art. 9 della Costituzione era attesa da tempo. Anche caldeggiata da voci tra le più autorevoli della dottrina¹. Dunque, il generale favore con cui è stata accolta l'approvazione della legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022 in sé non può sorprendere.

Epperò, tra i moltissimi commenti «a caldo», persino i semplici moniti di prudenza sono stati solo sporadici² e ben più che bilanciati dalle dichiarazioni di giubilo, non di rado rutilanti³. A dirla tutta, la messe di inneggiamenti al grande risultato raggiunto («di già»), alimentata dalla gara al «rialzo dichiarativo» scatenatasi nel ceto politico, è stata proprio soverchiante, nei primi tempi. Ogni forza che aveva cooperato all'approvazione della legge ha infatti cercato, con l'enfasi, di intestarsela quanto più possibile, ansiosa di fare propria la massima quantità dei dividendi di consenso che si potevano prevedere più cospicui proprio nel breve: prima, cioè, che fossero delineati e via via marcati le difficoltà e i costi (in senso lato) della sua attuazione e applicazione. E a cooperare, in qualche misura, erano stati «tutti»: ogni gruppo⁴ e sigla

* *Sottoposto a referaggio*. Parte di questo saggio riprende, con ulteriori sviluppi, alcune riflessioni che gli Autori hanno svolto in occasione della partecipazione agli *Scritti per Beniamino Caravita*. Sono di P. Logroscino i §§ 1-4, di C.P. Guarini i §§ 5-7 e comuni le conclusioni (§ 8).

** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

*** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

¹ Con la lucidità e il rigore consueti, Beniamino Caravita ne aveva rimarcato (anche) in sede istituzionale la sicura utilità; a patto, però, che fosse «sobria e sintetica» e comunque aliena dalla «prete[sa] di ipotecare la futura discussione» (Id., *Audizione* del 9.12.2003 in Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati sulla riforma dell'articolo 9 della Costituzione, in *Federalismi.it*, 15, 2003, 2-3).

² ... quasi mai ingiustificati, ma quasi sempre avvertiti, dai più, come pedanterie.

³ Per una rassegna (critica) C. De Fiore, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2021, 137 ss., 138.

⁴ ... quelli di Fratelli d'Italia poco, in realtà: il gruppo in Senato si è astenuto per intero in *I lettura* e in *II* ha disertato il voto, avanzando dubbi sul testo (v. le dichiarazioni di voto di astensione e di non partecipazione al voto affidate rispettivamente ai senatori P.G. La Pietra e L. Malan; Sen., Ass., *res. stenograf.*, XVIII, seduta n. 334 del 9.6.2021, 11 ss. e seduta n. 347 del 3.11.2021, 76 ss.); e di quello della Camera una parte rilevante non ha votato a favore. Si riportano i risultati delle votazioni in plenaria. *I lettura*: Camera (12.1.10.2021) 429 presenti, 16 astenuti (1 del gruppo di FI, 4 della componente LACE del gruppo misto e 11 del gruppo di FdI), 413 votanti, 412 favorevoli (di cui 17 del gruppo di FdI), 1 contrario (l'on. S. Cunial del gruppo misto); Senato

politica rappresentati in Parlamento.

Lo spazio d'emersione per una riflessione vera si è, perciò, aperto soltanto dopo. Ma presto. Non appena un'altra notizia del giorno ha sostituito quella della «revisione ambientalista» della Carta e la morsa dichiarativa dei condannati a «stare sul pezzo» (dal ruolo, dall'ambizione o solo da vanità vacua) si è allentata. Da allora, infatti, le nuove previsioni sono progressivamente rifluite nell'alveo che gli è proprio, quello tecnico-giuridico, venendo così sottoposte all'incessante lavoro d'interpretazione che, dinanzi alle riforme importanti, tende ad avere particolare ampiezza. E in questo caso a essere stata incisa è la Carta costituzionale, persino nella sua articolazione intitolata ai «Principi fondamentali».

In realtà neppure il dibattito dei giuristi è rimasto del tutto immune dall'eccesso d'entusiasmo. Insomma, qualche tentativo – più o meno avvertito, ma mai realmente proficuo, almeno dal punto di vista tecnico – di gettare il cuore oltre l'ostacolo del testo (e anche del contesto, innanzitutto sistematico) lo si è visto. Ma il vincolo scientifico d'analisi *sine ira et studio* è stato per lo più rispettato, pure da chi ha espresso adesione piena o, all'opposto, netta contrarietà alla novella. E ben più diffuse sono state le valutazioni in chiaroscuro.

Passare in rassegna tutte le opzioni interpretative non si può. Ci si dispone, allora, a svolgere solo qualche considerazione d'inquadramento su alcuni dei problemi sinora emersi, con l'obiettivo di dare un contributo a un dibattito che, già ampio, è destinato a continuare vivace e a progredire ancora molto.

2. Relazione circolare tra testo e contesto e «cautela rinforzata» nell'interpretare una riforma di principio su grandi temi.

Questa riforma, infatti, svelerà a pieno la propria efficacia normativa solo «nel tempo»: nella vita che i suoi enunciati avranno nell'interpretazione che ne fonderà l'attuazione e l'applicazione. Quindi anche ora, trascorso ben oltre un anno dall'entrata in vigore, l'analisi che se ne può fare è in effetti «in corso d'opera», per buoni tratti predittiva o propositiva. Insomma, conclusiva proprio no. «E per fortuna!», direbbe forse Beniamino, potendo constatare, soddisfatto, che quel monito di sobrietà lanciato vent'anni orsono dinanzi al legislatore⁵ non debba, oggi, essere riformulato come doglianza; come critica alla legge fondamentale.

Dunque, al canone sempre basilare della prudenza in questo caso è bene attenersi «con rigore particolare»; orientandosi, perciò, a quella che si potrebbe dire una forma rinforzata di cautela interpretativa.

Non varrebbe come obiezione osservare che è in realtà di ogni enunciato il produrre norme «nel contesto» e più precisamente «nei vari contesti» che tempo per tempo si avvicinano. Che – in altre parole – sul contenuto dispositivo «sempre» incide il fatto del momento⁶, per come in ogni tempo percepito e valutato «innanzitutto» nell'ambiente giuridico⁷. Il quale

(9.6.2021) 248 presenti, 247 votanti, 224 favorevoli (nessuno di FdI), 23 astenuti (di cui 16 di FdI). *Il lettura*: Senato (3.11.2021) 221 presenti, 220 votanti, 218 favorevoli, 2 astenuti (1 del gruppo della Lega e 1 del gruppo di FdI, la cui restante parte, non ha partecipato al voto, come annunciato in sede di dichiarazione di voto); Camera (8.2.2022) 475 presenti, 6 astenuti (1 della componente NCI del gruppo misto e 5 del gruppo di FdI), 469 votanti, 468 favorevoli (di cui 18 del gruppo FdI), 1 contrario (l'on. M.C. Caretta di FdI).

⁵ *Supra* nt. 1.

⁶ ... qui da intendere non solo come fatto da sussumere, ma anche come il complesso di tutti quelli di rilevanza generale che su di esso hanno riflesso, dunque come «fatto contestuale».

⁷ L'espressione «ambiente giuridico» è usata nell'accezione di «insieme di elementi che qualificano il modo di rappresentare i fatti giuridici e di riconoscerne la rilevanza, condizionando la loro comprensione, attribuendo quindi, sia a livello di interpretazione, sia in rapporto alla configurazione delle scelte sul piano della posizione e della applicazione del diritto esiti diversi malgrado punti di partenza comuni» (G. Lombardi, *Fondamento dei diritti*

d'altronde, in quanto «pezzo» di quello sociale, è tutt'altro che autosufficiente⁸: è costantemente permeato dalle conoscenze maturate e dalle percezioni e valutazioni che nella società si strutturano⁹. Questo, infatti, è vero; ma lo è altrettanto che per alcuni enunciati il rapporto col fatto e col tempo (più precisamente: «col» fatto «nel» tempo) ha forza di condizionamento specifica e talvolta molto maggiore. Ciò a motivo della struttura prescrittiva: o perché più lasca ed espansiva, quindi più «elastica»¹⁰, o per avere a «oggetto» interessi la cui rilevanza percepita è particolarmente sensibile al mutare dei contesti, a loro volta assai conformati dai «fatti» avvertiti «più salienti nel momento» (di ordine sociale, economico, ma non di meno geopolitico e naturale).

E che questi caratteri la revisione del 2022 li riveli entrambi in modo emblematico è di facile constatazione. Per un verso, le integrazioni da essa apportate alla Carta sono palesemente finalistiche e molto aperte (anche se non sono mancati tentativi, talvolta troppo arditi, di trarne in via interpretativa efficacia prescrittiva innovativa diretta di gran momento). Per l'altro, ad aver trovato con essa nuova formulazione regolativa – di principio e al più elevato livello del sistema delle fonti – è la tutela effettiva della natura «nel tempo» ossia dell'*habitat* dell'umanità. Il grande tema, dunque. Quello determinante, ancora lontano da sbocchi concreti persino solo prospettici, foriero di preoccupazioni, anzi, di vera angoscia tra i più pensosi. Ovviamente non solo in Italia.

3. La novella nel contesto della diffusa costituzionalizzazione della tutela ambientale.

e forme sopranazionali di tutela, in S. Labriola (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, 2003, 355 ss., 358-359). Si fa perciò riferimento al rapporto tra testo e interprete (che richiama la viva discussione in ordine all'utilità della coppia concettuale crisafulliana disposizione/norma, su cui da ultimo O. Chessa, *L'interpretazione delle disposizioni come conoscenza produttiva di norme*, in *Lo Stato*, 18, 2022, 103 ss.), ma anche al rapporto tra interprete e contesto, e, in definitiva, tra contesto e ogni formante del diritto.

⁸ ... non lo sono infatti «il diritto e la scienza giuridica, il legislatore e il giudice», per riprendere l'esemplificativo elenco di P. Häberle, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001, 48.

⁹ Il rilievo giuridico di questo dato esperienziale è massimamente sottolineato negli approcci dialettici al diritto [v., per es., D. Schindler, *Diritto costituzionale e struttura sociale* (1932), trad. it., Padova, 1999 *et ibi* spec. il concetto di *ambiente*, ma già l'intuizione di V. Miceli (*Le fonti del diritto dal punto di vista psichico-sociale*, Palermo, 1905) sulle plurime modalità di trasformazione delle istanze collettive (che chiama idealità giuridiche; *ibi*, 5) in volontà normative, tra le quali la «formazione» di consuetudini (10, 14 ss.), che – si può aggiungere – «dinanzi a enunciati elastici» può essere mediata dall'ambiente giuridico, assumendo così la forma dell'interpretazione evolutiva]. È però riconosciuto o comunque permea anche molte altre prospettive di metodo: tutte quelle che vedono affetta da eccessi di formalismo, astrazione concettuale, razionalismo interpretativo l'analisi «isolata» dei testi normativi. Vale ricordare che Vittorio Emanuele Orlando, nel giudizio reso nel 1952 da nonagenario presidente di commissione di libera docenza, individua in ciò un «tratto [che, seppur] assai caratteristico di uno stato d'animo costituente un vero e proprio clima storico», comunque si risolve in «vero e proprio errore» di metodo. Questo «stigma» è celebrato da A. Tesaurò, nella commemorazione del grande Maestro: «duce che resta quale fare luminoso per l'ulteriore e aspro cammino» (*Vittorio Emanuele Orlando*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1952, 218-219). Quasi vent'anni dopo, quel giudizio verrà pubblicato, pressoché integralmente, sotto un titolo indicativo: V.E. Orlando, *Il disordine costituzionale e gli studi di diritto pubblico interno*, in *St. parl. pol. cost.*, 10, 4-1970, 103-105.

¹⁰ Sull'elasticità come carattere tipico del diritto pubblico e ancor più delle Costituzioni dommatiche (nello specifico, dello Statuto albertino) e sulle conseguenze di tale carattere sul dipanarsi dell'efficacia normativa degli enunciati e degli istituti sono insuperate le riflessioni di L. Rossi, *La «elasticità» dello Statuto italiano* (1939), in *Id.*, *Scritti vari di diritto pubblico*, VI, Milano, 1941, 1 ss. Nel rinviarvi integralmente, piace riportare la nt. 20, reperto di un «modo» di fare diritto e di un «mondo» di relazioni culturali lontani: «Con la solita delicata sfumatura di sentimento e di pensiero, poiché i poeti hanno talora intuizioni che dominano vari campi, anche il politico, il Pascoli, discorrendo con me molti anni or sono sopra un'analoga questione [n.d.r.: lo scolorirsi e il deformarsi delle parole nel tempo], mi ricordava un suo distico che rende magnificamente il concetto: «le vecchie parole sentite, – dappresso, con palpiti nuovi»».

3.1. Le ragioni fattuali tra (poca) Politica e (dilagante) tatticismo. Ecco che la novella costituzionale italiana qui oggetto di riflessione s'iscrive in una tendenza ampia del diritto costituzionale contemporaneo: consolidata da tempo, ma rafforzatasi ancora negli ultimi anni, fino a portare a più di tre quinti le Carte che contengono espresse garanzie per l'ambiente¹¹.

Però le modalità e i profili di tutela sono, come ovvio, molto eterogenei nelle varie esperienze. E quindi più che opportuno è il lavoro di analisi degli elementi comuni e differenziali che sfocia nelle proposte dottrinali di classificazione¹².

D'altro canto qualcosa di unificante alle più varie «latitudini» del costituzionalismo ambientale, quasi un denominatore comune, c'è. È il maturare della consapevolezza della «straordinaria rilevanza politica del tema» che alimenta quella tendenza. No, nessun irenismo; nessun ottimismo di maniera. Assai più che alle alte visioni strategiche, ci si riferisce ai tatticismi. Vero è che – quale che sia l'ordinamento, quali che siano dunque i fini ultimi – senza dar rilievo allo stato e alle prospettive dell'*habitat* di certo non si fa Politica in senso proprio: quella «con la maiuscola», che è, appunto, «tesse[re] insieme tutte le cose nella maniera più corretta»¹³, guardando sia al momento sia al tempo che sopraggiunge assai rapidamente. Ma in definitiva anche fare quella, assai più diffusa nella realtà, che Beniamino Caravita usava designare *politique politicienne*¹⁴ è tutt'altro che facile. Anzi, diviene, in effetti, sempre meno produttivo, almeno per chi non si ponga come obiettivo fare della negazione del problema la propria bandiera.

Il tema, infatti, si è imposto e sempre più s'impone, perché ogni giorno è di maggiore evidenza che in aree sempre più vaste sono messi sempre più a rischio non solo singoli beni e la biodiversità ma lo stesso equilibrio dei sistemi ambientali e di conseguenza la qualità (almeno) della vita umana. Che ciò riverbera i suoi effetti dannosi anche sulle aree colpite meno¹⁵. E che la principale causa di tutto questo – al di là delle *boutades* di cinici cacciatori di platee e delle tesi negazioniste che, «suggestive»¹⁶, vengono cavalcate pure politicamente¹⁷ – sta nell'uso depauperativo delle risorse naturali, che l'uomo perpetua. Meglio, nella crescita

¹¹ Ora D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022, 11 e *passim*, il quale in tale inarrestabile estensione identifica l'emersione di un costituzionalismo ambientale che si direbbe a «trazione meridionale», per avere la propria avanguardia non nel diritto *mainstream* dell'Occidente, ma, appunto, in quello dei Paesi del sud del mondo.

¹² Molto efficace nella sua snellezza e schematicità è quella di B. Caravita, A. Morrone, *Ambiente e Costituzione*, in B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone (a cura di), *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 2016, 17, nt. 1.

¹³ Difficile è trovare parole più immediate di quelle di Platone, *Politico*, § 305e.

¹⁴ Per es. *Les référendums de 1993 entre crise du régime politique et suggestions de réforme*, in *Ann. intern. justice const.*, 9 (1993), 1995, 556; *Quattro assunti e un piccolo suggerimento*, in *Federalismi.it*, 17, 2015, 2; *Un tornado silenzioso*, in *Federalismi.it*, 6, 2021, VIII.

¹⁵ Si pensi solo a quanto possano essere investite dalle migrazioni climatiche.

¹⁶ Significativa adesione hanno persino le tesi che non si limitano a negare le cause, ma arrivano a negare i fenomeni. Si legge infatti nel *Terzo Rapporto Ital Communications e CENSIS «Disinformazione e fake news. Il sistema dell'informazione alla prova dell'intelligenza artificiale»* (Roma, 26 luglio 2023, spec. 20-21) che il 16,2% della popolazione italiana è convinto che il cambiamento climatico non esista e tra gli individui più fragili la percentuale sale ancora, per arrivare al 18,3% tra i più anziani e al 18,2% tra i meno scolarizzati (www.italcommunications.it/wp-content/uploads/2023/07/Terzo-Rapporto-Ital-Communications-Censis_compressed.pdf).

¹⁷ ... con l'intento di accaparrarsi una parte dei creduloni, ma anche una parte di coloro che, concentrati sul proprio oggi, finiscono per dimenticare o sottovalutare gli effetti prossimi e la loro imminenza o per affidarsi al futuro e alle soluzioni che «di certo» (!) porterà, magari a spese di qualcun altro.

geometrica di esso che accompagna da sempre le rivoluzioni sociali e tecnologiche¹⁸. Che, insomma, gli usi generalmente intensivi dell'ambiente e i diffusissimi abusi piccoli e grandi¹⁹ (non necessariamente anti giuridici) hanno impresso da tempo un radicale cambiamento peggiorativo dell'*habitat*²⁰. E che questi crescono ancora, in termini globali, rendendo sempre più fragile la biosfera nel determinare, favorire, accelerare o aggravare negli effetti molti eventi rischiosi o dannosi, ma anche vere e proprie catastrofi che colpiscono duramente gruppi, comunità, popolazioni; e talvolta proprio li travolgono.

Una rappresentazione assai efficace della minaccia a cui gli uomini, i territori, i sistemi sociali sono esposti la danno le curve dei più significativi indici sullo stato dell'ambiente: *in primis* quella del riscaldamento globale, arrivata già troppo in alto e destinata, in assenza di correttivi profondi, a impennarsi velocemente.

Ben più che un presagio (funesto) viene poi dal ridursi degli intervalli tra i singoli eventi naturali disastrosi. I quali sprigionano, almeno nel breve, forze emotive spesso più che proporzionali rispetto alla loro gravità, mobilitando l'opinione pubblica assai di più delle strutturate, chiare e largamente confluenti risultanze scientifiche.

Chiamate subito in causa, le classi politiche proprio non possono sottrarsi dal dare riscontri. Ma i problemi sono di straordinaria complessità, sicché le risposte che si possono offrire nell'immediato sono quasi solo dichiarative. Non può dunque sorprendere se a ogni disastro si ripetono, sempre uguali, gli annunci di aiuti immediati (che in effetti poi di solito arrivano, almeno in qualche misura) insieme a (molto più ardui) impegni di ricostruzioni basate su profondi riassetti di sistema, senza far mancare quasi mai qualche promessa o minaccia (tutt'altro che facile da portare a compimento) d'inflessibilità nell'accertamento delle responsabilità. E tantomeno vale impegnarsi a stigmatizzarli come rito vuoto, perché si rischia di cadere nell'invettiva a buon mercato, nello sdegno altero da poltrona; o da tastiera. La risposta dichiarativa è declinata (anche) in termini d'intervento sul diritto positivo. Questo tende a scalare la piramide delle fonti e assume sempre più spesso la forma della revisione costituzionale, persino in termini di enunciazione di «nuovi» principi fondamentali. Non sorprende, perché al crescere dell'allarme si eleva la portata percepita dell'interesse a proteggere il relativo bene: dunque il livello della sua positività sociale e l'aspettativa della sua positivizzazione giuridica²¹. D'altronde, ciò che è più altisonante – come la fonte di vertice nel sistema delle fonti, come i principi fondamentali all'interno di quella – ha maggior forza nel rassicurare sulla serietà dell'impegno; sulla portata della svolta che si va imprimendo.

Vero è che solo coloro che del problema ambientale – come anche della «reale» efficacia nel breve della risposta costituzionale, specie se di principio – hanno conoscenze superficiali potrebbero essere rassicurati in questo modo. Ma il grado «reale» di consapevolezza è in effetti limitato, sia per diffusione sia per profondità. Basti dire che gli ampi e progressivi riconoscimenti della drammaticità della situazione ambientale e dell'urgenza di porvi rimedio

¹⁸ Tra le prime e le seconde vi sono legami causali stretti (si pensi, per es., al rapporto tra tecnologia, industrializzazione e urbanesimo); tuttavia anche evoluzioni sociali non direttamente correlate allo sviluppo tecnologico incidono sull'*habitat* (si pensi, per es., all'incremento demografico).

¹⁹ Lo sviluppo tecnico ha aggravato assai l'impatto antropico sull'ambiente: ha reso possibili comportamenti singoli straordinariamente dannosi e la capillare diffusione di comportamenti impattanti.

²⁰ Lo rilevava M.S. Giannini già nel 1971, osservando come fosse venuto a mancare (sin d'allora) l'equilibrio tra fatto umano creativo e fatto umano distruttivo che nei precedenti periodi storici c'era sempre stato (*Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, ora in Id., *Scritti*, VI: 1971-1976, Milano, 2005, 249).

²¹ Sul tema del rapporto tra convinzione sociale e norma giuridica e sulla positività come intrinseco modo d'essere del diritto ancora indispensabile è la lettura di P. Barile, *La Costituzione come norma giuridica* (1951), ried. con prefazione di P. Caretti, Firenze, 2017, 27-30.

si riflettono ancora troppo poco nelle scelte di consumo, in quelle d'investimento, in quelle generali e dunque politiche²². Questo vale per le comunità sociali, in cui singoli e gruppi sono in larga maggioranza ancora indisponibili a darsi (realmente) stili di vita nuovi: più scomodi ma prudenti. E vale anche per le classi politiche, il che è ancora più difficile da accettare. Stando alla logica sistemica, infatti, su di esse incombe la «responsabilità di guidare le comunità» che le esprimono nel perseguimento effettivo dei fini che quelle si sono date (con la Costituzione, innanzitutto) e, a monte, del fine che è consustanziale a ogni comunità politica: essere nel tempo; permanere. *Primum vivere!*

3.2. L'occasionalismo della classe politica come fattore di rischio particolarmente grave nella sfida terribile per l'habitat.

È invece massiva la tendenza a ricercare e perseguire il consenso politico per la «via breve»: quella lastricata di demagogia. Perché, nella debolezza delle società attuali intrise di populismo, questa si rivela produttiva (solo «per chi aspira al potere», però). Ampia è infatti l'adesione a cui si può ambire assecondando qualsiasi istanza e persino qualsiasi pulsione del momento: promettendo l'irrealizzabile, specie quando si è all'opposizione, e concedendo anche l'insostenibile, quando si governa; evitando di andare per il sottile quanto alla coerenza tra le scelte e ai loro effetti nel tempo; rimanendo insensibili ai danni, pur evidenti, che produce il disperdere le sempre insufficienti risorse e capacità di (sano) indebitamento in mille rivoli (e in taluni fiumi impetuosi e divoranti). Naturalmente, non a tutti sfugge che «l'occasionalismo»²³ – appena richiamato nelle sue forme più eclatanti – è proprio negazione della Politica e non semplice malvezzo, quasi una «malattia professionale» inevitabile per chi deve ottenere consenso. Tuttavia per accorgersene e, ancor prima, per porsi certi interrogativi occorrono interesse, strumenti e volontà che sono di pochi e sempre più rari con l'indebolirsi delle comunità.

Per quanto diffuso, accettato o almeno tollerato con rassegnazione o malinteso realismo, questo modo di fare politica resta una stortura grave e molto dannosa. Ma rischia di avere effetti addirittura esiziali nelle società contemporanee, messe di fronte alla «sfida della scarsità» (e a breve della «grave insufficienza») di propri beni-presupposto, quali la salute e la salubrità dell'*habitat*²⁴. Sfida «terribile»²⁵, perché allo stato delle conoscenze non vi è altro modo per poterla affrontare che «sovertire i modelli» consolidati – e ancora del tutto preminenti – di produzione, distribuzione e consumo dei beni e delle ricchezze, per rendere la sostenibilità nel tempo e la circolarità degli impieghi fulcro reale dei relativi processi (di ognuno di essi e di tutti nel complesso). «Farlo in tempi rapidi». E pure mantenere sotto controllo gli inevitabili effetti dannosi.

Gli investimenti che occorre mettere in campo sono così ingenti da richiedere una

²² Anche perché alla percezione dei pericoli non fa da *pendant* un'adeguata consapevolezza circa le cause, come invece sarebbe indispensabile per valutare i correttivi e accettare di farsi carico dei relativi costi; così, per es., G. Azzariti, *Tutela dell'ambiente in Costituzione*, in *Lo Stato*, 18, 2022, 185 ss.

²³ Per riprendere una formula che si è proposta e provato a spiegare in altra sede: *I partiti tra identità e occasionalismo: rileggendo Pietro Ciarlo*, in *Scritti in onore di Pietro Ciarlo*, I, Napoli, 2022, spec. 341 ss.

²⁴ Diretto e immediato è il rapporto tra salute e ambiente non solo in termini di «interazione semantica, ma anche [di] convergenza valoriale», «giacché la salute di un organismo è legata al contesto in cui vive» (così, per es., Cass., sez. un., sent. 27 luglio 2022, n. 23436, § 6 *rag. dec.*); ne è anzi fortemente condizionata.

²⁵ ... anche se lo sguardo alto della fede ha fatto coglierne a Papa Francesco la bellezza, insieme alla grandezza e all'urgenza (*Lettera enciclica Laudato si' sulla cura della casa comune*, Città del Vaticano, 2015, § 15): «bella» – ha chiarito di recente – perché «stimolante e realizzabile» (*Discorso ai promotori del "Green and Blue Festival" in occasione della Giornata Mondiale dell'Ambiente*, udienza del 5 giugno 2023 (press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2023/06/05/0426/00948.pdf).

sensibilissima riduzione delle disponibilità per gli altri impieghi. Queste, pertanto, dovrebbero essere concentrate su quelli più necessari: per far fronte, cioè, ai bisogni oggettivi, anzi ai maggiori di essi, i quali non potrebbero – neanche questi – restare immuni da sacrifici e rischi²⁶. Ben poco sarebbe dunque lo spazio che si potrebbe assegnare «razionalmente» (nella prospettiva della «vera» Politica) ad altri bisogni pur vissuti da alcuni come essenziali; quasi nessuno quello per appagare altre istanze meritevoli o che, al di là di ciò, siano comunque produttive di consenso.

Per diluire i disagi e ridurre i rischi di *shock*, è corretto spalmare le risposte all'emergenza ambientale nel maggior tempo «possibile». Ma quanto esso sia lungo nessuno lo sa. Meno che meno la politica, che pertanto, per conformarsi al canone (costituzionale) della ragionevolezza, «deve» decidere avendo per bussola le risultanze scientifiche più affidabili.

Allo stato queste sono ampiamente confluenti nel ritenere che è decisivo imprimere «da subito» l'inversione di tendenza, per evitare che già nel breve si producano effetti assai gravi e irreversibili²⁷ e per poter avere nel medio-lungo periodo gli sperati effetti di ripristino di una condizione generale di salubrità e sicurezza ambientale.

Eppure anche tra chi è gravato da grandi responsabilità non mancano «gli impegnati» a negare o sminuire il problema²⁸, l'utilità delle risposte che implicino sacrifici²⁹, l'urgenza d'intervenire. Del resto ampia è la fascia di popolazione in cui prevale la comprensibile preoccupazione per la conservazione del proprio livello di benessere³⁰. E centrare quel *target*, anche con la blandizia, può essere allettante, almeno se si ha sufficiente dose di inconsapevolezza o cinismo.

Una sfida tanto cruciale, difficile da vincere, onerosa da affrontare³¹ com'è quella ambientale non va, poi, solo lanciata, ma anche portata avanti negli anni; adeguatamente. E questo richiede un rigoroso approccio sistematico: grandi linee strategiche mantenute nel tempo e quindi svolte con coerenza negli investimenti³². Il che significa, innanzitutto, che le une e gli altri devono essere lasciati indenni dagli effetti dei passaggi di testimone tra formule di

²⁶ Per es. non riuscire a compensare adeguatamente le perdite dovute al rivolgimento del sistema economico con le opportunità da esso generate; o non riuscire a farlo all'interno delle medesime comunità, con decadimento di alcune a vantaggio di altre. Ancora: il *dumping* ambientale potrebbe in effetti premiare i sistemi parassitari, finendo per vanificare gli sforzi delle comunità virtuose.

²⁷ D.I. Armstrong McKay, A. Staal, J.F. Abrams *et al.*, *Exceeding 1.5°C global warming could trigger multiple climate tipping points*, in *Science*, 377 (6611), 2022, 1171), ove, basandosi sulla *revue* di oltre 200 articoli scientifici, viene ampiamente argomentata l'urgenza di mettere in campo interventi atti a mitigare di molto l'innalzamento della temperatura globale. Essa ha già superato di 1°C quella preindustriale ed è diretto verso +2°/3°. Ma e anche l'incremento fosse fermato a +1.5° – centrandosi così l'obiettivo più ambizioso indicato negli accordi di Parigi – la Terra andrebbe incontro a fino a 16 punti di non ritorno assai pericolosi.

²⁸ ... nell'avvalorare di spropositato rilievo tesi del tutto minoritarie o di carattere assorbente fattori solo parziali (tipicamente quelli naturali – i c.d. cicli – di modo da negare il peso, ormai evidente, di quelli antropogenici) o nel rifugiarsi nel valore del dubbio, coltivato, però, in una versione corrotta, perché strumentale e banalizzata.

²⁹ ... relegate a troppo gravosi e comunque inutili, giacché i problemi globali non si potrebbero affrontare con l'impegno locale. Così è di solito argomentata la serrata critica che viene mossa ai vincoli del c.d. *Green Deal* euro-unitario (cfr. *infra* § 6.1).

³⁰ Così il *Terzo Rapporto Ital Communications e CENSIS*, cit., 20, ove si stima al 33,4% la quota di popolazione che ritiene la transizione ecologica eccessivamente onerosa in questa fase, giacché «ci costringerebbero a fare un passo indietro negli standard di vita, di benessere e qualità della vita ormai acquisiti. Si tratta di un'opinione che arriva al 51,5% tra chi ha al massimo la licenza media, è del 37,8% delle donne e del 36,6% tra gli over 64 anni».

³¹ ... economicamente, ma più in generale per i sacrifici che richiede.

³² Ora sul punto A. Moliterni, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Riv. dir. comparati*, 2, 2022, 395 ss., spec. 417-418.

governo³³, che nelle democrazie sono fisiologicamente cadenzati³⁴. Ma questo è tutt'altro che scontato; specie dinanzi alle forti polarizzazioni politico-sociali che il populismo digitale contribuisce in modo determinante ad acuire, *in primis* nelle comunità democratiche³⁵.

3.3. Maggiore urgenza della sfida e sopravvenuta immanenza dell'ambientalismo nello Stato costituzionale. Inutilità delle prospettazioni di sua evoluzione in Umweltstaat. Per lo Stato costituzionale affrontare con serietà la sfida ambientale ha ragioni ulteriori d'urgenza; esistenziali per se medesimo. Infatti la perseguibilità «reale» dei propri fini tipizzanti – «libertà» ed «eguaglianza» piena: sostanziale oltre che formale; «dignità» vissuta³⁶ da ciascuno³⁷ e in ogni fase della vita – «già oggi» ha per presupposto la drastica frenata del depauperamento dell'*habitat* umano; se non la sua rigenerazione³⁸.

Duro ammonimento viene dai tanti casi di territori compromessi al punto da esporre la salute nelle relative società a rischi assai gravi e persistenti (paradigmatico è quello di Taranto, ove politiche industriali del passato continuano a imporre la ricerca di un punto di equilibrio tra salute e lavoro inevitabilmente fragile, instabile, comunque tragico)³⁹. L'ultimo biennio, poi, consegna, anche all'Italia, un quadro severo di cambiamento climatico⁴⁰ e un elenco lungo e

³³ ... non fissi, però, in quanto devono restare aderenti e adeguati ai fatti, che *medio tempore* possono cambiare; anzi cambiano.

³⁴ In quanto, nei sistemi efficienti, allo scadere di una legislatura l'alternanza è un'ipotesi quantomeno ordinaria, e anche rafforzata dal malcontento che crea inevitabilmente il governare. E esso, tuttavia, può anche consolidare il potere, ma di per sé questo non è indice di buon governo e quindi d'efficienza del sistema. Può anzi aver fondamento in tutto il contrario.

³⁵ B. Caravita ha colto subito il tema della perdita di senso critico e del conseguente decadimento della qualità della democrazia prodotti dalla profilazione sempre più raffinata degli utenti della rete e dall'orientamento predittivo dei motori di ricerca, che tende a confinarli in *filter bubbles* ed *echo chambers*, ove le opinioni non solo si radicano, ma si radicalizzano, facilitando la captazione del consenso attraverso messaggi meramente oppositivi, che si fondano sulle polarizzazioni e, a un tempo, le fomentano. Le Sue riflessioni sul tema sono ora raccolte in A. Poggi, F. Fabrizzi, F. Savastano (a cura di), *Social Network, formazione del consenso, intelligenza artificiale. Itinerari di un percorso di ricerca di Beniamino Caravita*, Roma, 2023, ove spec. *Il consenso ai tempi dei social* (2018, ma con agg.), 21 e 25 e *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?* (2019, ma con agg.), 28-29, 31.

³⁶ ... di cui, dunque, si deve fare generale *esperienza* nelle relazioni sociali, non essendo affatto sufficienti i proclami, anche solenni, nei testi giuridici. Sul riferimento alla (e l'organizzazione della) realtà come funzione delle Costituzioni dello Stato costituzionale P. Häberle, *Stato costituzionale*, III, *La costituzione dello Stato costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, Agg. 2000, 15.

³⁷ ... anche se ancora non nato; anche dal postero, dunque. Sul punto, con specifico riferimento al compito di cura e sviluppo dell'ambiente per consentirne la trasmissione alle generazioni future perché (anche) queste possano realizzarvi i fini costituzionali fondamentali, A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, 2, *Le libertà civili e politiche*, Firenze, 1969, 394.

³⁸ Una progressiva rigenerazione sembra (quantomeno) presupposto di reale perseguibilità *nel tempo* (già solo in quello medio) dei fini dello Stato costituzionale. Per qualche altra considerazione in tema sia consentito rinviare a P. Logroscino, *Economia e ambiente nel "tempo della Costituzione"*, in *Federalismi.it*, 29, 2022, 103 ss., 107-108.

³⁹ Ovvio il riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale sul caso Ilva (sentt. 9 maggio 2013, n. 85, spec. § 9 *cons. dir.* e 23 marzo 2018, n. 58, spec. § 3.1 *cons. dir.*) da cui in definitiva non si discosta, quanto al profilo indicato nel testo, quella della Corte EDU (sent. 24 gennaio 2019 caso Cordella *et alt.* c. Italia e sentt. 5 maggio 2022 casi Ardimento *et alt.* c. Italia, Briganti *et alt.* c. Italia, A.A. *et alt.* c. Italia, Perelli *et alt.* c. Italia).

⁴⁰ Pare sufficiente richiamare uno studio ispano-franco-svizzero sull'incremento delle morti da caldo nell'estate europea delle temperature *record*: quella del 2022 (stimate in 61.672, con + 25,5 mila rispetto al comparabile periodo 2015-2021), apparso di recente in una delle più autorevoli riviste scientifiche di area biomedica; J. Ballester, M. Quijal-Zamorano, R.F. Méndez Turrubiates *et alt.*, *Heat-related mortality in Europe during the summer 2022*, in *Nature Medicine*, 29, 2023, 1857 ss., ove la dettagliata previsione di ulteriore severa crescita della mortalità negli anni a venire (salvo nuove, efficaci strategie di adattamento alla crescita di temperature e ondate di calore),

drammatico di eventi estremi che hanno distrutto vite, profondamente danneggiato territori e minato sistemi economici e sociali: hanno insomma colpito con durezza e in modo diffuso la libertà e la dignità delle esistenze (per usare le parole dell'art. 36 Cost.).

Queste condizioni di fatto confermano che l'ambientalismo (almeno) oggi (ma da tempo) è, per indefettibile necessità, «elemento strutturante» dello Stato costituzionale. E dunque la «generale» integrazione della salvaguardia dell'ambiente è (ormai) ontologicamente «insita» nella trama di suoi principi fondamentali. Ciò significa che per «comando costituzionale» (ora, ma già da anni) «immanente» al modello⁴¹ le esigenze di protezione ambientale vanno «integrate nella definizione e nell'attuazione» «sia» di ogni politica e azione pubblica (così l'art. 11 TFUE, nel riferirsi all'UE⁴²) «sia» di ogni attività sociale (economica, certo, ma non solo). E dunque nell'esercizio dell'autorità ma, «attraverso la regolamentazione di questa», anche nell'esercizio della libertà. Di ogni libertà⁴³.

Se così è, non si vedono reali ragioni per propugnare – talvolta forzando evidentemente i testi – l'ascesa di un'unità politica nuova, che abbia l'integrità ambientale per «fine ultimo». Infatti, rispetto al vago *Umweltstaat*⁴⁴, lo sperimentato «ingranaggio d'integrazione politica 'antropocentrica'» definito *Verfassungsstaat*, che si pretenderebbe soppiantato o in corso di superamento, è più complesso, completo e, a tacer d'altro, almeno più capace d'integrare. Lo è tutt'ora perché, in effetti, neanche l'epocale cambiamento «in atto» della realtà governata, che la crescente scarsità delle risorse naturali⁴⁵ produce, ne mina l'attualità⁴⁶. Tutt'altro. Esso richiede sì che conservazione e recupero dell'ecosistema divengano principi-cardine di ogni comunità, ma per quelle a Stato costituzionale contemporaneo ciò non implica alcun rivolgimento. Al contrario: si sostanzia in adeguamento dei «*butts relais*» funzionale (*rectius* indispensabile) a preservare la «credibilità» del «*but ultime*» che le accomuna. A preservare, quindi, la forza unificante dell'«utopia costruttiva» di una socialità fondata sulla dignità umana; di un ordinamento che «deve tendere» a salvaguardarla e cioè far sì che si realizzi effettivamente in ogni persona, rimuovendo o almeno riducendo entro il tollerabile le condizioni di minorità. Anche quelle ambientali.

Si tratta di adeguamenti, allora, che non sono solo rispettosi a pieno dei limiti della duttilità

che, messa assieme alla registrazione del primato europeo nel tasso di mortalità da caldo tristemente conseguito dall'Italia in quell'estate (295 per milione di abitanti) e alla generale valutazione di maggior vulnerabilità delle popolazioni del sud dell'Europa, risulta di peculiare interesse per quanto qui oggetto di riflessione.

⁴¹ ... ossia indipendente da ogni esplicitazione nelle Carte (e negli altri testi) dei singoli ordinamenti che al modello dello Stato costituzionale si ascrivono.

⁴² ... ordinamento di Stati costituzionali che, perciò, ha inevitabilmente assunto sin dalle origini come propri fini tipizzanti proprio quelli che identificano il *Verfassungsstaat*. Sia consentito rinviare sul punto alle osservazioni svolte in *L'integrazione europea tra gradualismo e dissimulazione costituzionale*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. III, Napoli, 2008, 1943 ss.

⁴³ Appare dunque da apprezzare la scelta lessicale fatta dal legislatore della novella assegnando *alla Repubblica*, quindi allo Stato ordinamento, la tutela ambientale. Ciò, peraltro, in piena continuità con quanto fatto in Costituente con riferimento al perseguimento di obiettivi dei più fondamentali, tra i quali quelli sanciti dall'art. 9 nella formulazione originaria: la promozione dello sviluppo culturale, scientifico e tecnologico e la tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico.

⁴⁴ Sul quale già M. Klopfer, *Auf dem Weg zum Umweltstaat?*, in Id. (Hrsg.), *Umweltstaat*, Berlin-Heidelberg et alt., 1989, 39 ss.

⁴⁵ ... che, stando alle previsioni più attendibili, si profila come insufficienza prospettica, ma prossima.

⁴⁶ *Contra* M. Klopfer, *ibidem*, per il quale quando il degrado ambientale raggiunge un livello tale da mettere in dubbio la preservazione dell'umanità l'avvento dello Stato ambientale diverrebbe una necessità.

tipica delle Costituzioni⁴⁷, ma che di essa fanno l'uso «dovuto». Infatti è proprio per renderle sensibili al mutamento rilevante innanzitutto dei quadri fattuali⁴⁸, preservando però la normatività dei principi e fini ultimi⁴⁹, che le Carte sono costruite «alte» ed «espansive»: con un assetto, cioè, non rigido, ma elastico di tutto quanto sia per esse mezzo, ivi compresi i c.d. obiettivi intermedi⁵⁰. E perciò il riassetto *lato sensu* strumentale – se è «legittimo» tutte le volte in cui non ne derivi l'indebolimento della capacità di conformare la realtà sociale al «fine ultimo» ordinamentale e «utile» qualora la rafforzi – è appunto (tecnicamente) «dovuto» quando sia indispensabile a mantenerne intatta, nel tempo, la capacità normativa. In tal caso, infatti, esso svolge e concretizza l'«imperativo razionale di autoconservazione» dell'ordinamento, giacché quest'ultimo ha nella capacità effettiva di conformazione (media) della realtà sociale la propria ragion d'essere⁵¹.

La realtà, però, non sempre segue la logica. E una cosa sono i rischi (come persino l'approssimarsi del baratro che il perdurante deterioramento ambientale produce) tutt'altra la consapevolezza piena di essi e la determinazione ferma nell'affrontarli.

La scrittura costituzionale può essere d'aiuto nel ridurre le distanze tra gli uni e le altre, perché la Carta, in quanto parte del presente, si ascrive alle forze attive che contribuiscono a plasmare il contesto⁵². Può contribuire, ma – lo si noti – non può determinarlo essa stessa.

Insomma, la relazione tra realtà sociale, enunciazione normativa («formulazione», nel linguaggio di Miceli) e prodotti di essa (enunciati) è tutt'altro che lineare e unilaterale: l'una, nel suo costante evolvere, incide di certo sullo svolgersi dell'altra ma anche sul senso assegnato (tempo per tempo) ai suoi prodotti; questi ultimi possono, a loro volta, contribuire

⁴⁷ ... in quanto atti di fondamento continuo di comunità politica *nel loro divenire*. Il tal senso, nel riferirsi alla Carta repubblicana, G. Treves, *Utilità della Costituzione*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, 4, *Aspetti del sistema costituzionale*, Firenze, 1969, 627.

⁴⁸ ... e correlatamente delle esigenze, delle urgenze, individuali e sociali.

⁴⁹ Così è il «tempo della Costituzione»: senza termine – come di solito è anche per quello delle leggi – ma anche lungo; quanto più *possibile*. È perciò d'uso dire, figurativamente, che carattere tipico e distintivo delle Carte costituzionali è la tensione *ad aeternitatem*: una licenza, certo, ma incisiva e che non può creare fraintendimenti, perché che l'eternità non sia dell'uomo (almeno nella sua vita terrena) e delle comunità politiche è lapalissiano. Sul punto innanzitutto T. Martines, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Studi in onore di Salvatore Pugliatti*, III, *Diritto pubblico*, Milano, 1978, 785 ss. cui *adde*, per ulteriori richiami, P. Logroscino, *Economia*, cit., 97 ss.

⁵⁰ Quando invece elastici siano i fini (o i mezzi lo siano al punto da rendere i fini incerti) allora la Costituzione assume quei caratteri di fluidità che in effetti ne depauperano gravemente la forza normativa; così, ma in termini più ultimativi, G. Burdeau ragionando nel 1956 su *La sopravvivenza della nozione di Costituzione*, trad. it. Seregno (MB), 2014, 36, nelle Carte contemporanee. Nel lessico giuridico italiano l'uso dell'espressione «costituzione fluida» segue tradizionalmente il conio di G. Azzariti sr. (*Una minaccia di deformazione della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 1951, IV, 1 ss.) come precisato da M.S. Giannini, *La Costituzione fluida* (1951), ora in Id., *Scritti*, III: 1949-1954, Milano, 2003, 389 ss.; ha dunque l'accezione di sovvertimento della rigidità senza assunzione della flessibilità, causato da mancata attuazione e dalle «deformazioni» attuative della Carta.

⁵¹ Ovviamente ci si riferisce alla «ragion d'essere in astratto»: alla causa tipica, per prendere a prestito il lessico contrattualistico. A fondamento dell'adozione o conservazione di un ordinamento e dell'atto supremo da cui esso s'irraggia – la Costituzione formale – vi sono però anche ragioni concrete, motivi che da quella possono differire (per es. motivi didattico-programmatico) o persino divergere (per es. motivi meramente simulatori). Questi possono, «*ab origine*» o «successivamente», animare le forze materialmente dominanti, con effetti di «sviamento» della Carta. Per l'approccio ontologico all'analisi e alla classificazione delle Costituzioni resta del tutto attuale K. Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, 2^a, Chicago-London, 1965, 147 ss. Di vero interesse, e non per la sola analisi delle esperienze di modernità costituzionale periferica, sono però le osservazioni e integrazioni proposte da M. Neves, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, 2007, 55 ss., spec. 105 ss.

⁵² Così K. Hesse, *La forza normativa della Costituzione* (1959), trad. it., Seregno (MB), 2008.

all'evoluzione della prima a partire dalla cultura collettiva, e in effetti vi contribuiscono soprattutto quando – per natura, struttura, funzione tipica – sono dotati di peculiare forza emotiva, com'è proprio per le Carte costituzionali⁵³. Quella relazione, dunque, è ontologicamente circolare. Sicché è bene «abbandonare» – per riprendere l'immaginifico suggerimento dato da Tullio De Mauro a riguardo di qualsivoglia comunicazione verbale⁵⁴ – «ogni visione ferroviaria della comprensione» e interpretazione (anche) degli enunciati normativi⁵⁵; e in special modo di quelli costituzionali, tipicamente più aperti. Prendere atto che tenerla ancora stretta potrebbe anche essere rassicurante, ma che solo rinunciandovi la realtà si fa più prossima.

4. La caduta del tabù sulla revisione dei «principi fondamentali per topos costituzionale». Dinanzi a una novella che «per la prima volta» modifica «in forma visibile»⁵⁶ l'articolazione della Carta repubblicana intitolata ai «Principi fondamentali» – «principi fondamentali per topos costituzionale», verrebbe da dire⁵⁷ – è inevitabile chiedersi se ce n'era bisogno. E il dubbio potrebbe anche appuntarsi sulla sua legittimità. Anzi, anch'esso potrebbe sorgere spontaneo, visto che per giurisprudenza consolidata i principi supremi – talvolta chiamati dal Giudice delle leggi proprio «principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale»⁵⁸ – costituiscono limite «assoluto» alla revisione: legalmente insuperabile, dunque, *ex art.* 138 Cost. come con qualsiasi altra forma⁵⁹. Si legge infatti nella sentenza in cui la Corte enuncia la propria dottrina in materia⁶⁰ che tali principi, per «[l']apparten[ere]

⁵³ ... sì per la solenne proclamazione che le caratterizza, ma soprattutto per l'aura che deriva dall'acquisito riconoscimento (anche fuori dall'ambiente giuridico) della loro natura di fondamento *costante* [come atto e come processo, per dirla con A. Spadaro, *Dalla Costituzione come 'atto' (puntuale nel tempo) alla Costituzione come 'processo' (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 1998, 343 ss.] dell'integrazione degli individui e dei gruppi nella comunità politica e quindi dei valori e dei fini che identificano la società. Per il quadro riferimento teorico, ovviamente irrinunciabile è *l'Integrationslehre* elaborata da R. Smend in *Verfassung und Verfassungsrechte* (1928), trad. it., con alt. saggi correlati, in Id., *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988.

⁵⁴ *La comprensione del linguaggio come problema* (in *Capire le parole*, 1994), ora in Id., *L'educazione linguistica democratica*, in S. Loiero, M.A. Marchese (a cura di), Roma-Bari, 2018, 189-190.

⁵⁵ ... che per natura si distaccano «immediatamente» dall'enunciante – dalla soggettiva *voluntas legislatoris* – per consegnarsi – in teoria, oggettivizzati nella *mens legis* – all'attività di elaborazione delle norme assegnata agli interpreti. Eppure anche la prima non va relegata a strumento interpretativo superato, giacché «l'imparzialità intersoggettiva» e dunque – con M. Luciani – il rapporto fiduciario con l'interprete su cui chi legifera deve, per logica e per principio giuridico, poter far conto (*Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 167, ove si richiama N. Irti) – «richiede [al primo] di collocarsi nella prospettiva del legislatore per sciogliere i dubbi interpretativi emergenti dal testo provando a ricavare dalle logiche della legge, non dalle logiche del senso comune o dell'etica dominante, il criterio di risoluzione dei conflitti interpretativi» (G. Scaccia, *L'etica della funzione giudiziaria. Fra teoria dell'interpretazione e separazione dei poteri*, in *Quad. cost.*, 2023, 459 ss., 477). Naturalmente – è bene aggiungere – entro i limiti in cui il testo e i testi risultino formulati di modo da approntare una risposta che possa essere intesa e conosciuta.

⁵⁶ L'espressione è proposta da G. Grasso ricordando che la l. cost. n. 1/1967, escluse l'applicazione ai casi di genocidio del divieto d'estradiizione per motivi politici genericamente sancito dall'art. 10, co. 4 (e dall'art. 26, co. 2) Cost. senza però modificarne la lettera; *La revisione costituzionale degli articoli 9 e 41: cosa cambia per il diritto costituzionale dell'ambiente?*, in L. Imarisio, G. Sobrino (a cura di), *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione e le sue implicazioni: un primo confronto*, Torino, 2022, 31 ss., 32.

⁵⁷ ... per sfuggire all'eccesso d'enfasi e dunque a possibili fraintendimenti.

⁵⁸ Corte cost., sentenza n. 238/2014, § 3.2 del *cons. dir.*

⁵⁹ ... persino – sostiene C. Mortati – nella forma adottata per l'istaurazione dell'ordinamento (*La costituzione in generale* (1962), ora in *Una e indivisibile*, Milano, 2007, 215 ss. spec. 219).

⁶⁰ Corte cost., sentenza n. 1146/1988, § 2.1 del *cons. dir.*, ove il debito verso la dottrina dei limiti di legittimità della disciplina concordataria e dei controllimiti all'applicazione del diritto sovranazionale è esplicito e quello

all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana», hanno quella «valenza superiore» che impedisce a qualsiasi fonte, interna o esterna, di «sovvertir[li] o modifica[rli] nel [...] contenuto essenziale»⁶¹.

Tuttavia da un lato tra i principi supremi (in senso sostanziale) e i principi fondamentali «per mero *topos*» non vi è affatto perfetta corrispondenza. E dall'altro d'intangibile vi è il solo contenuto essenziale. La Corte lo scrive per i primi, ma per gli altri vale «a fortiori». A rigore, dunque, neanche la totale riscrittura di tutti gli articoli da 1 a 12 determinerebbe «di per sé» l'illegittimità sostanziale della revisione, giacché «di per sé» non ne integrerebbe la «condizione sufficiente»⁶². E in effetti – vale forse ricordarlo per cenno – non ne costituirebbe neanche «condizione necessaria», in quanto tale illegittimità può ben consumarsi pur lasciando intonso quel gruppo di articoli (e il 139) ma sovvertendo un principio supremo che abbia altra collocazione nel testo⁶³ o che sia a esso immanente⁶⁴.

Inquadrato in queste linee d'orientamento, il dubbio che la revisione in analisi e in particolare l'integrazione dell'art. 9 Cost. da essa disposta possa porre problemi di legittimità costituzionale sostanziale pare destinato a dissiparsi rapidamente. È infatti vero che vi è ancora molto da riflettere sugli effetti dell'aver aggiunto ai compiti espliciti della Repubblica la «tutela [del]l'ambiente, [del]la biodiversità e [de]gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni»; dell'aver inserito questo compito nella parte della Carta intitolata ai «Principi fondamentali»; dell'averlo fatto seguire – immediatamente, nel medesimo articolo aggiungendovi un comma – a quelli di promozione della cultura, della scienza e della tecnica e di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico nazionale. Ma poiché nel diritto costituzionale vivente il principio della tutela dell'ambiente si è consolidato come fondamentale ormai da molto tempo⁶⁵, sarebbe (perlomeno) assai arduo sostenere che il suo inserimento tra i «principi fondamentali per *topos*» possa provocare un rivolgimento (anche solo nell'assetto complessivo) dei valori supremi ordinamentali e dunque dell'unità politica per come eretta dall'Assemblea costituente e vissuta, nelle sue evoluzioni, in settantacinque

verso i limiti all'adattamento automatico al diritto internazionale consuetudinario è correlato. Nei pochi casi in cui è tornata sul tema, la Corte si è poi limitata a richiamare questa pronuncia quale *leading case*.

⁶¹ Si tratta di un approdo che, insuperato, ha finito per togliere quasi del tutto la linfa al dibattito sui limiti sostanziali alla revisione della Carta repubblicana sino ad allora assai vivace (cfr. la ricostruzione in M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, 142 ss.). Che sia però ormai del tutto pacifico non lo si può dire. Le voci critiche perlopiù si appuntano sulle argomentazioni addotte dalla Corte (per tutti G. Pino, *Tre concezioni della Costituzione*, in *Teoria critica della regolazione sociale*, 2015, 48-49 e bibliografia *ivi* citata), ma talvolta puntano «a monte». Così la stessa assunzione del principio di intangibilità dei connotati essenziali della Costituzione come limite alla revisione non è rimasta esente da censure (R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, 225 ss., spec. 228).

⁶² Infatti non è l'ampiezza a determinare la natura legittima o rivoluzionaria (ai sensi della Costituzione incisa) di una legge di revisione, ma il rispetto delle forme e il suo risultato normativo. È però ovvio che nel caso ipotizzato nel testo (quasi per iperbole) si avrebbe un indice di sovvertimento dello spirito della Costituzione più che significativo. I fini meramente stilistici o gattopardeschi di una tale integrale riformulazione del testo nella parte formalmente dedicata ai principi dovrebbero infatti essere dimostrati, avendo cura di verificare non solo la *voluntas legislatoris* ma anche gli effetti realmente prodotti.

⁶³ Per es. per violazione dell'art. 24 Cost.; così Corte cost., sentenza n. 238/2014, cit., § 3.4 del *cons. dir.*, con riferimento al tema connesso, quanto al profilo qui d'interesse, dei controllimiti all'adattamento automatico del diritto interno al diritto internazionale consuetudinario.

⁶⁴ ... nel permeare quelle parti dell'ordinamento costituzionale che integrano la Carta: il contesto normativo e l'ordine costituzionale, a seguire la teoria e la proposta classificatoria avanzata da A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, 266-269.

⁶⁵ Assai noti sono gli arresti giurisprudenziali; per i richiami, volendo, P. Logroscino, *Economia*, cit., spec. 88-90.

anni di storia repubblicana⁶⁶. Per dirla con Caravita, insomma, un problema di continuità costituzionale proprio non lo si vede⁶⁷.

Ciò non significa che questa revisione non possa essere messa in discussione anche nell'*an*, ma che farlo in termini di legittimità pare tutt'altro che promettente. Mentre di sicuro interesse sono i profili di opportunità; di politica costituzionale, giacché non mancano ragioni per ritenere delicato «di per se stesso» l'intervento sui primi 12 articoli della Carta: quelli che il Costituente, proprio nel raggrupparli sotto l'evocativa dizione di «Principi fondamentali», ha incaricato «di porre le linee direttive del disegno costituzionale [...], di fornire il criterio generale di interpretazione, suscettibile di riunire in un insieme unitario le molteplici manifestazioni della vita dello Stato, segnando altresì i limiti invalicabili di ogni mutamento costituzionale»⁶⁸; di delineare, dunque, il «volto della Repubblica»⁶⁹.

Il volto, appunto: tanto essenziale e fragile da bastare poco perché possa rimanere sfigurato. Allora, per certo è bene discutere dei rischi che si corrono nell'intervenire su di esso, dell'utilità degli obiettivi che così si perseguono e di quanto effettiva sia la possibilità di conseguirli. Ma a patto di farlo «in concreto», analizzando, cioè, «quell» intervento.

Null'affatto produttivo sarebbe invece provare a opporre la pietrificazione dei «principi fondamentali per *topos*»: un ipotetico divieto autoevidente, sacrale di intervento (ablativo, modificativo o integrativo) su qualsiasi articolo dei 12; su qualsiasi suo comma o parola. Anche a tacerne l'infondatezza in astratto, *tranchant* sarebbe ormai il fatto: il legislatore costituzionale non ha avvertito tale vincolo, ha dato prova di esserne libero e pare improbabile – per usare un eufemismo – che per questo possa essere sanzionato dalla Corte. Il tabù è caduto, dunque. E tutto fa pensare che lo sia definitivamente.

5. L'art. 9, c. 3, tra costituzione vivente e «revisione-bilancio». Acquisita la emendabilità in «forma visibile»⁷⁰ dei principi fondamentali per *topos* come dato innanzitutto di esperienza, occorre passare alla valutazione del merito e delle implicazioni della revisione *de qua*. Tale esercizio – tutt'altro che semplice e banale, come emerge dalle differenze pure di prospettiva rinvenibili in dottrina⁷¹ – può offrire utili indicazioni circa l'incidenza della stessa sul tessuto

⁶⁶ Anche M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 3, 2021, 285 ss., 308-309, nel soffermarsi su un elemento testuale che già in sé allontana l'ipotetica lettura sovversiva della revisione.

⁶⁷ Così nell'esaminare *La riforma Renzi-Boschi: le ragioni del sì*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, § 5.

⁶⁸ C. Mortati, *La Costituzione italiana* (1962), ora in *Una e indivisibile*, cit., 237. Però nelle *Istituzioni di diritto pubblico* l'A. afferma che a identificare l'ideologia costituzionale nei suoi lineamenti essenziali sono solo i primi 5 articoli, mentre gli altri compresi nei «Principi fondamentali» – che espressamente richiama, omettendo però l'art. 9, oltre all'art. 12 – riguardano i fondamentali rapporti esterni: con l'ordinamento internazionale e con le chiese (10^a ed. rielab./agg. in F. Modugno, A. Baldassarre, C. Mezzanotte (a cura di), Padova, 1991, 151). A. Predieri, *Significato*, cit., 394-395, già nel 1969 rimarca la piena coerenza dell'inserimento dell'art. 9 tra i principi fondamentali, per l'attinenza della tutela del paesaggio sia alla regolazione dello Stato-comunità sia all'azione dello Stato-apparato in funzione della realizzazione del progetto egualitario fissato dall'art. 3 Cost. e perché il c. 2 dell'art. 9 «determina l'attività che costituisce il luogo geometrico dell'incontro» tra i tre elementi costitutivi dello Stato.

⁶⁹ ... «come fu ripetutamente detto in Assemblea»; *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, in V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino (a cura di), Milano, 1976, 16.

⁷⁰ V. *supra* § 4, nt. 56.

⁷¹ Cfr., ad esempio, la distanza intercorsa – immediatamente prima o immediatamente dopo l'entrata in vigore della legge di revisione costituzionale in parola – fra la posizione di T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 16, 2021; L. Cassetti, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in: R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, 13, 2022, 187 ss.; C. De Fiore, *Le insidie*, cit., e quella di I.A. Nicotra,

dispositivo preesistente e sul formante giurisprudenziale (comune e costituzionale). Nondimeno, può costituire viatico per l'inquadramento dell'intervento di revisione in un campo più vasto, suscitando qualche riflessione sulla strategia complessiva di contrasto a una delle crisi più perniciose del nostro tempo.

L'ambiente quale valore primario da bilanciare con altri valori giuridicizzati dai principi fondamentali era già ampiamente fatto proprio dal «diritto costituzionale vivente». E questo ben prima che la legge di revisione costituzionale n. 3/2001, nel dettare l'elenco delle materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato, ne introducesse il lemma (affiancandovi quello di «ecosistema»). Che non fosse materia in senso proprio fu, sin da subito, accentato dalla Corte costituzionale. Si trattava di materia-valore⁷². Anzi, di «un caso paradigmatico di 'materia-valore'»⁷³.

Seguendo siffatte premesse, dunque, si potrebbe essere tentati di derubricare un intervento di massima rilevanza – quale dovrebbe essere una modifica costituzionale che tocca un principio fondamentale⁷⁴ – a mera emersione testuale di un dato normativo e «pretorio» già ben collocato a livello dei valori costituzionali primari⁷⁵. Non sono mancate, tuttavia, valutazioni dottrinali volte a celebrarne la portata, anche se non tutte pienamente convincenti. Qualche perplessità, per esempio, desta il tentativo di recuperarne il *surplus* valoriale nel «decisivo profilo» del superamento della concezione di ambiente quale «diritto fondamentale della persona e della collettività»⁷⁶ alla volta di un principio costituzionale in senso oggettivo⁷⁷. In realtà, a ciò si era già giunti a partire almeno dagli inizi degli anni Duemila, quando si era pressoché completato⁷⁸ quel percorso incrementale⁷⁹ che aveva tratto profili di tutela dell'ambiente – ancorché tra loro non sempre armonizzati⁸⁰ – dalla progressiva costruzione

L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid, in *Federalismi.it*, 16, 2021, e R. Bifulco, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 11, 2022.

⁷² Con nettezza Corte cost., sentenza, n. 407/2002.

⁷³ P. Logroscino, *Economia*, cit., 91, nt. 20.

⁷⁴ F. Fabrizzi, *Dal paesaggio all'ambiente: conflitto o composizione*, in *Rivista AIC*, 3, 2023, 149 ss., 161 s., rimarca che il potere di revisione costituzionale, «quale che sia lo «spirito» con il quale esso viene esercitato dal Parlamento, è certo tuttavia che mai potrà essere qualificato come influente, quasi un *tamquam non esse*» e che «nulla di quello che è scritto in Costituzione – che lo era fin dall'entrata in vigore o che è stato inserito successivamente – può essere qualificato come «meramente simbolico».

⁷⁵ Cfr., sin da quando la revisione era allo stadio di progetto, V. Onida, *Ambiente in Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2022, 359 ss., il quale manifesta l'impressione complessiva di un tentativo di tradurre «in parole esplicite principi già affermati» e stratificati nel diritto costituzionale vivente, per dare uno sbocco alla «accresciuta sensibilità sociale sui temi della tutela della natura e dell'ambiente». Una valutazione in tal senso anche in D. Porena, *Sull'opportunità di un'espressa costituzionalizzazione dell'Ambiente e dei principi che ne guidano la protezione. Osservazioni intorno alle proposte di modifica dell'art. 9 della Carta presentate nel corso della XVIII legislatura*, in *Federalismi.it*, 14, 2020, 312 ss., 331, secondo il quale «la mera inclusione del valore ambientale nell'art. 9 si farebbe carico solo di dare testuale conferma di quanto già acquisito nel patrimonio della Costituzione». Analogamente G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 2, 2021, 460 ss., 463.

⁷⁶ Per prima Corte cost., sentenza n. 210/1987.

⁷⁷ Cfr. M. Cecchetti, *La disciplina sostanziale della tutela dell'ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un'analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Ist. fed.*, 4, 2022, 797 ss., spec. 806 ss.

⁷⁸ V. particolarmente Corte cost., sentenza n. 12/2009.

⁷⁹ Ripercorre esaustivamente tale evoluzione F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2, 2002, 215 ss.

⁸⁰ La difficoltà di una più tempestiva ricostruzione unitaria del bene ambiente è, probabilmente, dovuta anche all'influenza dell'impostazione gianniniana che la aveva recisamente negata (M.S. Giannini, «Ambiente»: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 1 ss.).

di diritti individuali ad esso embricati⁸¹, consolidando così lo spazio destinato alla sua elaborazione in chiave unitaria come bene oggettivo del più alto rango costituzionale⁸². Anche l'idea che la novella imponga vincoli diretti e immediati «più» penetranti all'agire del legislatore nella definizione delle politiche pubbliche a tutela degli interessi ambientali non convince pienamente. Innanzitutto perché, in un ordinamento fortemente integrato e multilivello come quello italiano, il grado di innovatività andrebbe sempre parametrato al «sistema di sistemi»⁸³ e, dunque, alla forza normativa anche delle prescrizioni euro-unitarie⁸⁴ e internazionali. E queste da tempo conformano a fini ambientali l'agire del legislatore e, di conseguenza, l'azione delle pubbliche amministrazioni. Ma anche a voler rimanere sul piano del diritto costituzionale interno, i dubbi non si dissolvono del tutto. La tutela dell'ambiente era stata già «consacrata» quale limite negativo dalla giurisprudenza costituzionale. Che poi la novella introduca un vincolo nel fine al legislatore pare, come si dirà meglio oltre, una petizione di principio disancorata dal dato testuale. Infatti, il nuovo art. 41, c. 3, continua solo a consentirgli di imporre quel limite alle attività economiche pubbliche e private, anche se ora lo orienta in tale direzione in modo esplicito. Del resto, che non si sia certo all'anno zero sta a dimostrarlo la smisurata mole di disposizioni, atti e pronunce che nell'ultimo quarantennio hanno contribuito a scolpire i contorni di una delle questioni più avvertite della modernità. E d'altro canto solo il tempo dirà se l'impegno nell'inserire la valutazione degli interessi ambientali nella programmazione delle attività economiche pubbliche e private sarà effettivamente maggiore di quello già profuso.

Ad oggi, non si può fare a meno di rilevare che, paradossalmente, proprio dopo che la l. cost. n. 1/2022 è entrata in vigore, a fronte di un vivacissimo interesse della dottrina sui temi che essa solleva, è possibile riscontrare nel ceto politico un repentino passaggio dal «troppo celebrare» al «silenzio imbarazzante»⁸⁵. La qual cosa funesta, almeno per ora, le ottimistiche aspettative di chi, in quella novella, ha «voluto» rinvenire le premesse di un «nuovo contratto sociale»⁸⁶. Valorizza, piuttosto, la prudente valutazione di coloro che, nella trasversalità politica che ha sorretto tale intervento, hanno percepito una «forte carica ideologica [...] dovuta all'acquisita popolarità delle idee che fanno capo alla sostenibilità, cui nessuno può

⁸¹ ... primo fra tutti il diritto all'ambiente salubre già sancito in Cass. SS.UU., sent. 6 ottobre 1979, n. 5172. Da ultimo, per i passaggi più salienti di tale percorso, v. R. Bifulco, *Ambiente e cambiamento climatico*, in *Rivista AIC*, 3, 2023, 133 ss., 134 ss., e, nella specie, 135.

⁸² Cfr. Corte cost., sentenza n. 617/1987 (§ 4.2 del *cons. dir.*), n. 641/1987 (§ 2.2 del *cons. dir.*). Approccio, poi, ribadito con nettezza nella sentenza n. 54/1994. L'ambiente, in altri termini, può considerarsi qualcosa di più e di altro rispetto alla somma dei molteplici profili che lo intercettano e lo modulano (così già Corte cost., sentenza n. 1029/1988).

⁸³ Per dirla con A. Ruggeri, *CEDU, diritto "eurounitario" e diritto interno; alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in *Dir. pubbl. comp. eur. online*, 19 aprile 2013; Id., *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema dei sistemi" come problema*, in *Rivista AIC*, 2, 2014.

⁸⁴ Cfr., nel diritto originario, artt. 11 e 191 ss. TFUE, art. 37 Carta di Nizza. Per un rapido *excursus* v. M. Cecchetti, *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione dell'art. 9 della Costituzione avente ad oggetto l'introduzione di una disciplina essenziale della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale* (Audizione presso la prima Commissione permanente del Senato della Repubblica), in *Dir. pubbl. eur. Rassegna online*, 1, 2020, 1 ss., spec. 4 ss., e M. Castellaneta, (voce) *Ambiente (dir. UE)*, in *Diritto on line*, Treccani, 2016. Sul punto, più di recente, v. anche M. Ferrara, *La forma dell'ambiente. Un percorso tra scelte di politica costituzionale e vincoli discendenti dalla CEDU*, in *Ist. fed.*, 4, 2022, 851 ss., ed E. Buono, *Costituzionalismo ambientale europeo e doveri di solidarietà. Italia e Germania nell'Antropocene*, in *Dir. pubbl. comp. eur. online*, 2, 2023, 465 ss.

⁸⁵ S. Grassi, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2023, 216 ss., 220.

⁸⁶ A. Morrone, *La Costituzione del lavoro e dell'ambiente. Per un nuovo contratto sociale*, in *Giorn. dir. lav. e rel. industr.*, 176, 2022, 513 ss.

porre obiezioni di principio»⁸⁷ ovvero un'azione «politicamente «neutra» perché priva [...] di quei contenuti novativi forti su cui per le formazioni politiche è ovvio distinguersi»⁸⁸.

Insomma, questa novella è lungi dall'ipotecare da subito e in modo stringente l'evoluzione del complesso tessuto normativo, anche perché non introduce «diritti dell'ambiente» e «nell'ambiente»⁸⁹. E allora non meno significativo che in passato⁹⁰ rimarrà il costante lavoro del giudice comune che, attraverso la definizione di situazioni «particolari», concorre a comporre in sistema la concettualizzazione del valore ambiente, di pari passo con le istanze, di volta in volta, emergenti e del contesto, pur mutevole, in cui esse prendono forma.

Quanto all'impatto atteso sulla giurisprudenza costituzionale, vien da dire che sarebbe (quantomeno) ingeneroso ipotizzare che dalla revisione in parola essa possa trarre una *prospettiva nuova* rispetto a quella che ha saputo fin qui delineare con numerosi e importanti arresti. V'è da chiedersi, in altri termini, se sia sostenibile che la Corte costituzionale avverta di dover avere, d'ora in poi, maggiore risolutezza di quanta ne abbia avuta fino a ieri nel valutare la fondatezza di questioni incentrate su disposizioni di rango legislativo che «attentano» all'ambiente; o di dover rimodulare le sue strategie di bilanciamento a tutto vantaggio del valore ambientale. Si può, ad esempio, sostenere che, se la revisione *de qua* fosse già stata «confezionata», la Consulta avrebbe risolto il conflitto di attribuzioni sollevato dalla Procura della Repubblica di Taranto *a latere* del caso ILVA in modo diverso da quello che la storia ci consegna⁹¹?

Anzi, sembra pertinente ribadire (v. già *supra* § 4) che le riserve manifestate in ordine alla modifica espressa di un principio fondamentale⁹² si sono, pressoché tutte, limitate alla sfera dell'opportunità e non della legittimità proprio perché aventi ad oggetto un compito della Repubblica che già poteva collocarsi nell'orbita delle azioni a tutela di un valore propriamente costituzionale, rispettoso dell'equilibrio condiviso dei fini ultimi della Carta repubblicana⁹³.

Se mai la prospettiva della Corte costituzionale dovesse allargarsi fino a inserirsi nel solco tracciato dalla nota pronuncia del 24 marzo 2021 del *Bundesverfassungsgericht*⁹⁴, con ogni

⁸⁷ L. Violini, G. Formici, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*, in *Dir. econ.*, num. monogr., a cura di P. Pantalone, Atti del Convegno *Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, Milano, 7 ottobre 2021, 32 ss., 38.

⁸⁸ P. Logroscino, *Economia*, cit., 92.

⁸⁹ Cfr. F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Dir. econ.*, 17, 2022, 15 ss., 21, ma anche M. Cecchetti, *La disciplina*, cit., 806 ss.

⁹⁰ Cfr. S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2017, 4 ss., 16 ss.

⁹¹ Corte cost., sentenza n. 85/2013. Risponde al quesito negativamente G. Grasso, *L'espansione della categoria dei doveri costituzionali nella riforma costituzionale sull'ambiente*, in *Menabò di Etica e Economia*, 169, 2022, 31 marzo 2022. Di diverso avviso, invece, G. Arconzo, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il rilievo costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Dir. econ.*, num. monogr. a cura di P. Pantalone, Atti del Convegno *Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, cit., 157 ss., 182 ss., il quale nella riforma rinviene i nuovi parametri costituzionali della tutela delle future generazioni e dello sviluppo sostenibile. Sulla vicenda c.d. ILVA, tra gli ultimi, R. Cabazzi, *Dalla contrapposizione alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, in *Federalismi.it*, 7, 2022, 31 ss. In precedenza, *ex multis*, G. Bucci, *Stato ed economia andata e ritorno. Riflessioni a partire dal caso ILVA*, in *Aperta Contrada*, 28 marzo 2014, e S. Cavaliere, *Il caso ILVA, l'interesse economico nazionale e la sua compatibilità con la dignità dei lavoratori e dei cittadini nella sentenza n. 58/2018 della Corte costituzionale*, in *Dir. pubbl. eur. Rassegna online*, 1, 2019, 64 ss.

⁹² ... sia da parte di chi ha accolto con grande entusiasmo la revisione, sia da parte di chi, invece, l'ha criticata sotto diversi profili o l'ha stigmatizzata *tout court*.

⁹³ Lo rileva, da ultimo, S. Grassi, *La cultura dell'ambiente*, cit., 222.

⁹⁴ Sulla quale v., per tutti, R. Bifulco, *Cambiamento climatico, generazioni future (e sovranità) nella prospettiva del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2, 2021, 421 ss.

probabilità non lo si dovrà alla menzione esplicita del sintagma «tutela dell'ambiente» tra i principi fondamentali della Costituzione⁹⁵, bensì alle drammatiche urgenze che, «di fatto», si impongono all'attenzione dei pubblici poteri. Su tutte, quella del contrasto al «fatto» dell'inarrestabile peggioramento climatico.

L'inefficacia e la scarsa concretezza delle azioni «domestiche» finalizzate alla stabilizzazione del clima fin qui messe in atto non sono certo dipese dall'assenza di quel sintagma né dall'assenza di una clausola climatica⁹⁶. A tal proposito, la tutela del clima – presupposto di fatto della tutela dell'ambiente⁹⁷ o, come da altri sottolineato, «precondizione» che si estende alle «sue parti costitutive (biodiversità, ecosistemi, ecc.)»⁹⁸ – usufruisce già di una solida copertura offerta dall'adesione dell'UE alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico (UNFCCC) del 1992 e all'Accordo di Parigi del 2015, che, per tal via, godono, all'interno degli Stati membri, sia della diretta applicabilità che dell'effetto utile⁹⁹ e la stessa UE ha adottato numerosi regolamenti in materia climatica la cui inattuazione è giustiziabile *ex art.* 258 TFUE¹⁰⁰.

Ricorrente nel dibattito dottrinale è anche l'attribuzione alla novella costituzionale del «significativo» effetto «di abbandonare una concezione dell'ambiente ristretta e meramente 'antropocentrica' alla volta, invece, di «una concezione 'ecocentrica'»¹⁰¹ in grado, addirittura, di imporre un *rivoluzionario* «cambio di prospettiva», quello di una «Repubblica fondata sull'ambiente»¹⁰².

In realtà, non sembra di poter rilevare elementi testuali di portata univoca e talmente innovativi da avallare tali interpretazioni che si risolverebbero nel superamento del principio sancito dalla Consulta per cui l'ambiente assunto a rango di valore costituzionale è, prima di tutto, quello «protetto come elemento determinativo della qualità della vita [...che] esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla

⁹⁵ Di diverso avviso R. Bifulco, *Ambiente*, cit., 139, il quale attribuisce alla revisione dell'art. 9 Cost. la «copertura costituzionale alla tutela del clima nella misura in cui presuppone che la difesa dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi si realizza attraverso la stabilizzazione del clima». Similmente L. Cuocolo, *Dallo Stato liberale allo Stato ambientale. La protezione dell'ambiente nel diritto costituzionale comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur. online*, 2, 2022, 1071 ss., 1079, nt. 30.

⁹⁶ E anche lì dove una «clausola climatica» è presente in Costituzione – pur se formulata come dovere o priorità dello Stato – si è, in realtà, mostrata «una sorta di suppellettile costituzionale» nel senso che è servita «ad abbellire il testo primario senza avere effetti concreti nel suo funzionamento» (così P.L. Petrillo, *Il costituzionalismo climatico. Note introduttive*, in *Dir. pubbl. comp. eur. Rassegna on line*, 2, 2023, 233 ss., 240). Sul tema v. anche, recentemente, F. Gallarati, *Il contenzioso climatico di tono costituzionale: studio comparato sull'invocazione delle costituzioni nazionali nei contenziosi climatici*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2022, 157 ss.

⁹⁷ Per M. Carducci, (voce) *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl., Agg.*, Milano, 2021, 51 ss., 58, il cambiamento climatico è un fatto presupposto dal diritto, quale «fatto di conoscenza», «in ragione dei suoi effetti negativi» ed è concettualmente autonomo rispetto alla nozione di ambiente. Fatto da cui dipendono i diritti fondamentali. Assunto che «è assurt[o] a *opinio juris* globale dopo il *Joint Statement on Human Rights and Climate Change* dei cinque organismi dei diritti umani dell'ONU del 16 settembre 2019» (ivi, 70).

⁹⁸ Ancora R. Bifulco, *Ambiente*, cit., 139.

⁹⁹ È il caso di sottolineare che due ricorsi *per saltum* di alcuni cittadini italiani («*caso Uricchio*», ric. n. 14615/21, e «*caso De Conto*», ric. 14620/21) per responsabilità per danni da cambiamento climatico hanno recentemente superato il filtro di ammissibilità presso la Grande Camera della CEDU. Tali azioni chiamano in giudizio l'Italia in solido con altri Stati facendo perno sul principio delle «responsabilità comuni» scandito dagli articoli 3, n. 1, della UNFCCC, e 2, n. 2, dell'Accordo di Parigi (sul punto cfr. L. Cardelli, *L'Italia davanti alla CEDU per le emissioni di gas serra*, in *laCostituzione.info*, 3 settembre 2023).

¹⁰⁰ Cfr. i nn. 2018/842, 2018/1999 e 2020/852. Sul punto v. M. Carducci, *Libertà «climaticamente» condizionate e governo del tempo nella sentenza BVerfG del 24 marzo 2021*, in *laCostituzione.info*, 3 maggio 2021.

¹⁰¹ M. D'Amico, *Una riforma costituzionale importante*, in *Riv. giur. amb. online*, 26 febbraio 2022.

¹⁰² Per tutti, v. A. Morrone, *Editoriale. Fondata sull'ambiente*, in *Ist. fed.*, 4, 2022, 783 ss., 785.

collettività»¹⁰³. Principio, nella sostanza, a più riprese confermato quando essa si è trovata al cospetto dell'art. 117, c. 2, lett. s). Ha ripetuto che dell'ambiente «è necessario tener presente che si tratta di un bene della vita», unitario ma complesso, con singole componenti da mantenere in equilibrio;¹⁰⁴ e, non molto tempo dopo, che la tutela dell'*habitat* funzionale «alla vita dell'uomo» rientra più propriamente nella nozione di ecosistema¹⁰⁵. Tale prospettiva valoriale sembra essere stata solo ribadita «dalle scelte del legislatore costituzionale» del 2022¹⁰⁶.

Non ci si può, allora, limitare ad una mera premessa indiziaria (l'ipotizzata *voluntas legislatoris*) per arrivare ad attribuire alla disposizione in esame un contenuto di tenore tale da incidere sul nucleo del principio personalista e fare di essa, in definitiva, il prodromo di un mutamento della forma di stato. La nuova disposizione, in altri termini, non obnubila il tradizionale presupposto costituzionale della necessità della tutela ambientale, e cioè che la sua «forma, pur complessa e mutevole, sia quella che consente «la vita umana», anzi una vita umana dignitosa. Riflette, semmai e più limitatamente, il superamento della dimensione anelastica di ambiente dovuta alla primigenia costruzione giuridica che lo ha apparentato al primo comma dell'art. 9 Cost.¹⁰⁷. L'oggettivizzazione del valore ambiente non può «finire col giustificare politiche (come pure approcci ermeneutici) che, in nome della tutela dell'ambiente, possano strumentalizzare la persona umana e la sua dignità, 'sacrificando' una singolarità umana sull'altare del valore superiore della sopravvivenza del pianeta»¹⁰⁸. Declivio pericoloso, insomma.

E che di questo si tratti emerge con maggiore chiarezza dall'inciso «anche nell'interesse delle generazioni future» che completa la prima parte del nuovo terzo comma dell'art. 9 Cost. Una promessa rinnovata di quell'obbligo di solidarietà e doverosità intergenerazionale già colto da chi, tra i primi, avvertiva che la tutela dell'ambiente dovesse consistere nell'«assicurare una [sua] ordinata mutazione [...] per consentirne la trasmissione alle future generazioni»¹⁰⁹, innanzitutto perché «più della persona, è la comunità, che dà il senso di ciò che è la vita: un divenire nel tempo, che implica susseguirsi di generazioni»¹¹⁰.

¹⁰³ Corte cost., sentenza n. 641/1987, cit., § 2.2 del *cons. dir.*

¹⁰⁴ Corte cost., sentenza n. 378/2007, § 4 del *cons. dir.* Qui la Corte riprende la qualificazione giuridica della tutela dell'ambiente come tutela dell'equilibrio ecologico che B. Caravita aveva proposto già nel 1990, nel far tesoro delle esperienze e delle nozioni dell'ecologia (*Diritto pubblico dell'ambiente*, cit., 49 ss., 53).

¹⁰⁵ Corte cost., sentenza n. 12/2009, § 2.3 del *cons. dir.*

¹⁰⁶ Cfr. V. De Santis, *La Costituzione della transizione ecologica. Considerazioni intorno al novellato art. 41 della Costituzione*, in *Nomos*, 1, 2023, 1 ss., 3 ss., 10.

¹⁰⁷ Chiara, in tal senso, Corte cost., sentenza n. 179/2019, § 12.1 del *cons. dir.*

¹⁰⁸ A. Lamberti, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022*, in *Nomos*, 3, 2022, 1 ss., 13.

¹⁰⁹ A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in AA.Vv., *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. 2, *Le libertà civili e politiche*, Firenze, 1968, 379 ss., 394. In tale prospettiva, più di recente, v., ex multis, F. Fracchia, *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, in *Dir. econ.*, num. monogr. a cura di P. Pantalone, Atti del convegno *Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, cit., 55 ss.; D. Porena, *Anche nell'interesse delle generazioni future. Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 15, 2022, 121 ss.; P. Lombardi, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *Federalismi.it*, 1, 2023, 86 ss.

¹¹⁰ M. Bertolissi, *Amministratori, non proprietari dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi*, in *Federalismi.it*, 6, 2023, 26-27. Peraltro, il revisore costituzionale avrebbe potuto evitare l'ambiguità che discende dall'uso dell'avverbio «anche» che si presta, come già notato, ad una doppia lettura: «da un lato, infatti, si può ritenere che «anche» nasconda l'interesse delle generazioni presenti. Dall'altro lato, però, si può dare una lettura più estensiva e

In definitiva, per dirla con Stefano Grassi, va escluso che la revisione abbia travolto l'impostazione antropocentrica «che prevale in quasi tutte le costituzioni vigenti e nel diritto internazionale ed europeo»¹¹¹.

E d'altro canto, se così non fosse, dovremmo arguire che essa sia suscettibile di intaccare, almeno in parte, altri principi fondamentali – e non necessariamente «in senso 'progressivo'»¹¹² – o, addirittura, il nucleo assiologico della Carta repubblicana, il che determinerebbe una valutazione, questa volta sì, dubbia sulla sua legittimità¹¹³. Non solo. Sulla base di tali premesse, il valore ambiente si profilerebbe strutturalmente come «valore costituzionale 'tiranno'»¹¹⁴.

Se l'enfasi ecocentrica posta sulla novella costituzionale è, dunque, semplicemente tesa a sottolineare l'accuratezza del revisore costituzionale¹¹⁵ nella enucleazione di tutte le componenti del creato, lì dove all'«ambiente» accosta i termini «biodiversità» ed «ecosistemi», può convenirsi che essa contribuisca a marcare la loro interconnessione e la loro «reciproca comprensività», «ciascuno, 'elemento' e 'insieme' dell'altro»¹¹⁶, senza però innovare (né alterare) le coordinate di unità della comunità politica repubblicana, al cui centro permane – come «dovuto» all'interno del vigente ordinamento e, più in generale, del modello dello Stato costituzionale – la persona umana¹¹⁷. Entro di esse, del resto, è già declinato un antropocentrismo del dovere sganciato da una prospettiva esclusivamente utilitaristica¹¹⁸ e

ritenere che la tutela ambientale sia da perseguire in sé e per sé, e «anche» nell'interesse delle generazioni future» (L. Cuocolo, *Dallo Stato liberale*, cit., 1080).

¹¹¹ S. Grassi, *La cultura dell'ambiente*, cit., 222. Per altri convincenti argomenti V. De Santis, *La Costituzione della transizione ecologica*, cit., 8 ss. In argomento D. Porena, *'Ambiente': complessità di una nozione giuridica*, in *Ambiente e Diritto*, 3, 2020, 1 ss.

¹¹² G. Silvestri, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, 1187 ss., 1206.

¹¹³ Dubita dell'ammissibilità di una modifica di un principio fondamentale che costringa «ad una rilettura radicale dell'intera Carta costituzionale» S. Grassi, *La cultura dell'ambiente*, cit., 221 ss.

¹¹⁴ Condivide questo timore anche G. Di Plinio, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 16, 2021, 4. Similmente G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa, modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *Giustizia insieme*, 22 settembre 2021.

¹¹⁵ Certo, minore accuratezza, per così dire, è invece rilevabile nell'aver omesso di declinare al plurale il lemma «ecosistema» dell'art. 117, c. 2, lett. s); scelta difficilmente comprensibile, specie ove si pensi che non era mancato chi, durante l'*iter legis* – con quasi due anni di anticipo rispetto alla prima deliberazione avvenuta in Senato il 9 giugno 2021 – ne aveva sottolineato l'evidente incoerenza (cfr. D. Porena, *Audizione del 24.10.2019 in I Commissione permanente del Senato, nell'ambito dell'esame d.d.l. costituzionale n. 83, n. 212, n. 1203 e n. 1532 recanti modifiche all'art. 9 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, in www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/040/701/Prof._Daniele_PORENA.pdf, 4).

¹¹⁶ R. Fattibene, *Una lettura ecocentrica del novellato art. 9 della Costituzione*, in *Nomos*, 3, 2022, 1 ss., 7.

¹¹⁷ In ogni caso non ci si troverebbe dinanzi a un cambiamento normativo rivoluzionario, ma all'emersione testuale di un riassetto dell'ordinamento già immanente; già insorto, dunque, nel *Ungeschriebenes Verfassungsrecht* (peraltro in conformità con la necessaria evoluzione del modello – quello appunto dello Stato costituzionale – a cui esso si ascrive sin dall'origine e permanentemente). Nel dibattito tedesco quest'espressione è usata a fronte di *Verfassungswandlung*, per declinare le trasformazioni nel primo caso come perpetuazione del passato-presente, nel secondo verso il futuro prossimo (così M. Carducci, *"Forza" normativa e "potere" normativo del fatto in Jellinek*, in G. Jellinek, *Mutamento e riforma della Costituzione* (1906), trad. it. parziale, Cavallino (LE), 2004, 11 ss.). Riflessioni in tal senso anche in E. Di Salvatore, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022, 1 ss., 3 ss., spec. nt. 3.

¹¹⁸ In tal senso cfr. già F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, 215 ss. Più recentemente M. Greco, *La dimensione costituzionale dell'ambiente. Fondamento, limiti e prospettive di riforma*, in *Quad. cost.*, 2, 2021, 281 ss., e A. Riviezzo, *Diritto costituzionale dell'ambiente e natura umana*, ivi, 301 ss.

connotato, semmai, da elementi antropogenici volti a tutelare la stabilità del sistema climatico e l'ambiente «attraverso le responsabilità umane sui diritti»¹¹⁹. Si tratta, perciò, di valorizzare la visione «eco-compatibile dell'antropocentrismo» che rifiuta «l'epistemologia del dominio dell'uomo»¹²⁰; prospettiva che è già ben radicata nell'ordito delle «democrazie liberali» e dello «Stato sociale di cultura e di diritto» come indispensabile condizione della dignità dell'uomo. In altre parole, le Carte che «sviluppano la dignità dell'uomo quale premessa dello Stato costituzionale fondato su un 'antropocentrismo temperato', di necessità «mirano a proteggere l'ambiente», anche «nell'interesse di una vita dignitosa dei posteri»¹²¹.

Una ulteriore riflessione può essere svolta sul possibile impatto prodotto dalla novella costituzionale sul riparto legislativo tra Stato e Regioni. L'intestazione alla «Repubblica» della tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, pur avendo «il preciso significato di accogliere il principio del «compito comune» a tutti gli enti che la compongono ex art. 114 Cost.»¹²², non sembra mutare la struttura competenziale precedentemente elaborata dalla giurisprudenza costituzionale in tale ambito¹²³. È sì vero che la sua trasversalità è stata interpretata dalla Consulta in modo non sempre lineare, semmai «alquanto asistemica e difficilmente componibile in un quadro organico»¹²⁴; è altrettanto vero che le incertezze emerse sono principalmente dipese «dalla collocazione dell'ambiente nell'alveo dei cataloghi (apparentemente solo) competenziali dell'art. 117 Cost. [...], generando una perdurante confusione tra valore e competenza»¹²⁵. Pare, tuttavia, che la novella non contenga elementi utili a risolvere tale confusione. Sembra, anzi, lasciare ancora una volta alla giurisprudenza costituzionale l'onere di dipanare il groviglio di interessi insistenti nella cura della dimensione ambientale pur nella incontrovertibile evidenza che «nel tempo presente, contraddistinto da emergenze che mettono in discussione la stessa sopravvivenza del pianeta e del genere umano, è di intuitiva evidenza che la materia ambiente identifichi interessi (quantomeno) unitari, come tali infrazionabili»¹²⁶. Il ruolo dello Stato, dunque, permane cruciale. Non meno di prima. Quello delle Regioni, invece, confinato alla disciplina di profili ambientali ricadenti in materie di propria competenza; disciplina consentita solo ove contenga livelli di tutela più

¹¹⁹ Cfr. M. Carducci, *Cambiamento climatico*, cit., 70.

¹²⁰ P. Ferretti, *La tutela dell'ambiente in Costituzione: tra dovere di solidarietà e prospettive di bilanciamento*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2023, 23 ss., 26.

¹²¹ P. Häberle, *Stato costituzionale*, cit., 13.

¹²² In tal senso già M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41*, cit., 303.

¹²³ Cfr. G.M. Salerno, *Ambiente e articolazione costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Rivista AIC*, 3, 2023, 169 ss., 182 ss., il quale ribadisce che essa «sulla base della nota configurazione trasversale della materia ambientale, vede assegnare allo Stato un ruolo cruciale nella determinazione legislativi degli standard unitari di tutela, per lo più in attuazione di obblighi di rilievo internazionale ed euro-unitario, e alle Regioni la titolarità della potestà legislativa azionabile in presenza di un intreccio con le materie di rispettiva competenza e con l'obiettivo di incrementare, e non certo di ridurre, la garanzia offerta a livello nazionale». Dello stesso avviso G. Moschella, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione: uno sguardo al ruolo delle Regioni e alle prospettive di attuazione del regionalismo differenziato*, in *Diritti Regionali*, 2, 2023, 637 ss.

¹²⁴ F. Pastore, *Costituzione e ambiente*, in M.A. Icolari (a cura di), *La tutela dell'ambiente al tempo della crisi pandemica*, Torino, 2021, 7 ss., 26 ss. Su questa tematica, tra i saggi più a ridosso della novella costituzionale, v. anche P. Colasante, *La ricerca di una nozione giuridica di ambiente e la complessa individuazione del legislatore competente*, in *Federalismi.it*, 20, 2020, 123 ss.

¹²⁵ N. Pignatelli, *La dimensione ambientale nel più recente contenzioso costituzionale Stato-Regioni: profili processuali e sostanziali*, in *Federalismi.it*, 23, 2022, 241 ss., 242. Sul punto anche D. Porena, *L'ambiente come "materia" nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: "solidificazione" del valore ed ulteriore "giro di vite" sulla competenza regionale*, in *Federalismi.it*, 2, 2009, 4.

¹²⁶ A. Vuolo, *L'ambiente e il problematico assetto delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Nomos*, 3, 2021, 1 ss., 13.

elevati o rigorosi di quella statale¹²⁷.

Ed è proprio l'infrazionabilità di tale dimensione e l'interconnessione e la reciproca comprensività di ambiente, biodiversità ed ecosistemi che suggeriscono di non aderire alla tesi secondo cui dal nuovo terzo comma dell'art. 9 Cost. emergerebbero competenze concorrenti Stato/Regioni in materia di tutela della biodiversità, ulteriori e distinte rispetto a quelle di tutela dell'ambiente, solo perché non menzionata nell'art. 117, co. 2, lett. s)¹²⁸.

6. Le novità dell'art. 41 e lo statuto delle libertà economiche. Se alla luce dell'analisi che s'è ritenuto di poter fare sinora del nuovo testo dell'art. 9 Cost. sembra rimanere aperto l'interrogativo sull'esito del calcolo costo (modifica espressa di uno dei principi fondamentali per *topos*) – beneficio (impatto ordinamentale della modifica espressa) dell'intervento del legislatore costituzionale, v'è da chiedersi se a conclusioni diverse si possa giungere esaminando le novità dell'art. 41 Cost.

E anche in questo caso occorre muovere da un panorama già molto variegato di orientamenti interpretativi, con divaricazioni a tratti persino più ampie.

È certamente vero che le modifiche all'art. 41 Cost. sono una proiezione quasi naturale del nuovo dettato dell'art. 9 Cost. e che la riforma costituzionale ha una sua intrinseca unità teleologica; ma il suo esame può proporsi anche separatamente e non solo per finalità eminentemente espositive. L'integrazione dell'art. 41 Cost. avrebbe potuto essere definita nei termini noti pure in assenza di interventi sui principi fondamentali. Non a caso, una parte della dottrina ha destinato la propria attenzione agli effetti della novella sulla c.d. Costituzione economica lasciando solo sullo sfondo quelli prodotti dall'integrazione dell'art. 9 Cost.

La l. cost. n. 1/2022 ha individuato nella protezione dell'ambiente e della salute ulteriori limiti «espressi» per l'attività economica privata (art. 41, c. 2) e ha accostato quelli ambientali a quelli sociali tra i fini a cui possono essere indirizzate le attività economiche private come anche quelle pubbliche, attraverso programmi e controlli stabiliti in base alla legge (art. 41, c. 3).

Alcuni autori puntano l'attenzione sui «tratti marcatamente controtendenziali»¹²⁹ che questa novella avrebbe rispetto ai «tentativi di riforma del medesimo articolo che si erano avuti in passato nel mai sopito conflitto tra autorità e libertà» e che si erano collocati nell'area del rafforzamento delle libertà economiche¹³⁰. Si tratta di un dato indisputabile ove si faccia riferimento al testo del disegno di legge costituzionale che, per un brevissimo scampolo di tempo nel 2011, si proponeva – tra l'«inutile» e l'«allegittimo»¹³¹ – di ri-orientare in chiave neo-

¹²⁷ Tra le numerosissime pronunce della Corte costituzionale in tal senso si ricordano le sentenze nn. 104/2008, 30/2009, 61/2009, 225/2009, 67/2010, 145/2013, 246/2013, 199/2014, 267/2016, 98/2017, 212/2017, 178/2020.

¹²⁸ G.L. Conti, *Note minime sulla sopravvivenza dei valori ambientali alla loro costituzionalizzazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2022, 193 ss., 200. V. anche G. Chiola, *La Costituzione ambientale in Italia: un tentativo di costituzionalizzare il diritto di natura oppure un problematico rafforzamento dei riconoscimenti esistenti?*, in *Nomos*, 2, 2022, 1 ss., 11, il quale opta per l'inserimento della tutela della biosfera nelle materie di competenza residuale delle Regioni. *Contra* G.M. Salerno, *Ambiente*, cit., 183, il quale ritiene «siffatta interpretazione così strettamente letterale da risultare sistematicamente incoerente rispetto all'intero disegno costituzionale dell'assetto delle competenze tra Stato e Regioni».

¹²⁹ Così M. Benvenuti, *La revisione dell'articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *Rivista AIC*, 2, 2023, 59 ss., 62.

¹³⁰ F. de Leonardis, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Aperta contrada*, 28 febbraio 2022, 11 ss.

¹³¹ Cfr., per tutti, M. Luciani, *Audizione del 15 settembre 2011 alla Camera dei deputati*, in *Aperta Contrada*, *L'art. 41 della Costituzione – Dossier*, 2011, 17 ss., 20.

liberista il modello economico nazionale¹³². Tuttavia, il confronto con quel «maldestro conato di revisione costituzionale»¹³³ in effetti non dice molto. La volontà di abrogare *tout court* il terzo comma dell'art. 41 non era un «marchio di fabbrica» di quel (così sofferto) contesto politico¹³⁴, bensì un'opzione che traeva forza da oltre un trentennio di oblio della disposizione appena menzionata e che da Maastricht in poi era, di fatto, desueta; ridotta ad un «coma farmacologico» dal passaggio ad un'economia di mercato aperta e libero-concorrenziale, prima, e ad una «economia sociale di mercato fortemente competitiva», poi (art. 3, par. 3, TFUE), con tutte le conseguenze strutturali e ordinamentali che tale passaggio ha portato con sé¹³⁵.

È sufficiente, allora, la sola inserzione di «ambientali» (accanto a «sociali») nella formale qualificazione dei fini cui «l'attività economica pubblica e privata [può] essere indirizzata e coordinata» per rivitalizzare il comma 3 dell'art. 41 Cost. o per riportarlo addirittura ai «fasti» post-bellici dell'intervento legislativo programmatico¹³⁶?

La circostanza che ora esso arricchisca «l'orizzonte teleologico a cui l'attività legislativa di indirizzo e coordinamento dell'attività economica pubblica e privata, precedentemente correlata ai soli 'fini sociali', è attualmente preordinata»¹³⁷, pur utile perché inequivoca, non muta, di per sé, la struttura facoltizzante che è propria (per lettera e per univoca interpretazione di essa) del terzo comma dell'art. 41¹³⁸. Ciò che tale disposizione era in grado di esprimere prima della revisione *de qua* permane ancorato al(l'alto) compromesso costituente in cui ha trovato vita, da un lato, e al suo successivo rapporto con il processo di integrazione economica europea, dall'altro lato. In tale evoluzione non è cambiata la natura «indicativa e non coercitiva» della programmazione che la nostra Costituzione ammette in

¹³² Con il dichiarato intento di soddisfare «la necessità di addivenire a profonde riforme istituzionali al fine di ridurre la capacità dirigistica dello Stato nell'economia per favorire l'avvento di condizioni giuridico-istituzionali adeguate alla struttura di un mercato moderno ed efficace» (*Relazione Illustrativa* al disegno di legge costituzionale recante «*Modifica degli articoli 41, 97 e 118 della Costituzione*», ivi, 11).

¹³³ M. Benvenuti, *La revisione*, cit., 60.

¹³⁴ ... «disperato» tentativo congiunturale attribuibile al contesto di profonda crisi economico-finanziaria in cui versava l'Italia e di irreversibile crisi istituzionale in cui versavano il Governo dell'epoca e la maggioranza che lo sorreggeva.

¹³⁵ Fin troppo noto, per approfondirlo in questa sede, è l'effervescente dibattito sorto sulla compatibilità tra l'assetto economico costituzionale originario e la svolta dovuta al Trattato di Maastricht. Basta qui ricordare che, per la sua struttura, l'art. 41 Cost. era in grado di «accogliere» un modello economico orientato principalmente alla valorizzazione delle libertà economiche e del mercato (cfr., *ex plurimis*, seppur con diverse sfumature interpretative, G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 7 ss., spec. 19; A. Pace, *La Corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 1999, 2965 ss., 2968 s.; C. Pinelli, *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, 2000, 195 ss., 203; M. Antonioli, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001, spec. 94 ss.). Ben nota, peraltro, è la tesi di chi negava che il principio competitivo fosse ricavabile dall'art. 41, c. 1, Cost., pure nella sua versione di tutela dei soli concorrenti (N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 18 ss., 28 ss. e *passim*) e sosteneva, invece, che esso fosse da rintracciare nella sola normativa comunitaria, con la conseguente «antinomia tra costituzione economica e scelta di sistema» (N. Irti, *La concorrenza come statuto normativo*, in N. Lipari, I. Musu (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Roma-Bari, 2000, 59 ss., 63). Per ulteriori riflessioni in argomento con più ampi riferimenti bibliografici, sia consentito il rinvio a *Contributo allo studio della regolazione 'indipendente' del mercato*, Bari, 2005, spec. cap. I.

¹³⁶ Per un percorso storico-costituzionale della programmazione nelle diverse fasi repubblicane v., più di recente, G. Bucci, *Le trasformazioni dello Stato e dell'UE nella crisi della globalizzazione*, Napoli, 2022.

¹³⁷ M. Benvenuti, *La revisione*, cit., 70.

¹³⁸ Cfr. già P. Logroscino, *Economia*, cit., 95 ss., e nt. 45 e 52.

relazione all'attività economica pubblica e privata¹³⁹ e che in tali termini si è consolidata. Termini «deboli», come noto, e che in punto di attuazione sistemica si sono risolti nella perdurante assenza di leggi di fissazione di programmi e controlli volti a indirizzare i vari settori economici e persino di un dibattito «pubblico» vitale sulla loro adozione.

Sicché, quand'anche si voglia rimarcare che è oggi possibile concepire l'ambiente non solo come limite, ma anche quale vincolo positivo o quale fondamento dell'attività economica¹⁴⁰, ciò deve pur sempre intendersi nei termini in cui poteva esserlo e potrà esserlo anche per i fini sociali cui quelli ambientali si accostano; con la novella «anche» formalmente.

Non si può, allora, propriamente parlare di «una nuova dimensione valoriale» che consideri «l'interesse ambientale il centro della decisione politico-discrezionale»¹⁴¹ in ragione della «nuova» copertura offertagli dall'art. 9 Cost. Ciò, in fondo, equivarrebbe a dire che i fini sociali – che possono anch'essi dettare il verso di misure conformative o funzionalizzanti dell'attività economica pubblica e privata – pur sicura espressione di principi fondamentali immanenti, siano divenuti «un po' meno centrali» e che la novella complessivamente considerata (ossia nel combinato disposto dei nuovi artt. 9 e 41) sancirebbe una graduazione tra di loro. Esito interpretativo accettabile con difficoltà, specie in uno Stato che voglia anche essere realmente sociale. Alle stesse conclusioni si dovrebbe giungere pure ove ci si volesse limitare ad una rivalutazione valoriale che ponga pregiudizialmente l'interesse ambientale anche solo quale *primus inter pares*.

E ciò a tacer del fatto che, da tempo, i fini ambientali erano inclusi nei fini sociali ed assurgevano a rango di tutela ordinamentale proprio attraverso questi ultimi¹⁴². È davvero singolare, pertanto, in chiave ermeneutica, che l'emersione testuale di un fine costituzionale suggerisca (e determini), in qualche modo, la prevalenza (preferenza?) assiologica del fine (prima) contenuto rispetto a quello (prima) contenente¹⁴³.

Quanto appena detto, vale pure, forse di più, per le modifiche che hanno riguardato il comma 2 dell'art. 41 Cost. Anche in questo caso bisogna ribadire che l'estensione dei limiti allo svolgimento dell'attività economica privata non muta l'intima essenza del rapporto strutturale tra questi e la libertà di iniziativa economica, specie ove si ponga mente alla circostanza che i nuovi limiti espressi già erano tali in ragione della capacità espansiva dell'«utilità sociale»,

¹³⁹ Si conviene, dunque, con G. Di Gaspare, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto dell'art. 41 della Costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, 3 maggio 2011, 1 ss., 15, quando rimarca che la programmazione di cui al comma 3 dell'art. 41 Cost. è «una programmazione economica degli interventi e delle azioni dello Stato volta a fornire all'imprenditore pubblico o privato un quadro generale di riferimento che possa influire sulle condizioni generali di contesto e di calcolo di convenienza per consentirgli di definire le proprie strategie imprenditoriali in relazione ad obiettivi ('finalità sociali') perseguiti dal legislatore».

¹⁴⁰ Ancora M. Benvenuti, *La revisione*, cit., 70.

¹⁴¹ V. De Santis, *La Costituzione della transizione ecologica*, cit., 21, secondo la quale «il co. 3 dell'art. 41 Cost. considera l'interesse ambientale il centro della decisione politico-discrezionale e una priorità che ne giustifica l'intervento pubblico. Riportando l'attenzione sull'intervento pubblico mediante *controlli e programmi* economico ambientali, la novella costituzionale ridefinisce gli equilibri tra Stato e mercato immaginando che, oggi, è la tutela dell'ambiente a dover indirizzare la produzione e lo sviluppo economico».

¹⁴² Così già B. Caravita, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 1990, 18. In tal senso, più di recente, C. De Fiores, *Le insidie*, cit., 153; E. Mostacci, *Proficuo, inutile o dannoso? Alcune riflessioni a partire dal nuovo testo dell'art. 41*, in *Dir. pubbl. comp. eur. online*, 2, 2022, 1123 ss., 1131.

¹⁴³ E ciò tanto più ove si pensi, come opportunamente sottolineato in prossimità dell'approvazione della legge costituzionale di cui trattasi, che «pare difficile escludere che, al pari dei diritti dei consumatori emersi e valorizzati [...] nella] vicenda processuale, ben possano gli interessi connessi alla protezione dell'ambiente fornire una solida base per legittimare forme e strumenti di 'egolazione pubblica' riconducibili all'interno della formula generale dei controlli e dei programmi necessari per il coordinamento a 'fini sociali' dell'iniziativa economica» (L. Cassetti, *Salute e ambiente*, cit., 7).

suscettibile di contenerli¹⁴⁴ quale clausola generale limitativa.

Allo stesso modo, non può condividersi l'idea che i nuovi limiti della tutela della salute e dell'ambiente all'attività economica privata prevalgano, *tout court* e pregiudizialmente, su quelli già in precedenza esplicitamente sanciti (nientemeno che) della sicurezza, libertà e dignità umana¹⁴⁵. E ove mai ciò possa davvero ipotizzarsi in astratto e aprioristicamente, tale orientamento sembra non tenere in conto che questi ultimi, nella stragrande maggioranza dei casi, non operano isolatamente l'uno dall'altro. Piuttosto, nel concreto agire economico, si affiancano, si sovrappongono, si intersecano e si mescolano. In altri termini, si contaminano rendendo, in definitiva, poco utile la ricerca della prevalenza sistematica di alcuni di loro.

7. (segue) La riforma ambientale nel più ampio contesto del Green Deal europeo. Ciò che l'intervento sull'art. 41 si può dire muti è la forte spinta ideale verso un possibile diverso orientamento del modello di sviluppo, incidendo dunque sulla «qualità» della crescita economica in senso anche ambientale. Verso, dunque, la transizione ecologica. Tuttavia, solo «se (e nella misura in cui) sarà in grado di dischiudere nuove letture e prospettive ricostruttive della funzione di programmazione e di indirizzo pubblico delle attività economiche»¹⁴⁶.

Peraltro, l'appalesarsi di queste nuove prospettive non può attribuirsi a pretese virtù demiurgiche del revisore costituzionale del 2022¹⁴⁷. Esse, piuttosto, sono tracciate con assai maggiore nettezza e forza sostanziale (innanzitutto quella prodotta dal condizionare l'attribuzione di ingenti risorse) dal documento che fonda le coordinate principali per il processo continentale di transizione ecologica e cioè dalla Comunicazione dell'11 dicembre 2019 della Commissione europea relativa al c.d. *European Green Deal* (d'ora in poi EGD)¹⁴⁸ e

¹⁴⁴ In senso analogo, tra gli altri, L. Casseti, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *Federalismi.it*, 4, 2022, 188 ss., 199; C. De Fiores, *Le insidie*, cit., 153; P. Logroscino, *Economia*, cit., 93 ss.; E. Mostacci, *Proficuo, inutile o dannoso?*, cit., 1127 ss.; E. Jona, *La libertà di iniziativa economica e la protezione dell'ambiente e della salute*, in *Federalismi.it*, 2, 2023, 104 ss., 109 e 118 s. V., inoltre, in tal senso la giurisprudenza costituzionale: per es. Corte cost., sent. 14 giugno 2001, n. 190, ove, al § 4 *cons. dir.*, già si legge: «È acquisito alla giurisprudenza costituzionale che al limite della utilità sociale, a cui soggiace l'iniziativa economica privata in forza dell'art. 41 della Costituzione, non possono dirsi estranei gli interventi legislativi che risultino non irragionevolmente (art. 3 Cost.) intesi alla tutela dell'ambiente (cfr., da ultimo, sentenza n. 196 del 1998)».

¹⁴⁵ A. Morrone, *Fondata sull'ambiente*, cit., 791.

¹⁴⁶ A. Moliterni, *Transizione ecologica*, cit., 425. In tal senso, pare eccessivo, se non collocato nella esclusiva dimensione dell'auspicio «qualificato», sostenere che l'art. 41, c. 3, assurga «a vincolo positivo all'attività economica [...] ossia alla transizione verso un sistema economico che indirizza la produzione e i modelli di consumo verso la tutela dell'ambiente ("produci per migliorare l'ambiente")» (così F. de Leonardis, *La riforma "bilancio"*, cit., 12). Non che non si condivida questo auspicio, anzi. In altre occasioni si è cercato di individuare traiettorie ermeneutiche orientate al superamento di un modello di sviluppo capitalistico lineare esclusivamente fondato sulla crescita e foriero di profonde e (sempre meno tollerabili) disuguaglianze (all'uopo sia consentito rinviare a: *Note in tema di concorrenza e 'giustizia economica' nel processo di integrazione europea*, in F. Gabriele, M.A. Cabiddu (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea, Processi di decisione politica e sovranità economica*, Milano, 2008, vol. I, 85 ss.; *Prolegomeni in tema di sviluppo economico e principio personalista tra Costituzione repubblicana e "dottrina sociale della Chiesa"*, in *Dir. pubbl. eur. Rassegna online*, 1, 2015, 266 ss.). Ma, per le ragioni esposte nel testo, non si vede come questo possa performare l'intero assetto ordinamentale e il modello economico sociale di mercato nel breve termine, senza scontare parecchio al realismo giuridico e politico, oltre che alla dogmatica delle libertà economiche per come si sono costruite nel corso del tempo repubblicano.

¹⁴⁷ Un revisore che certamente non ha nella tempestività e nella lungimiranza il suo pregio migliore considerato il lungo turno di tempo trascorso da quando – a partire dal 1983 e dal documento elaborato dalla Commissione parlamentare c.d. Bozzi per le riforme costituzionali – si affacciarono nel circuito politico-rappresentativo le prime proposte di modifica dell'art. 9 Cost.

¹⁴⁸ Documento che deve le sue premesse culturali al movimento di opinione *Green New Deal* sorto una decina di anni prima (V. De Santis, *La Costituzione della transizione ecologica*, cit., 24 e nt. 93).

dagli atti e documenti che ad essa sono seguiti¹⁴⁹. La coincidenza temporale tra questi ultimi e la novella ambientalista sembra avvalorare l'idea dell'«esigenza di mostrare all'Europa che la gestione in ambito nazionale dei fondi del piano *Next Generation EU*» (d'ora in poi NGUE) «si impegnerà attorno alla consapevolezza della assoluta priorità delle questioni ambientali»; consapevolezza «che sembrerebbe aver [avuto] bisogno del 'sugello' formale di siffatto impegno delle istituzioni italiane mediante un aggiornamento – persino – di norme costituzionali recanti principi»¹⁵⁰.

La novella, pertanto, si inserisce nel solco del processo di potenziale rimodulazione delle finalità dell'UE quanto al rapporto tra mercato e ambiente. Del resto lo EGD, ancorché parte del NGUE, «essendone finanziato e condividendo alcuni obiettivi [...], si colloca oltre tale perimetro»: è esplicitamente un programma permanente teso a «modificare le azioni dell'Unione, affermando una visione politica del suo futuro, vincolante per i futuri decisori»¹⁵¹.

Non sfugge che l'assenza di interventi modificativi dei Trattati, che diano stabilità costituzionale alle nuove coordinate che lo EGD lumeggia, potrebbe interrompere la «solerzia» e la tempestività con cui la Commissione procede verso questo necessario traguardo¹⁵². Ma, come ben osservato, la realizzazione da un punto di vista normativo degli auspici passa [... anche attraverso] registrazioni del nuovo assetto valoriale da parte degli Stati membri»¹⁵³.

La l. cost. n. 1/2022, pertanto, si propone di essere un esempio di spiccata sensibilità verso i temi ambientali; sensibilità non comune a tutti gli Stati membri. Una spinta nazionale tangibile per un obiettivo futuro decisamente più ambizioso di livello euro-unitario¹⁵⁴: quello di una significativa torsione del mercato verso la transizione ecologica, così superando il debole approccio di uno «sviluppo sostenibile dell'Europa basato [...] su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente» (art. 3, par. 3, TUE). Obiettivo che, al momento, i pubblici poteri nazionali non potrebbero perseguire (quantomeno, non nella misura da alcuni auspicata) nella dimensione solo domestica senza doversi costantemente confrontare con il rischio di violare principi strutturali del modello economico euro-unitario. In altri termini, un cambio di passo assiologico non potrebbe essere adeguatamente portato avanti *tout court*, per «forza endogena». Esso, piuttosto, deve inserirsi (e pare farlo) in un quadro più ampio¹⁵⁵, di carattere europeo, che vede una «ridefinizione dei paradigmi

¹⁴⁹ V. in particolare, il Regolamento 30 giugno 2021, n. 1119, del Parlamento europeo e del Consiglio che ha introdotto l'obiettivo vincolante del raggiungimento della neutralità climatica dell'Unione entro il 2050 e la presentazione di un pacchetto di proposte della Commissione (*Fit for 55*) volte al raggiungimento dell'obiettivo di una riduzione di emissioni gas serra del 55% (sul punto e più in generale sulle fonti dell'obbligazione climatica D. Porena, *Giustizia climatica e responsabilità intergenerazionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2023, 187 ss., 198 ss.).

¹⁵⁰ L. Cassetti, *Riformare l'art. 41*, cit., 192.

¹⁵¹ M. Iannella, *L'European Green Deal e la tutela costituzionale dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 14, 2022, 171 ss., 175.

¹⁵² Cfr. l'adozione dello *European Green Deal Investment Plan* nel gennaio 2020.

¹⁵³ Ancora M. Iannella, *L'European*, cit., 177, ove ulteriori interessanti riflessioni.

¹⁵⁴ Cfr. F. Pastore, *Costituzione e ambiente*, cit., 24 s. Similmente M. Ladu, *Oltre l'intangibilità dei principi fondamentali: la revisione "silenziosa" dell'art. 9 Cost.*, in *Federalismi.it*, 1, 2023, 39 ss., 46. Diversamente da quanto qui si sostiene, F. de Leonardis, *La riforma "bilancio"*, cit., 14, sembra ritenere che *European Green Deal* e novella costituzionale siano due accadimenti «indipendenti» anche se coincidenti nelle finalità, e che sia il nuovo art. 41 Cost. a porsi «come un'anticipazione di quello che potrebbe avvenire in Europa».

¹⁵⁵ Per ampie riflessioni sul punto v. già V. Teotonico, *Presupposti culturali e snodi politico-istituzionali per una tutela transnazionale dell'ambiente*, in F. Gabriele et al. (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, 2005, 211 ss.

industriali e di riqualificazione del ruolo del sistema pubblico e degli assetti di *governance*¹⁵⁶.

8. Chiudere senza (poter) concludere. Come chiudere uno scritto che si ritiene non poter avere una conclusione? Un modo di farlo, che parrebbe avere senso, è provare a riannodare alle premesse i risultati dell'analisi puntuale. Proprio questa ha infatti dato robusta conferma all'ipotesi che il legislatore costituzionale abbia «seguito» – con quale consapevolezza non si è in grado di dirlo e neanche di ipotizzarlo – il suggerimento di Caravita. «Fare, sì, ma senza strafare». Scolpire tra i principi fondamentali formalizzati la tutela «[del]l'ambiente, [del]la biodiversità e [de]gli ecosistemi»¹⁵⁷ – insomma la tutela dell'equilibrio ecologico complessivo¹⁵⁸ – senza però «pretendere di ipotecare la futura discussione» degli altri (più flessibili) formanti¹⁵⁹. Essere perciò del tutto sobrio nell'imprimere nuovi mandati vincolanti. Nuovi rispetto al diritto vivente: elaborato e stratificatosi nella giurisprudenza costituzionale e comune e ben «compattato» già molto prima della novella qui indagata, anche grazie al decisivo apporto della dottrina che nel diritto – innanzitutto – costituzionale dell'ambiente ha sempre creduto¹⁶⁰.

Questa revisione costituzionale, perciò, non si può certo far apprezzare né per l'innovatività normativa (almeno nell'immediato) né per la tempestività (nel consolidare quanto già acquisito). Ma è per questo inutile? Lo è al punto da fornire una spiegazione¹⁶¹ al perché interpreti anche di riconosciuto valore abbiano forzato il (nuovo) testo pur di riuscire a «leggervi» le innovazioni («persino rivoluzionarie») ritenute adeguate, necessarie, indispensabili, anche urgenti?

In realtà proprio no. Perché tutt'altro che irrilevante è l'aver introdotto la tutela dell'equilibrio ecologico nell'art. 9 Cost. Cioè nella parte più simbolica della Carta: formalmente intitolata appunto ai *fundamenta* e conseguentemente costruita proprio per «raffigurare» l'unità politica nei tratti salienti e dunque, innanzitutto, nel «tipo di» antropocentrismo intorno a cui essa s'impenna. Cioè nella parte del diritto positivo più vocata «anche» alla pedagogia costituzionale nel «richiamare» alle linee che il processo continuo d'integrazione «deve» seguire l'ordinamento per intero: la Repubblica. In altri termini, gli apparati tutti, come anche la comunità. Dunque i legislatori, i governi e gli amministratori, i giudici; e pure i consociati, gli operatori economici e quelli sociali, ogni comunità intermedia e gli individui. Ciascuno per il suo¹⁶². E tutto questo ha il potente effetto di stabilizzazione nel tempo – di cui non si può mai escludere un'utilità – ma insieme può anche contribuire a rilanciare la sfida¹⁶³.

Vero è che con solidi argomenti si può sostenere che la priorità della salvaguardia dell'habitat umano sia divenuta «da tempo» un principio fondamentale immanente allo Stato

¹⁵⁶ F. Bilancia, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022, 1 ss., 13.

¹⁵⁷ Proprio la triade proposta da B. Caravita nella citata *Audizione* (ivi, 3), anche se lì si suggeriva di declinare «ecosistema» al singolare – innanzitutto per omogeneità con la formula adottata nell'art. 117, c. 2, lett. s), introdotta dalla l. cost. n. 3/2001 – e biodiversità al plurale.

¹⁵⁸ ... che condiziona lo sviluppo della vita del nostro pianeta; così *ibidem*, ma già a partire da B. Caravita, *Diritto pubblico dell'ambiente*, cit., 53.

¹⁵⁹ B. Caravita, *Audizione*, cit., 3.

¹⁶⁰ Pionieristico, costante e sempre proficuo quello di Beniamino Caravita che del tema si è occupato con passione e rigore sin dagli anni '80 e durante tutto il Suo luminoso percorso di riflessione e d'impegno accademico, ma anche professionale e di partecipazione, come ascoltato consigliere, alla vita delle istituzioni.

¹⁶¹ ... spiegazione, non giustificazione. L'abuso del testo è per il giurista abuso della *technè* e in quanto tale non è giustificabile; almeno non con i canoni giuridici.

¹⁶² B. Caravita, A. Morrone, *Ambiente e Costituzione*, cit., 36.

¹⁶³ In tal senso anche A. D'Aloia, *Editoriale*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2023, 1 ss., 5.

costituzionale di diritto, inteso come modello e, dunque, anche alla nostra Repubblica, che a quel modello si ascrive a pieno titolo¹⁶⁴. Perché, se non si arresta la corsa al depauperamento dei suoi elementi fondamentali – ormai scarsi ed esposti a gravi rischi di divenire proprio insufficienti¹⁶⁵ – le promesse di libertà ed eguaglianza per tutti, di realizzazione progressiva della dignità umana, che dell'ordinamento antropocentrico sono il perno, finiranno presto per perdere ogni credibilità. Oggettivamente¹⁶⁶.

D'altro canto, è da dubitarsi, specie in democrazia, che l'oggettività sia base così solida da poter animare «da sola» l'immane sforzo necessario a invertire la tendenza. Si tratta, infatti, di mutare radicalmente il modello di produzione, distribuzione, uso della ricchezza, di modo da renderlo pienamente compatibile – oggi non lo è proprio – con la conservazione e persino con il ristoro dei beni fondamentali e dell'equilibrio ecologici. Il che richiede straordinarie capacità progettuali e d'attuazione, la catalizzazione di enormi risorse e dunque – inutile negarlo – sacrifici molto pesanti.

La sfida, dunque, è «terribile» e non può essere affrontata con ragionevoli speranze di successo senza il sostegno di un'ampia, profonda e consolidata «convinzione collettiva» circa la sua indispensabilità e improcrastinabilità¹⁶⁷.

Alla Carta costituzionale non è ragionevole chiedere di fare questa grande rivoluzione (forse non dei valori, ma dei fondamentali modelli di loro realizzazione di certo sì) tutta da sé. Né di ordinare al legislatore e men che meno al giudice di farla d'*emblée*. E in effetti la prudente lettera della disciplina costituzionale riformata mostra con chiarezza come il legislatore del 2022 sia rimasto lontano dal coltivare tali velleità.

Del resto, in caso contrario avrebbe rischiato di arrecare danni assai maggiori dei benefici. Avrebbe infatti impartito all'economia un puntuale comando rivoluzionario (diretto o mediato attraverso il legislatore ordinario non importa) pur dovendo mettere in conto la sua limitatissima efficacia, almeno *medio tempore*. Pur dovendo attendersi che sarebbe stato oggetto d'ossequio solo formale, quantomeno a lungo: un'ennesima riedizione, dunque, dell'antico e sempre incombente «*obedezcase, pero no se cumpla*»¹⁶⁸. Infatti, la percezione della rilevanza della questione ambientale è ancora immatura¹⁶⁹: nella società e, per distorta conseguenza, anche

¹⁶⁴ ... e che, peraltro, ha da tempo verbalizzato il principio tutela ambientale nel proprio diritto costituzionale giurisprudenziale, ove, progressivamente consolidato, è assunto a valore; per tutti *ibidem*.

¹⁶⁵ Ciò è già evidente, in aree crescenti, del Paese per la sicurezza climatica e per la salubrità dell'aria. Ma basta guardare appena oltre il proprio tempo e il proprio spazio immediati per essere investiti dai problemi di carenza dell'acqua e di incapacità della terra di produrre cibo in quantità adeguata. E ancora dal tema correlato della difficoltà di fornire energia sufficiente con sistemi che, considerandone l'intero ciclo, dalla produzione delle loro materie prime sino allo smaltimento, risultino privi d'impatto negativo sull'ambiente.

¹⁶⁶ Sugli effetti della comune caratterizzazione di tutti gli Stati «che fanno parte che della comunità civile e democratica» in taluni valori e segnatamente in quello della centralità della persona umana, come declinato nella mutevole realtà per poter rimanere efficace B. Caravita, *Principi supremi, principi sopracostituzionali o principi comuni?* in Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla, I, Gino Gorla: la figura e l'opera, le fonti, il precedente, la sentenza, la cultura del diritto, Milano, 1994, 243.

¹⁶⁷ La convinzione collettiva per il diritto è sempre condizionante [«unico elemento essenziale» di validità, arriva infatti a qualificarla P. Barile, *La Costituzione come norma giuridica* (1951), Firenze, 2017, 27 ss. *et passim*]. Ma quando questo è diretto a imprimere o comunque guidare un rivolgimento sistemico quella è necessario che raggiunga e mantenga il livello più elevato.

¹⁶⁸ Per la comprensione della funzione originaria della nota formula, qui però usata in modo icastico, resta un riferimento B. González Alonso, *La formula «obedezcase, pero no se cumpla» en el derecho castellano de la baja edad media*, in *Anuario de historia del derecho español*, 50, 1980, 469 ss.

¹⁶⁹ Diffusa ormai lo è, in quanto il ripetersi degli eventi dannosi e sempre più spesso disastrosi ne dà prova inconfutabile, ma quasi sempre resta superficiale.

nella politica¹⁷⁰. A quell'ipotetico comando stringente, allora, sarebbe mancato il necessario substrato culturale. E, d'altro canto, non sarebbe stato neanche possibile assicurare strumenti d'efficacia secondaria adeguati; atti, cioè, a imporre d'apprestare (o ad apprestare in via suppletiva) i mezzi occorrenti alla sua concreta esecuzione: quelli giuridici¹⁷¹ e quelli materiali¹⁷². Inevitabile la latenza, per un tempo indefinito. E nel protrarsi, questa ne avrebbe minato la credibilità normativa. Ma vi è anche di più: trattandosi di comando attinente a un principio fondamentale solennemente formalizzato, il *vulnus* di legittimazione avrebbe rischiato di estendersi alla Costituzione tutta. Infatti, quale forza normativa promana da un atto le cui prescrizioni hanno efficacia da «grida»? E quale da quell'atto di cui si rivelano mere «gride» proprio i comandi diretti a inverarne uno dei valori fondanti?

Il legislatore della novella non è caduto in questa trappola e, sobriamente, si è limitato a formalizzare il principio ambientalista tra quelli fondamentali. Non è poco, si diceva, perché ora la Carta, la sua parte più simbolica, parla anche di ambiente. E può contribuire a far avanzare la coscienza collettiva, la consapevolezza che il tempo rimasto è poco e che la sfida è di quelle vitali; di quelle per le quali i sacrifici non si possono scansare, rinviare, addossare a quelli che saranno. Può preparare il contesto necessario perché possano essere efficaci le regole che verranno. Che dovranno venire per via di nuovi interventi sul diritto positivo, ma anche attraverso interpretazioni evolutive che il contesto mutato renderà possibili, conseguenti, forse inevitabili.

Abstract. il contributo si propone di svolgere riflessioni sulla portata effettuale della l. cost. n. 1/2022 che, come noto, ha modificato gli artt. 9 e 41 Cost. Più in particolare, indaga la differenza che è possibile cogliere tra ciò che essa produce nel breve termine sul tessuto dispositivo preesistente e sul formante giurisprudenziale (comune e costituzionale) e ciò che potrebbe produrre in un futuro (più o meno) prossimo per la naturale tendenza dei principi fondamentali a rappresentare un *surplus* conformativo delle tendenze ordinamentali e dei comportamenti sociali.

Abstract. the essay aims to carry out reflections on the actual scope of constitutional law n. 1 of 2022 which, as known, amended the articles 9 and 41 of Italian Constitution. More specifically, it investigates the difference that can be grasped between what it produces in the short term on the pre-existing internal legal system and on the jurisprudential formant (common and constitutional) and what it could produce in the future close due to the natural tendency of fundamental principles to represent a conformational surplus of regulatory tendencies and social behaviors.

Parole chiave. Stato costituzionale – revisione costituzionale – principi fondamentali – tutela dell'ambiente – libertà economiche.

¹⁷⁰ Sul punto P. Logroscino, *I partiti tra identità e occasionalismo*, cit., 341 ss.

¹⁷¹ Difficile, per es., è immaginare un modo in cui un giudice, anche costituzionale, potrebbe riuscire a imporre al legislatore di determinare «i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali» o, in mancanza, a supplire. Sicché pare inevitabile continuare a interpretare – secondo consolidata tradizione – come meramente autorizzatoria e al più ottativa la previsione di cui al 41, c. 3, anche all'esito dell'intervento su di esso della novella del 2022, che peraltro risulta minimo e di mera esplicitazione e quindi sottolineatura di una parte del suo senso originario.

¹⁷² Ancor più difficile è immaginare come un giudice potrebbe disporre delle immani risorse necessarie.

Key words. constitutional State – constitutional revision – fundamental principles – environmental protection – economic freedoms.

LA TUTELA DEL PAESAGGIO: VERSO UN NUOVO BILANCIAMENTO CON LA SALVAGUARDIA DELL'AMBIENTE DOPO LA RIFORMA DELL'ART. 9 DELLA COSTITUZIONE?*

di Anna Papa**

Sommario. 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il Paesaggio come «forma del Paese». – 3. La giurisprudenza costituzionale ed amministrativa in tema di paesaggio. – 4. Quali prospettive di bilanciamento tra il paesaggio come «forma di una comunità» e l'ambiente come «nuovo paradigma dello sviluppo futuro».

200

1. Considerazioni introduttive. La revisione costituzionale dell'art. 9 Cost., entrata in vigore nel 2022¹, ha, come è noto, portato all'inserimento, in questo articolo, accanto allo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica e alla salvaguardia del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione, la «tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni»².

La scelta del revisore costituzionale è apparsa da subito di grande impatto³, non solo per l'essere stato il primo intervento, seppure di tipo estensivo, su un articolo inserito tra i principi fondamentali⁴, ma anche per il nuovo equilibrio che deve ora essere individuato tra tutti gli

* Sottoposto a referendum.

** Professoressa Ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli Parthenope.

¹ L. cost. n. 1/2022, «Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente», pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 44 del 22 febbraio 2022.

² Per una riflessione sulla riforma e sul suo impatto sul paesaggio cfr., in particolare, P. Bilancia, *Riflessioni sul principio costituzionale di tutela del paesaggio nell'ordinamento italiano*, in *Passaggi costituzionali*, 2, 2022.

³ Si vedano, *ex plurimis*, AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*. Atti del Convegno 28 gennaio 2022, Napoli, 2022; R. Bifulco, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 11, 2022; M.C. Carbone, *Le parole sono importanti. La configurazione dell'ambiente come valore generale attraverso l'aggiornamento del lessico costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2023; L. Casseti, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *Federalismi.it*, *Focus - Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia*, 4, 2022; M. Cecchetti, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2022; M. Delsignore, A. Marra, M. Ramajoli, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2022; G. Sobrino, L. Imarisio (a cura di), *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione e le sue implicazioni: un primo confronto*. Atti del seminario svoltosi a Cuneo il 29 aprile 2022, Torino, 2022; C. De Fiores, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2021; E. Di Salvatore, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022; R. Fattibene, *Una lettura ecocentrica del novellato articolo 9 della Costituzione*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3, 2022; M. Ferrara, *La forma dell'ambiente. Un percorso tra scelte di politica costituzionale e vincoli discendenti dalla Cedu*, in *Istituzioni del federalismo*, 4, 2022; T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 2021; G. Marazzita, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione anche nel rapporto fra Stato e Regioni*, in *Istituzioni del federalismo*, 4, 2022; R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.; una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, 13, 2022; G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Giust. Insieme*, 22 settembre 2021; F. Rescigno, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021; G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2021.

⁴ Si vedano in merito le posizioni di R. Bifulco, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, cit.; T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, op. cit.; F. Rescigno, *Quale riforma per l'articolo 9*, cit.; G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, op. cit.

elementi che compongono l'art. 9 Cost. rinnovato.

In particolare, aspetto sul quale si intende riflettere in questa sede, appare diffusa la convinzione, tra gli studiosi ma anche nell'opinione pubblica, che la novella porterà ad un ripensamento dei rapporti di forza tra la salvaguardia del paesaggio⁵, quest'ultimo inteso quale elemento culturale, quale forma del Paese ormai spogliatosi proprio dell'esigenza iniziale di comprendere in sé anche l'ambiente⁶, e la tutela di quest'ultimo, che in questo momento storico appare peraltro porsi come prevalente rispetto ad altri interessi. Si tratta di un tema importante e complesso e anche per questo appare importante aprire questa riflessione con il lungo e articolato percorso normativo e giurisprudenziale che hanno portato ad oggi a ritenere il paesaggio un elemento fondante dell'identità del Paese.

2. Il Paesaggio come «forma del Paese». Nell'esperienza giuridica italiana il paesaggio è da sempre considerato, insieme ai beni culturali, un elemento culturale e un profilo identitario, aderendo alla nota definizione datane da Alberto Predieri quale «espressione di una dinamica di forze naturali, ma anche, e soprattutto, di forze umane [...]». È un fatto fisico oggettivo, e al tempo stesso un farsi, un processo creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà immobile, suscettibile di essere valutato diacronicamente e sincronicamente, sempre tenendo presente la sua perenne non staticità. Il paesaggio, dunque, è la forma del Paese, creata dall'azione cosciente e sistematica della comunità umana che vi è insediata, in modo intensivo o estensivo, nelle città e nella campagna, che agisce sul suolo, che produce segni della sua cultura⁷.

Questa definizione, ancora oggi di stringente attualità, restituisce una visione di paesaggio non statica, bensì dinamica, non legata alla sola dimensione delle bellezze naturali⁸ ma capace di adattarsi ai cambiamenti sociali e soprattutto alla necessaria compenetrazione tra elementi

⁵ In proposito si vedano L. Conte, *Ambiente, paesaggio, cultura. Il "lessico" costituzionale dopo la riforma*, in *Rivista AIC*, 3, 2023; F. Fabrizzi, *Dal paesaggio all'ambiente*, in *Rivista AIC*, 3, 2023; E. Parisi, *I moderni caratteri del concetto giuridico di paesaggio*, in *Federalismi.it*, 17, 2023; A. D'Aloia, *L'art. 9 Cost. e la prospettiva intergenerazionale*, in *Passaggi costituzionali*, 2, 2022.

⁶ Come è noto, nella formulazione originaria del 1948, la parola ambiente non compariva in alcun articolo della Costituzione. Solo con la riforma costituzionale del 2001 è stata inserita con riferimento al riparto di competenze legislative Stato – Regioni, sino alla modifica degli art. 9 e 41, operata con la già ricordata l. cost. n. 1/2022. Questa riforma ha introdotto alcune modifiche: all'art. 9 Cost. è stato aggiunto il terzo comma, che dispone che la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni», ed è stata cambiata la formulazione dell'art. 41 Cost., che adesso prevede che l'iniziativa economica privata non possa «svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali». Su questi aspetti, cfr., in particolare, E. Jona, *La libertà di iniziativa economica e la protezione dell'ambiente e della salute*, in *Federalismi.it*, 2, 2023; F. M. Maffezzoni, *Riflessioni sui "nuovi" limiti ed orientamenti dell'iniziativa economica privata (intorno al "nuovo" art. 41 Cost.)*, in *Federalismi.it*, 5, 2023; F. Sanchini, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente tra dimensione intergenerazionale e mutamenti della costituzione economica*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2022; L. Cassetti, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021.

⁷ Così A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea Costituente*, Vol. II, Firenze, 1969.

⁸ Una delle prime leggi in materia di paesaggio, sulla quale ci si soffermerà nel testo, la l. n. 1497/1939, usava infatti questa locuzione o aggettivi derivanti dal termine paesaggio, come «piano territoriale paesistico» o «vincolo paesaggistico». Su questi aspetti, cfr. G. Severini, *«Paesaggio»: storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica*, in *Aedon*, 1, 2019.

naturali e presenza umana⁹. Superata quindi l'iniziale espressione di «bellezze naturali», che riconduceva nel perimetro della tutela solo ciò che in natura esprimeva bellezza, con la l. n. 411/1905¹⁰ il paesaggio acquisì per la prima volta una valenza culturale, partendo dall'idea che «il culto delle civili ricordanze» si esprimesse non solo «nelle solenni opere consacrate nel marmo e nel bronzo», ma anche nei monti, nelle acque, nelle foreste, ossia in «tutte quelle parti del patrio suolo, che lunghe tradizioni associarono agli atteggiamenti morali ed alle vicende politiche di un grande paese»¹¹.

È, tuttavia, con la successiva l. n. 778/1922¹², anche nota come *legge Croce*, che venne introdotto un primo modello di legge generale della disciplina paesaggistica, stabilendo che «sono dichiarate soggette a speciale protezione le cose immobili la cui conservazione presenta un notevole interesse pubblico a causa della loro bellezza naturale o della loro particolare relazione con la storia civile e letteraria. Sono protette altresì dalla presente legge le bellezze panoramiche». In ragione della presenza di valutazioni estetiche, identitarie e culturali, risultava evidente una interconnessione profonda tra beni 'naturali', 'artistici e storici' e identità nazionale, come evidenziato dallo stesso Croce secondo il quale il *godimento* del paesaggio costituisce un valore qualitativo da preservare nel tempo¹³, potendo essere inteso come «la rappresentazione materiale e visibile della patria coi suoi caratteri fisici particolari [...] quali si sono formati e son pervenuti fino a noi [...]».

Della legge del 1922 fu, tuttavia, lamentata ben presto la difficile applicazione¹⁴ e si giunse così all'approvazione della l. n. 1497/1939 (c.d. *legge Bottai*)¹⁵ che, pur condividendo l'impostazione della legge precedente, ne operò una sistematizzazione, legando la nozione di paesaggio a quella di bellezza naturale, riconducibile a quei beni che esprimono il 'bello di natura' legato alla Patria. Si ricorse, pertanto, in questa legge a una tecnica definitoria indiretta: non veniva definito il paesaggio in quanto tale, ma erano ritenuti qualificabili come paesaggio «quei segmenti eminenti di territorio caratterizzati da eccezionale bellezza, la cui percezione

⁹ E. Boscolo, *Le nozioni di paesaggio. La tutela giuridica di un bene comune (in appartenenza diffusa) tra valori culturali e identitari*, in *Giust.Amm.it*, 5, 2016, afferma che «la nozione normativa di paesaggio si presenta da sempre autonoma e riflette tendenze concettuali dominanti nel dibattito non giuridico».

¹⁰ L. n. 411/1905, *Dichiarazione d'inalienabilità, a scopo di rimboscamento, di relitti marittimi nella provincia di Ravenna, per la conservazione della pineta*.

¹¹ La legge prevedeva una dichiarazione di inalienabilità, a scopo di rimboschimento, dei relitti marittimi della provincia di Ravenna, per la conservazione della Pineta e fu determinante nell'estendere una tutela fino a quel momento prevista per monumenti e opere d'arte. Come venne sottolineato, il paesaggio è considerato un bene culturale perché il suo valore non risiede soltanto nella bellezza estetica, ma anche nei valori storico-identitari che incarna per le popolazioni locali e per la storia e la cultura del Paese: in questo senso la normativa in oggetto era finalizzata non solo alla tutela del litorale adriatico, «ma anche [de]il luogo celebrato da una novella del Decamerone [...] e dalle tavole della scuola del Botticelli e fondava l'intervento sulla storia del sito e le sue memorie, da Odoacre e Teodorico 'alla divina foresta spessa e viva' di Dante, a Dryden, a Byron, a Giuseppe e Anita Garibaldi». Così G. Severini, *"Paesaggio": storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica*, op. cit.; C. Barbatì, *Il paesaggio come realtà etico-culturale*, in *Aedon*, 2, 2007.

¹² L. n. 778/1922, *Disposizioni per la tutela delle bellezze naturali e degli immobili di particolare interesse storico*.

¹³ Come si legge nella Relazione al disegno di legge del 1922, oggetto della tutela è tutto ciò che è bello, fonte di ispirazione per la musica e per le arti: «certo il sentimento, tutto moderno, che si impadronisce di noi allo spettacolo di acque precipitanti nell'abisso, di cime nevose, di foreste secolari, di riviere sonanti, di orizzonti infiniti deriva della stessa sorgente, da cui fluisce la gioia che ci pervade alla contemplazione di un quadro dagli armonici colori, all'audizione di una melodia ispirata, alla lettura di un libro fiorito d'immagini e di pensieri».

¹⁴ Lo storico dell'arte Achille Bertini Calosso definì la «legge Croce» «una legge provvida, ma a chi ha la responsabilità della sua applicazione appare in troppi casi insufficiente». A. Bertini Calosso, *La tutela delle bellezze naturali e del paesaggio*, in *Le Arti*, dic. 1938 - gen. 1939.

¹⁵ L. n. 1497/1939, *Protezione delle bellezze naturali*.

valoriale seguiva logiche non dissimili dalla contemplazione della cosa d'arte¹⁶, da tutelare con azioni volte a preservarne l'integrità, verificando preventivamente ogni iniziativa di trasformazione potenzialmente alterante.

Come è stato sottolineato, tale legge formalizzava «una concezione essenzialmente statica e conservativa della tutela di quanto potesse considerarsi pregevole in senso «estetico» ed esprimevano una visione fortemente unitaria e omogenea della disciplina normativa del «bello storico-artistico e del bello naturale»¹⁷.

Può dirsi quindi che il fondamento di quella legge risiedesse proprio «nell'esigenza di proteggere quei monumenti della natura che, al pari delle opere d'arte, sono fonte di godimento e mezzo di educazione dello spirito e che facendo più bello e attraente il paesaggio attraggono il visitatore straniero e sono fonte di ricchezza per la Nazione: per questo valore spirituale e commerciale della bellezza naturale nelle sue diverse manifestazioni, si pone appunto a necessità di proteggerla con un adeguato sistema di tutela giuridica»¹⁸.

Questa esigenza di tutela è stata, come ampiamente noto, fatta propria dalla Costituzione del 1948 che, al secondo comma impegna la Repubblica a tutelare il paesaggio e il patrimonio storico e culturale del Paese¹⁹, inteso «come elemento centrale dell'interesse nazionale poiché espressione della nazione»²⁰. Al tempo stesso, però, l'art. 9 Cost. ha rappresentato un elemento di rottura con il passato per molteplici ragioni: ai pubblici poteri è stato affidato un

¹⁶ La legge stabiliva, infatti, all'art. 1, c. 1: «Sono soggette alla presente legge a causa del loro notevole interesse pubblico: 1) le cose immobili che hanno cospicui caratteri di bellezza naturale o di singolarità geologica; 2) le ville, i giardini e i parchi che, non contemplati dalle leggi per la tutela delle cose d'interesse artistico o storico, si distinguono per la loro non comune bellezza; 3) i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale; 4) le bellezze panoramiche considerate come quadri naturali e così pure quei punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico, dai quali si goda lo spettacolo di quelle bellezze». Cfr. E. Boscolo, *Le nozioni di paesaggio. La tutela giuridica di un bene comune (in appartenenza diffusa) tra valori culturali e identitari*, op. cit.

¹⁷ Come è stato sottolineato, la legge, basata sulla sequenza di vincolo/autorizzazione, sposava un'idea di paesaggio «conservativa e di vaglio autorizzatorio, inteso come limitazione delle facoltà proprietarie per superiori ragioni di interesse pubblico, da svolgere sulla base di un giudizio tecnico di compatibilità dell'innovazione con la preesistenza storico-naturale da tutelare. Il paesaggio, insomma, come patrimonio ereditato e su cui poter intervenire sì, ma in una prospettiva di continuità e di saldatura tra passato e futuro». Cfr. M. Cecchetti, *Art. 9*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Milano, 2006. Nello stesso senso anche L. Carbone, *Ambiente, paesaggio e beni culturali e ambientali*, in *Federalismi.it*, 19, 2004; G. Severini, «Paesaggio»: storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica, op. cit.

¹⁸ Cfr. M. Cantucci, *La tutela giuridica delle cose d'interesse storico e artistico*, Padova, 1953; C. Barbati, *Il paesaggio come realtà etico-culturale*, op. cit.

¹⁹ All'origine di questa disposizione si colloca la formula contenuta nell'art. 7 dello schema di articolato predisposto da Concetto Marchesi e Aldo Moro e adottato dalla I Sottocommissione come testo base per la discussione sui «principi dei rapporti sociali (culturali)»: «I monumenti artistici, storici e naturali del Paese costituiscono patrimonio nazionale in qualsiasi parte del territorio della Repubblica e sono sotto la protezione dello Stato» (Seduta del 18 ottobre 1946). Tale formula, seppur modificata, fu approvata dalla Commissione dei settantacinque e discussa dall'Assemblea plenaria nelle sedute del 23 e del 30 aprile 1947 come art. 29 del progetto di Costituzione: «I monumenti artistici e storici, a chiunque appartengano ed in ogni parte del territorio nazionale, sono sotto la protezione dello Stato. Compete allo Stato anche la tutela del paesaggio». L'Assemblea approvò un emendamento a sostituzione della prima proposizione nella versione originaria: «Il patrimonio storico e artistico della Nazione è sotto la tutela dello Stato», ma, dopo un'ulteriore modifica al termine Stato (nell'ambito della sola prima proposizione) si preferì il termine «Repubblica». La formula dell'art. 29 del Progetto di costituzione definitivamente approvata fu quindi la seguente: «Il patrimonio storico e artistico della Nazione è sotto la tutela della Repubblica. Compete allo Stato anche la tutela del paesaggio».

²⁰ Cfr. G. Cerrina Feroni, *La dimensione culturale-identitaria di paesaggio. Uno sguardo giuridico comparato*, in M. Frank, M. Pilutti Namer (a cura di), *La Convenzione Europea del Paesaggio vent'anni dopo (2000-2020) Ricezione, criticità, prospettive*, Venezia, 2021.

ruolo non più limitato alla semplice «regolazione» o «conservazione»; rispetto alla l. n. 1497/1939 la tutela è stata estesa a tutto il «patrimonio naturale», con l'introduzione della distinzione tra «paesaggio» e «patrimonio storico e artistico»²¹; inoltre, e certamente di particolare rilevanza, il concetto di paesaggio ha iniziato a ricomprendere non solo «il dato naturale (ad esempio le coste, le montagne, i laghi, ovvero le bellezze naturali), ma anche quello derivante dall'interazione uomo-natura, essendo in entrambi presente la dimensione culturale»²².

Anche la Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio, presieduta da Francesco Franceschini ed istituita con la l. n. 310/1964, nella sua attività di indagine inerente al censimento e alla stato dei beni culturali in Italia, fu orientata a valorizzare la dimensione culturale del paesaggio, definendolo quale «bene culturale ambientale, frutto dell'interazione tra l'elemento antropico della cultura umana e l'elemento naturalistico del territorio». E, come già si è avuto modo di sottolineare, centrali nel dibattito scientifico sul tema si dimostrarono le osservazioni di Alberto Predieri, che concepì il paesaggio come «l'espressione di una dinamica di forze naturali, ma anche, e soprattutto, di forze umane [...]». È un fatto fisico oggettivo, e al tempo stesso un farsi, un processo creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà immobile, suscettibile di essere valutato diacronicamente e sincronicamente, sempre tenendo presente la sua perenne non staticità.

Il termine «paesaggio» dunque per Predieri, indica, «la forma del Paese nella sua interezza», creata dall'azione «cosciente e sistematica della comunità umana che vi è insediata, in modo intensivo o estensivo, nelle città e nella campagna, che agisce sul suolo, che produce segni della sua cultura». Ne deriva che la sua tutela «è, soprattutto, affermazione normativa della presenza e prevalenza di interessi e valori della comunità e più precisamente di valori non economici di solidarietà e di partecipazione, che sono tipici dello Stato che aspira alla qualificazione di Stato sociale [ovvero che aspira ad] una più incisiva prospettiva di continua azione volta alla modificazione della società non solo come redistribuzione di redditi e ricchezze ma anche e soprattutto come condizione per il libero sviluppo delle individualità e come partecipazione dei cittadini al potere sociale»²³.

Se la normativa pre-costituzionale, rimasta comunque in vigore anche dopo il 1948 perché coerente con i principi che l'art. 9 intendeva cristallizzare, puntava a definire il paesaggio come elemento da tramandare alle generazioni successive, i processi di industrializzazione e cementificazione degli anni '60 e '70 hanno reso in quegli anni improcrastinabile un intervento di tutela rafforzata che, partendo dalla l. n. 431/1985, (la cd. *legge Galasso*)²⁴ giunge fino al Codice dei beni culturali e del paesaggio del 2004, ancora oggi vigente anche se più

²¹ Così L. Carbone, *Ambiente, paesaggio e beni culturali e ambientali*, op. cit.

²² Così G. Cerrina Feroni, *Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo. Profili comparati europei*, in *Federalismi.it*, 8, 2019.

²³ A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. II, Firenze, 1969.

²⁴ Con la *legge Galasso* venne superato definitivamente il giudizio estetico quale elemento primario di individuazione del bene paesaggistico, optando per la definizione di specifiche categorie (boschi, fiumi, laghi, etc.). La legge prevedeva inoltre che le Regioni sottoponessero «a specifica normativa d'uso e di valorizzazione ambientale il relativo territorio mediante la redazione di piani paesistici o di piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesistici ed ambientali» e introdusse la nozione di *vincolo paesaggistico*. Così P. Carpentieri, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 2, 2004.

volte modificato e integrato²⁵. Quest'ultimo, dopo aver affermato che i beni paesaggistici costituiscono, assieme ai beni culturali, il patrimonio culturale, stabilisce che a questa categoria appartengono «gli immobili e le aree [...] costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge», giungendo ad elencare tre macro categorie di beni paesaggistici: «le bellezze naturali della l. 1497/1939; le aree della l. 431/1985; «gli immobili e le aree comunque sottoposti a tutela dai piani paesaggistici»²⁶.

Il Codice, inoltre, per la prima volta fornisce una definizione normativa di «paesaggio» qualificandolo all'art.131 come «il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni»²⁷.

Tale definizione viene confermata dall'individuazione dell'ambito di operatività del piano paesaggistico, elaborato su scala regionale e che ripartisce il territorio in ambiti omogenei, a partire da quelli di elevato pregio paesaggistico fino a quelli significativamente compromessi o degradati, sulla base delle caratteristiche naturali e storiche ed in relazione al livello di rilevanza e integrità. Identificando il paesaggio come «forma del territorio», tale strumento considera l'intero spazio consentendo l'eventuale e selettiva individuazione di particolari beni da sottoporre a «specifiche misure di salvaguardia e di utilizzazione», che vanno ad aggiungersi alle previgenti categorie di beni già tutelati come «beni ambientali»²⁸.

Accogliendo dunque una valenza estetico-identitaria di paesaggio e un'impostazione di tutela «volta a riconoscere, salvaguardare e recuperare i valori culturali che il paesaggio esprime», il Codice si apre ad una «dimensione identitaria quale profilo determinante nel sancire la valenza paesaggistica di un territorio, in quanto riassuntiva [...] dei diversi processi di riconoscimento del valore simbolico, testimoniale od estetico» di esso²⁹. Alla base di questa concezione sussiste «un'operazione di riconoscimento di sé che – attraverso i sensi e l'intelletto – l'individuo, la collettività ed il singolo nella collettività può realizzare

²⁵ Il Codice consta di 184 articoli, divisi in cinque parti: «Disposizioni generali», «Beni culturali», «Beni paesaggistici», «Sanzioni» e «Disposizioni transitorie» ed è stato più volte oggetto di modifica dal 2004 ad oggi (l'ultimo aggiornamento ad opera del d.l. n. 13/2023, *Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune*).

²⁶ M. Cecchetti, *Art. 9*, op. cit.

²⁷ E. Boscolo, *Le nozioni di paesaggio. La tutela giuridica di un bene comune (in appartenenza diffusa) tra valori culturali e identitari*, op. cit., osserva che «sul piano ermeneutico-lessicale, nella vigente proposizione definitoria si colgono le tracce di due dinamiche convergenti: a. il riconoscimento della dimensione identitaria quale profilo determinante nel sancire la valenza paesaggistica di un territorio, in quanto elemento riassuntivo – nell'accezione semantica di 'identità' assunta in questo punto del codice – dei diversi processi ascrivibili del valore di volta in volta estetico, simbolico o testimoniale di un territorio, entro uno schema in cui il carattere identitario viene assunto quale esito di un processo di riconoscimento comunitario; b. la tendenza a sfumare il rapporto tra il tutto (il territorio) ed alcuni segmenti di speciale pregio (i beni vincolati)».

²⁸ M. Cecchetti, *Art. 9*, op. cit.

²⁹ E. Boscolo, *Le nozioni di paesaggio. La tutela giuridica di un bene comune (in appartenenza diffusa) tra valori culturali e identitari*, op. cit.; S. Settis, *Paesaggio Costituzione cemento. La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, Torino, 2010, asserisce che il Codice dei beni culturali e del paesaggio «prosegue la tradizione legislativa italiana in materia, inglobandone i tratti essenziali: di fatto esso è per molti aspetti una nuova formulazione delle due leggi Bottai del 1939, che a loro volta risalivano alla legge di tutela del patrimonio culturale del 1909 e a quella sul paesaggio del 1922 [...]; ma ha dovuto necessariamente far perno sull'art. 9 Cost., nonché includere molte altre norme, per esempio quelle della legge Galasso del 1985». Il Codice pertanto «ha reso giustizia dopo quasi un secolo all'originario progetto di Giovanni Rosadi, che già nella legge del 1909 avrebbe voluto la salvaguardia del paesaggio come parte essenziale della prima legge nazionale di tutela».

nell'ambiente circostante»³⁰.

Un ultimo ma non secondario elemento, che rafforza la rilevanza del paesaggio nella sensibilità nazionale è data dalla ratifica, nel 2006, della Convenzione Europea del Paesaggio, il cui obiettivo è la promozione, valorizzazione e gestione di quest'ultimo, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 19 luglio 2000 e sottoscritta a Firenze il 20 ottobre 2000. Tale Carta internazionale può essere considerata «come espressione documentale, la più avanzata, di una diffusa esigenza europea di protezione del paesaggio percettivo, [...] segno inequivocabile di un rinnovato interesse per il paesaggio in quanto tale e per gli strumenti della sua tutela»³¹. Può dirsi quindi che la Convenzione sottintenda un progetto che pone in primo piano la sostenibilità nei settori dell'economia, dell'ambiente, della società e della cultura basata sulla qualità dei luoghi e il benessere delle popolazioni insediate. In questo senso, essa ha introdotto una nuova nozione di paesaggio che «trae senso [...] anche dai significati che individui e gruppi gli attribuiscono attraverso la percezione», risultando «specchio delle interazioni tra una popolazione e il territorio in cui vive, diventando espressione della cultura locale e riferimento identitario per gli abitanti»³². Secondo la Convenzione, infatti, il paesaggio (riferendosi sia quelli a «eccezionali», a quelli «della vita quotidiana» e a quelli «degradati») è «elemento importante della qualità della vita delle popolazioni» e contemporaneamente «fondamento della loro identità»³³.

3. La giurisprudenza costituzionale ed amministrativa in tema di paesaggio.

L'evoluzione del concetto di «paesaggio» si riflette anche nella giurisprudenza costituzionale: se in un primo momento essa si basava sulla convinzione che la tutela del paesaggio fosse «da comprendersi nella più ampia protezione delle bellezze naturali»³⁴, con la sentenza n. 239/1982 della Corte costituzionale si è registrato un cambio di paradigma, con la distinzione tra urbanistica, tutela dell'ambiente e tutela del paesaggio. Con questa pronuncia, infatti, la Corte, decidendo sulla questione di legittimità costituzionale della l. della Regione Calabria n. 14/1973, *Misure di protezione delle coste in attesa dell'approvazione del piano urbanistico regionale*, ha stabilito che «intuitivamente la medesima zona di territorio può formare oggetto di provvedimenti normativi relativi al paesaggio ovvero concernenti l'urbanistica», e giunse quindi a ritenere la valenza urbanistica della legge regionale sul rilievo per cui «il provvedimento *de quo* non concerne la protezione di un valore estetico-culturale relativo alle

³⁰ Così R. Fattibene, *L'evoluzione del concetto di paesaggio tra norme e giurisprudenza costituzionale: dalla cristallizzazione all'identità*, in *Federalismi.it*, 10, 2016, la quale prosegue affermando che «In questo modo, il paesaggio assume una sua autonoma valenza (identitaria, appunto) rispetto all'ambiente, pur rimanendone espressione visiva (valenza estetico-identitaria: «il concetto di paesaggio indica, innanzitutto, la morfologia del territorio»; esso «riguarda», pur sempre, «l'ambiente nel suo aspetto visivo»)». Su questi aspetti cfr., altresì, W. Cortese, *Configurazione di un diritto al paesaggio: una teoria rivoluzionaria o un'ipotesi percorribile?*, in W. Cortese (a cura di) *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio*, Palermo, 2008, il quale ritiene che «le esigenze fisiche ed emotive del cittadino devono poter trovare una corrispondenza nel paesaggio, che diventa contenitore emozionale di sentimenti, ricordi, storia e tradizioni, e ancora più spesso espressione del valore estetico del territorio».

³¹ R. Fattibene, *L'evoluzione del concetto di paesaggio tra norme e giurisprudenza costituzionale: dalla cristallizzazione all'identità*, op. cit.

³² A. De Nardi, *Paesaggio, identità e senso di appartenenza al luogo: un'indagine tra gli adolescenti italiani e stranieri*, vol. 119, 1, 2012.

³³ G. Cerrina Feroni, *La dimensione culturale-identitaria di paesaggio. Uno sguardo giuridico comparato*, op. cit., chiarisce che «Anzitutto va sgombrato il campo da un equivoco ove mai lo si pensasse esistente: l'art. 9 della Costituzione parla di «patrimonio storico e artistico della Nazione». È dunque dato costituzionale insuperabile che l'unica «comunità di patrimonio» nel nostro ordinamento è la Nazione».

³⁴ Corte cost., sent. n. 65/1959.

bellezze paesistiche, nel che si sostanzia la nozione di paesaggio accolta dalla Costituzione; questa nell'art. 9, c. 2, accomuna la tutela del paesaggio a quella del patrimonio storico ed artistico e detta il suo precetto, come già ha rilevato parte della dottrina, ai fini di proteggere e migliorare i beni (culturali) suddetti e contribuire così all'elevazione intellettuale della collettività». Considerando quindi il paesaggio, «unitamente al patrimonio storico ed artistico della Nazione, come un valore cui la Costituzione ha conferito straordinario rilievo e collocando la norma che fa carico alla Repubblica di tutelarlo tra i principi fondamentali dell'ordinamento», la Consulta ha affermato che la sua tutela «non può venire realisticamente concepita in termini statici, di assoluta immodificabilità dei valori paesaggistici registrati in un momento dato, ma deve, invece, attuarsi dinamicamente e cioè tenendo conto delle esigenze poste dallo sviluppo socio-economico del paese per quanto la soddisfazione di esse può incidere sul territorio e sull'ambiente»³⁵, riconoscendo nel valore paesaggistico un «aspetto del valore estetico-culturale secondo scansioni diverse, perché legate a scelte di civiltà di più ampio respiro»³⁶. Il paesaggio, infatti, si presenta come un ambiente naturale, inteso come sede della continua interazione tra comunità umana e natura, eminente valore cui la Costituzione ha conferito spiccato rilievo³⁷.

Nella successiva e nota pronuncia n. 151/1986, la Corte costituzionale, giudicando la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la *legge Galasso*, sollevata da alcune Regioni, ha fissato un ulteriore elemento interpretativo, stabilendo che la «tutela del paesaggio [è] improntata a integralità e globalità, vale a dire implicante una riconsiderazione assidua dell'intero territorio nazionale alla luce della primarietà del valore estetico-culturale». Tale tutela non esclude né assorbe la configurazione dell'urbanistica quale funzione ordinatrice, ai fini della reciproca compatibilità, degli usi e delle trasformazioni del suolo nella dimensione spaziale considerata e nei tempi ordinatori previsti, ma postula un coordinamento mediante soluzioni correttamente atteggiate, nella direttrice della primarietà del valore estetico culturale e della esigenza di una piena e pronta realizzazione di esso, secondo un modello ispirato al principio di leale cooperazione.

La nozione di paesaggio, quindi, «ai sensi dell'art. 9 Cost., deve ora ritenersi comprensiva di ogni elemento naturale e umano attinente alla forma esteriore del territorio»³⁸, con la conseguenza che «la tutela del bene culturale è nel testo costituzionale contemplata insieme a quella del paesaggio e dell'ambiente come espressione di principio fondamentale unitario dell'ambito territoriale in cui si svolge la vita dell'uomo e tali forme di tutela costituiscono una endiadi unitaria. Detta tutela costituisce compito dell'intero apparato della Repubblica, nelle sue diverse articolazioni ed in primo luogo dello Stato (art. 9 della Costituzione), oltre che delle Regioni e degli enti locali»³⁹.

Successivamente, in forza della connotazione «culturale-identitaria» del paesaggio rimarcata dall'entrata in vigore del *Codice Urbani*, la stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 196/2004 ha distinto il paesaggio dalla materia «governo del territorio», assumendo che quest'ultima sia riferita a « tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti e attività», cioè «all'insieme delle norme che consentono di identificare e graduare

³⁵ Corte cost., sent. n. 94/1985. Si rinvia alle considerazioni di M. Coco, *Produzione energetica e tutela del paesaggio: ancora una ipotesi di conflitto di interessi e di competenza*, in *Rassegna di diritto civile*, 1986.

³⁶ Corte cost., sent. n. 359/1985. Per un commento si rimanda a M. R. Cozzuto Quadri, *Paesaggio e urbanistica: la Corte cost. Alla ricerca di un difficile equilibrio dei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Il Foro italiano*, 1986, parte I.

³⁷ Corte cost., sentt. n. 39/1986 e n. 167/1987.

³⁸ Corte cost., sent. n. 39/1986.

³⁹ Corte cost., sent. n. 378/2000.

gli interessi in base ai quali possono essere regolati gli usi ammissibili del territorio». Analoga attenzione al paesaggio si rinviene anche nella giurisprudenza amministrativa. Per il Consiglio di Stato, il paesaggio è «bene primario e assoluto, in quanto abbraccia l'insieme 'dei valori inerenti al territorio' concernenti l'ambiente, l'eco-sistema ed i beni culturali che devono essere tutelati nel loro complesso, e non solamente nei singoli elementi che la compongono». Esso rappresenta «un interesse prevalente rispetto a qualunque altro interesse, pubblico o privato, e, quindi, deve essere anteposto alle esigenze urbanistico-edilizie», ragion per cui «il piano paesaggistico costituisce una valutazione *ex ante* della tipologia e dell'incidenza qualitativa degli interventi ammissibili in funzione conservativa degli ambiti reputati meritevoli di tutela per cui i relativi precetti devono essere orientati nel senso di assicurare la tutela del paesaggio ai fini della conservazione di quei valori che fondano l'identità stessa della nazione»⁴⁰.

Significativa è anche la giurisprudenza amministrativa sul bilanciamento tra l'interesse paesaggistico e altri interessi. In particolare, sempre il Consiglio di Stato, premettendo «l'indeclinabilità della funzione pubblica di tutela del paesaggio per la particolare dignità data dall'essere iscritta dall'art. 9 Cost. tra i principi fondamentali della Repubblica», ha più volte sottolineato che alla funzione di tutela del paesaggio «è estranea ogni forma di attenuazione della tutela paesaggistica determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione: tale attenuazione, nella traduzione provvedimentoale, condurrebbe illegittimamente, e paradossalmente, a dare minor tutela, malgrado l'intensità del valore paesaggistico del bene, quanto più intenso e forte sia o possa essere l'interesse pubblico alla trasformazione del territorio»⁴¹.

Tale assunto è stato poi riconfermato quando il Giudice amministrativo ha riconosciuto che la tutela del paesaggio, principio fondamentale della Costituzione con «carattere di preminenza rispetto agli altri beni giuridici che vengono in rilievo nella difesa del territorio», presuppone esigenze di tipo conservativo che devono naturalmente contemperarsi, senza tuttavia mai recedere completamente, con quelle connesse allo sviluppo edilizio del territorio che sia consentito dalla disciplina urbanistica nonché con le aspettative dei proprietari dei terreni⁴². Al pari di questi ultimi, anche la fascia costiera del territorio nazionale, va preservata, nelle parole del giudice amministrativo, «da possibili lesioni esteriori che possano intaccare non solo la dimensione naturalistica ma, altresì, collettiva e identitaria che caratterizza le coste. [...]»⁴³. «Il paesaggio non è, infatti, considerato nella sua dimensione strettamente territoriale e indifferenziata, ma, dando continuità alla matrice dell'accezione storicistica di paesaggio [...], nell'essere 'rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali'». Per questo motivo vanno salvaguardate «anche le coste alle quali è riconosciuto dal legislatore quel valore culturale immanente alla nozione

⁴⁰ Cons. Stato, Sez. IV, n. 2222/2014.

⁴¹ Fondamentale è la sentenza n. 3652/2015 con cui la sesta sezione del Consiglio di Stato ha accolto gli appelli proposti avverso le sentenze del TAR Lazio n. 3992/2014, n. 3993/2014 e n. 3994/2014, disponendo l'annullamento del decreto di approvazione del progetto dell'elettrodotto a 380 kV Udine Ovest – Redipuglia, per illegittimità derivata rispetto al decreto di compatibilità ambientale DVA-DEC-2011-0000411 del 21 luglio 2011. Nel caso in questione nonostante il parere contrario della Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici del Friuli-Venezia Giulia, il Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, di concerto col Ministro per i Beni e le Attività Culturali, si era espresso per la compatibilità del progetto in nome dell'interesse pubblico della realizzazione.

⁴² Cons. Stato, Sez. II, n. 7839/2019.

⁴³ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 2599/2023.

giuridica di paesaggio e che [...] costituisce, al contempo, la ragione fondante e il parametro della tutela. Il valore culturale del paesaggio costiero si afferma non soltanto in ragione del dato di natura [...], ma in considerazione della valenza identitaria che le coste assumono, quali parti della 'forma' del Paese e testimonianze materiali della storia millenaria di una penisola che ha avuto nelle proprie coste il crocevia delle partenze, dei ritorni e degli approdi degli uomini e delle civiltà che hanno concorso a determinare l'identità della Nazione italiana».

Secondo la concezione identitaria condivisa sia dalla giurisprudenza che dalla normativa, dunque, il paesaggio, «risultanza dell'incontro» tra natura e uomini, viene «percepito dal singolo e dalle collettività come testimonianza del loro passaggio sulla terra (fruizione); anche quando il godimento è individuale, esso mantiene caratteri collettivi, poiché il singolo, pur in una relazione univoca con l'esterno, percepisce un bene segnato dalla comunità» e per questa ragione «ogni atto pregiudizievole del paesaggio costituisce, infatti, una *deminutio* della qualità della vita e della possibilità di espressione della personalità nei luoghi ed attraverso i luoghi circostanti, sia del singolo che della collettività di riferimento»⁴⁴. Tutto ciò non porta però inevitabilmente alla conclusione che ogni innovazione in materia ambientale sia in sé suscettibile di risultare lesiva del paesaggio. Il dibattito, come è noto, è particolarmente articolato con riferimento alle energie rinnovabili, dall'eolico al solare, in una pluralità di posizioni che, nella maggior parte dei casi, intravedono ampi margini di bilanciamento, al punto da affermare, in alcuni casi, che proprio la tutela ambientale possa rappresentare un volano per il recupero di paesaggi degradati o dimenticati. Posizione, quest'ultima, assunta peraltro anche in un recente documento da alcune associazioni ambientaliste⁴⁵ e che ha trovato riferimenti anche nella giurisprudenza amministrativa, anche precedente alla riforma costituzionale del 2022⁴⁶.

4. Quali prospettive di bilanciamento tra il paesaggio come «forma di una comunità» e l'ambiente come «nuovo paradigma dello sviluppo futuro». Come anticipato in premessa al presente lavoro, l'ampio dibattito sviluppatosi prima e subito dopo la revisione costituzionale dell'art. 9 Cost., si è focalizzato essenzialmente su due diverse interpretazioni del futuro impatto della novella. Da un lato, alcuni studiosi hanno proposto la tesi che vuole la revisione come un momento di cristallizzazione della giurisprudenza costituzionale sviluppatasi nei decenni e che aveva portato da tempo a ritenere l'ambiente un valore costituzionalmente protetto. In questa prospettiva, la revisione degli articoli 9 e 41 Cost. si collocherebbe nel solco di una riforma «bilancio»⁴⁷, che prende atto di un quadro costituzionale consolidato rispetto ai cui esiti interpretativi nulla sembrerebbe aggiungere, se non l'esattezza di un più compiuto riferimento alla tutela ambientale accanto alla tutela paesaggistica e un'esplicita determinazione del limite ambientale alla libertà di iniziativa economica privata e pubblica⁴⁸.

⁴⁴ R. Fattibene, *L'evoluzione del concetto di paesaggio tra norme e giurisprudenza costituzionale: dalla cristallizzazione all'identità*, op. cit.

⁴⁵ Il riferimento è al documento, stilato da Fondo per l'Ambiente Italiano ETS, Legambiente, WWF Italia *Paesaggi rinnovabili. 12 proposte per una giusta transizione energetica*, 25 ottobre 2022.

⁴⁶ Il riferimento è, in particolare, alla sentenza del Consiglio di Stato n. 2983/2021.

⁴⁷ Sulla distinzione tra revisioni bilancio e revisioni programma si veda G. Silvestri, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, Vol. II, Milano, 1987.

⁴⁸ Sul punto M. Cecchetti, *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione dell'art. 9 della Costituzione avente ad oggetto l'introduzione di una disciplina essenziale della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale*.

Una lettura nel senso della maggiore innovazione apportata dalla l. cost. n. 1/2022, ritiene, invece, che la riforma costituzionale non solo abbia inteso aggiungere all'art. 9 Cost. la precisazione per cui anche l'ambiente costituisce oggetto di tutela da parte della Repubblica – al pari del paesaggio e del patrimonio storico ed artistico – ma abbia anche voluto sottolineare come la tutela dell'ambiente non possa non tenere conto di prospettive di equilibrio tanto in senso sincronico (tutela della «biodiversità»⁴⁹ e degli «ecosistemi»⁵⁰) quanto diacronico (tutela da esercitarsi «anche nell'interesse delle generazioni future») e dunque si ponga in un'ottica e in una prospettiva di adesione al principio di sostenibilità⁵¹, al punto da aver dato forma ad un nuovo patto costituzionale⁵², il cui obiettivo principale è il diritto ad esistere, non solo degli esseri umani, ma di tutti gli esseri viventi e senzienti, di oggi e domani⁵³. In questa prospettiva, l'ambiente diviene non solo uno dei tanti valori presenti nella Carta costituzionale e in quelle europee e internazionali di valore costituzionale, bensì si candida ad essere il valore ordinante dell'assetto costituzionale. Come appare evidente, letta da questo angolo visuale, la riforma costituzionale non richiede semplicemente un nuovo bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti (ambiente, paesaggio ma anche beni culturali) bensì richiede un cambio di paradigma interpretativo nel quale l'ambiente diviene fondamento costituzionale dell'azione dei poteri pubblici e privati⁵⁴.

Come appare evidente, la prevalenza – in sede politica e giurisprudenziale – dell'una o dell'altra tesi non si presenta neutrale nella configurazione del futuro rapporto tra ambiente e paesaggio. L'adesione alla prima tesi, al punto di cristallizzazione di quanto già fatto finora per proseguire lungo il cammino intrapreso, lascia intravedere la possibilità che il rapporto tra ambiente e paesaggio resti quello degli ultimi decenni, nei quali la giurisprudenza ha più volte chiarito che il bene paesaggio non possa essere sistematicamente recessivo dinanzi alle

Audizione presso la I Commissione permanente del Senato della Repubblica "Affari costituzionali, affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, ordinamento generale dello Stato e della Pubblica amministrazione."

⁴⁹ La definizione del termine si rinviene all'interno dell'art. 2 della *Convenzione sulla diversità biologica di Rio de Janeiro* del 1992.

⁵⁰ Anche la Corte costituzionale si è espressa in merito al rapporto tra ambiente ed ecosistema. Si pensi, ad esempio, alle sentenze nn. 378/2007 e 12/2009.

⁵¹ Ritengono sia stato introdotto implicitamente, tra gli altri, P. Lombardi, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *Federalismi.it*, 1, 2023; D. Iacovelli, *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione nell'ecologia delle idee*, in *Jus-online*, 3, 2022.

⁵² A. Morrone, *L'"ambiente" nella Costituzione. Premesse di un nuovo "contratto sociale"*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela ambientale*. Atti del Convegno 28 gennaio 2022, op. cit.

⁵³ Sulla tutela delle generazioni future antecedentemente alla revisione costituzionale sia consentito il rinvio a A. Papa, G. Palombino, *Abuso del diritto e responsabilità intergenerazionale: prime note di una riflessione in divenire*, in L. Carpentieri (a cura di), *L'abuso del diritto. Evoluzione del principio e contesto normativo*, Torino, 2018. In merito alla riforma invece si rimanda a L. Bartolucci, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2022; M. Cecchetti, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit.; R. Fattibene, *Una lettura egocentrica del novellato articolo 9 della Costituzione*, op. cit.; P. Lombardi, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, op. cit.; G. Palombino, *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*, Milano, 2022; D. Porena, *"Anche nell'interesse delle generazioni future". Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 15, 2022. Critica il nuovo inciso, invece, F. Rescigno, *Quale riforma per l'articolo 9*, cit.

⁵⁴ M. Benvenuti, *La revisione dell'articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *Rivista AIC*, 2, 2023; M. Milanese, *Il ritorno dello Stato programmatore: transizione ecologica, riforma dell'art. 41 Cost. e nuovi modelli d'intervento pubblico. Con una nota sul ruolo di Banca d'Italia*, in *Ambiente Diritto*, 3, 2023; F. De Leonardis, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*. Atti del Convegno 28 gennaio 2022, op. cit.; A. Moliterni, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2, 2020.

esigenze di salvaguardia dell'ambiente. Anzi. E questo vale sia per il paesaggio nel senso più naturalistico della nozione, sia per il paesaggio urbano, quale elemento identitario dello sviluppo di una comunità, nel quale i processi di rigenerazione urbana tendono proprio a bilanciare tutela del passato ed esigenza di un recupero – culturale, paesaggistico e ambientale – di interi spazi cittadini.

La seconda prospettiva, invece, ritenendo necessario un cambio di paradigma, sembra voler impostare la relazione paesaggio-ambiente nel senso della necessaria prevalenza dell'interesse ambientale su quello paesaggistico, ogniqualvolta la soluzione mediana si presenti di troppo difficile e onerosa realizzazione.

Questa seconda ipotesi non può che destare preoccupazione, qualora si ritenga che il paesaggio, pur nella sua inevitabile trasformazione, sia e resti la «forma del Paese», elemento unificante della comunità, incardinando quel valore naturalistico che caratterizza Paesi, come l'Italia, che lo hanno tutelato – anche prima dell'introduzione di specifiche normative – in quanto elemento connaturato al sentire della collettività. Senza tralasciare che proprio il paesaggio e il patrimonio storico artistico hanno reso l'Italia un paese a forte attrazione turistica⁵⁵.

È fondamentale quindi che non si alimentino contrapposizioni tra paesaggio e ambiente, soprattutto come contrapposizione tra passato e futuro, tra tutela di quanto le generazioni passate hanno conservato e creato e quanto le generazioni attuali ritengono fondamentale per la tutela del futuro proprio e di coloro che verranno. Anche in considerazione di un elemento del quale occorre avere fiducia: la ricerca. Ciò che appare oggi imprescindibile per la tutela ambientale non lo sarà domani (e la storia del riciclo dei rifiuti lo insegna al pari di quanto si sperimenta nel settore energetico) proprio grazie alla ricerca scientifica. Gli interventi sul paesaggio risultano invece, nella maggior parte dei casi, irreversibili, salvo ricostruzioni artificiali che rappresenterebbero, ad opinione di chi scrive, un rimedio peggiore del male, andando ad incidere proprio sull'elemento della «naturalità», che peraltro accomuna paesaggio e ambiente.

Occorre quindi saper distinguere e graduare le rispettive tutele, dando voce in primo luogo alle comunità di riferimento, le prime, e per certi aspetti le uniche, in una visione dinamica della propria identità, tenendo conto anche del susseguirsi delle generazioni, in grado di saper distinguere in ciò che li circonda quel «nucleo essenziale di carattere estetico», che le determina e le caratterizza; nella consapevolezza della globalità della tutela ambientale e nel convincimento che ciascuno debba fare la propria parte, occorre saper quindi scegliere gli interventi da attuare, in modo da evitare che le decisioni dell'oggi si vestano di una patente di inesorabilità che la ricerca scientifica potrebbe attenuare e smentire nel prossimo futuro, ma ormai troppo tardi per evitare interventi sulla forma del Paese non condivisi e, alla luce del progresso scientifico, neppure così necessari.

Abstract. Il saggio si propone di valutare gli effetti della legge n. 1/2022 di revisione costituzionale che ha portato all'introduzione della «tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni» all'interno dei principi fondamentali della Costituzione ed in particolare del novero dei beni tutelati dall'articolo 9 della Costituzione.

In particolare il saggio, attraverso un'analisi normativa e giurisprudenziale, si sofferma sulle criticità relative al bilanciamento che dovrà essere effettuato, di volta in volta, tra la tutela

⁵⁵ Su questi aspetti sia consentito, tra gli altri, il rinvio a A. Papa, *Il turismo culturale in Italia: multilevel governance e promozione dell'identità culturale locale*, in *Federalismi.it*, 4, 2007.

dell'ambiente e la tutela del paesaggio, inteso nella sua accezione culturale, quale «forma del Paese».

Abstract. The essay aims at assessing the effects of law no. 1/2022 of constitutional revision that led to the introduction of «the protection of the environment, biodiversity and ecosystems, also in the interest of future generations» within the fundamental principles of the Constitution and the list of goods protected by Article 9 of the Constitution.

In particular, the essay, through a normative and jurisprudential analysis, dwells on the critical issues related to the balancing that must be carried out, from time to time, between the protection of the environment and the protection of the landscape, understood in its cultural meaning, as the «forma del Paese».

Parole chiave. Paesaggio – ambiente – bilanciamento – riforma costituzionale n. 1/2022 – Art. 9 Costituzione.

Key words. Landscape – environment – balance – constitutional reform no. 1/2022 – Art. 9 Italian Constitution.

LA TUTELA DELL'AMBIENTE TRA DIRITTO COSTITUZIONALE E DIRITTO TRIBUTARIO: BREVI NOTE INTRODUTTIVE *

di Luigi D'Andrea ** e Maria Assunta Icolari ***

Sommario. 1. Introduzione. L'ambiente come categoria relazionale. – 2. L'evoluzione storica dell'ambiente nel sistema costituzionale. – 3. L'ambiente come valore costituzionale: la polarità tra universo giuridico-formale e dimensione fattuale. – 4. L'ambiente nell'ordinamento interlivello. – 5. La fiscalità come misura valida per la realizzazione di un ambiente salubre. – 6. I tributi ambientali nell'ordinamento interno e europeo ed il bisogno di eguaglianza. – 7. Alcune riflessioni conclusive.

213

1. Introduzione. L'ambiente come categoria relazionale. Non vi può essere alcun dubbio che l'esigenza di tutelare l'ambiente ha ormai assunto una posizione prioritaria all'interno della graduatoria nella quale sono iscritte le questioni che figurano nell'agenda pubblica, non solo su scala nazionale, ma a livello globale. È parimenti evidente che ogni riflessione critica avente ad oggetto la problematica ambientale si trova a – per così dire – dovere fare i conti con lo statuto assai incerto che allo stesso concetto di ambiente appartiene. È sufficiente qui osservare al riguardo che anche la mera definizione di «ambiente» si presenta come ardua e sfuggente¹: in prima approssimazione, in questa sede, si può accogliere la tesi che identifica l'ambiente con «l'insieme delle condizioni esterne all'organismo, ed interagenti con esso»².

Da questa definizione, pur assai generale (e anche, a dire il vero, largamente approssimativa...), emerge con nettezza un tratto che effettivamente caratterizza e qualifica la categoria in esame, rappresentato dalla sua intrinseca e insopprimibile natura relazionale (naturalmente, in primo luogo tra l'organismo e le condizioni esterne allo stesso)³. E non casualmente nell'approccio complessivo alla tematica ambientale si individuano due concezioni (forse, potrebbe meglio dirsi, due «famiglie» di concezioni), appunto in ragione dell'opzione prioritaria per l'uno o l'altro dei due poli di quella relazione fondamentale: così, nelle «filosofie dell'ambiente»⁴ si distinguono «concezioni antropocentriche» e «concezioni ecocentriche», (o, se si preferisce, antropocentrismo ed ecocentrismo)⁵.

* *Sottoposto a referaggio*. Il saggio è la sintesi di una riflessione congiunta fra i due autori. Nella redazione, i paragrafi da 1 a 4 sono attribuiti al Prof. Luigi D'Andrea, i paragrafi da 5 a 7 sono attribuiti alla Prof.ssa Maria Assunta Icolari.

** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale – Università degli Studi di Messina.

*** Professoressa Associata di Diritto Tributario – Università degli Studi Guglielmo Marconi.

¹ Di una categoria connotata dai caratteri «della multidimensionalità, della complessità e della mutevolezza nel tempo, che la rendono un 'oggetto' intrinsecamente insuscettibile di un predeterminazione in astratto» discorre M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3, 2021, 287.

² N. Lugaresi, *Diritto dell'ambiente*, V ed., Padova, 2015, 3.

³ Sull'ambiente come categoria che «presenta un carattere *relazionale*» v. E. Casetta, *Filosofia dell'ambiente*, Bologna, 2023, 21.

⁴ S. Iovino, *Filosofie dell'ambiente. Natura, etica, società*, Roma, 2018, che riporta (*ivi*, 24) la significativa definizione di Haenkel dell'ecologia come «scienza comprensiva delle relazioni tra l'organismo e l'ambiente».

⁵ Al riguardo, in una letteratura molto ampia, si segnala qui M. Pennasilico, *Emergenza e ambiente nell'epoca pandemica. Verso un diritto dello «sviluppo umano ed ecologico»*, in M.A. Icolari (a cura di), *La tutela dell'ambiente al tempo della crisi pandemica*, Torino, 2021, 57 ss., ove si propone la sintesi tra tali due concezioni nel principio dello sviluppo sostenibile, che «deve consentire di individuare un rapporto equilibrato tra le risorse da risparmiare e

Non è dato qui dire di più in ordine a tale problematica, di natura squisitamente filosofica. E per quanto riguarda la dimensione giuridica⁶, nella quale pure quelle due concezioni complessive si ripresentano (sia pure inevitabilmente molto articolate al loro interno), è sufficiente avanzare sommessamente l'elementare considerazione che l'ordinamento giuridico, per la propria stessa struttura (un sistema di regole della condotta umana), non può che rivolgersi agli esseri umani (unici dotati di libero arbitrio) per conseguire i fini individuati dal legislatore, ed anche che gli interessi alla cui soddisfazione le norme giuridiche sono poste e funzionalizzate dallo stesso legislatore sono sempre stati interessi umani⁷. E semmai, giova nel presente contesto sottolineare come sia necessario che cresca la consapevolezza circa l'impossibilità di offrire un'effettiva garanzia appunto agli interessi umani senza proteggere adeguatamente l'equilibrio ecosistemico (o, se si preferisce, gli equilibri ecosistemici, nel loro complesso ed inestricabile intreccio).

2. L'evoluzione storica dell'ambiente nel sistema costituzionale. Se adesso si volge lo sguardo in direzione dell'ordinamento positivo italiano, non già allo scopo di indagarne fisionomia e contorni secondo le coordinate segnate dalle generali «filosofie dell'ambiente» cui si è sopra fatto rapidamente cenno, ma piuttosto per tentare di sinteticamente delineare la parabola dell'istanza di tutela dell'ambiente in seno al sistema costituzionale, l'analisi non può che prendere le mosse da una fondamentale considerazione: nella Carta costituzionale repubblicana, quale uscita dalla penna dei Padri (e delle Madri) costituenti, il termine «ambiente» non aveva domicilio. E non certo casualmente: ma per l'elementare ragione dell'assenza degli interessi afferenti alla problematica ambientale sul terreno economico e sociale (e perciò nella sensibilità largamente prevalente nella comunità civile)⁸. È stato in forza dello sviluppo economico e sociale conosciuto dal nostro Paese nella seconda metà del secolo scorso, e insieme in ragione della maturazione culturale dallo stesso generata,

quelle da trasmettere» (*ivi*, 59). In realtà, sembra condivisibile l'osservazione secondo la quale «il discorso ambientale [...] è emerso nei decenni, proprio per mezzo della dialettica, anche teorica, fra dimensione naturale e sfera di azione dell'essere umano», senza la quale «si sarebbe venuta riducendo quella componente essenziale che costituisce l'elemento principe della questione ambientale: la capacità dell'uomo di incidere (negativamente, e, talvolta, in modo distruttivo) sulla natura»: così J. Volpi, *Ambiente, costituzione, persona. La prospettiva dell'ecologia profonda e il ruolo del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, 3, 2023, 85-86.

⁶ Restando ferma la necessaria consapevolezza che «la componente giuridica non può certo esaurire ogni dimensione normativa, soprattutto dinanzi a questioni, come quella ecologica, che risultano intrise di una pluralità di sfumature (etiche, economiche, politico-sociali) di differente gradazione» (J. Volpi, *Ambiente, costituzione, persona. La prospettiva dell'ecologia profonda e il ruolo del diritto*, cit., 96).

⁷ Secondo il celebre brocardo latino, *hominium causa ius constitutum est*. Non può tuttavia non segnalarsi che Costituzioni latino-americane vigenti (e, segnatamente, la Costituzione dell'Ecuador e della Bolivia, come novellate rispettivamente dal 2008 e dal 2009) si spingono fino a prevedere, per la prima volta (salvo errore), i diritti della natura (la *Pacha Mama*, cioè la «Terra madre»), che così viene configurata non più quale oggetto di situazioni giuridiche soggettive (imputabili a soggetti umani), ma quale soggetto titolare di situazioni giuridiche soggettive: in proposito, v., tra gli altri, S. Bagni (a cura di), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013, nonché R. M. Nùñez, *Natura, danno, soggetti. Riflessioni in tema di giustizia ecologica*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2019, 367 ss. In proposito, a tacer d'altro, sembra condivisibile la denuncia del pericolo che simili concezioni finiscano per riguardare la singola persona «come un ente assorbito all'interno dei processi naturali, in una specie di analogia con dottrine politiche di timbro organicistico», sicché, paradossalmente, è proprio il soggetto umano che «diviene oggetto perché subordinato alle regole che dominano, indifferentemente, società e natura, e a cui egli è sottoposto senza alcun margine di affrancamento»: J. Volpi, *Ambiente, costituzione, persona. La prospettiva dell'ecologia profonda e il ruolo del diritto*, cit., 105.

⁸ Osserva S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 3, 2017, 11, che la menzione della categoria «ambiente» non era «possibile in un'epoca in cui ancora non erano emersi gli interessi e le emergenze ambientali, di cui si è acquisita la consapevolezza a partire dagli anni '70 del secolo scorso».

che è progressivamente emersa nell'ambito del sistema giuridico l'esigenza di proteggere e garantire gli equilibri dell'ecosistema⁹. Non sorprende che la prima forma di tutela dei molteplici interessi riconducibili al valore ambientale sia stata offerta, a partire dagli anni '70, dalla giurisprudenza comune, in quanto potere pubblico che istituzionalmente si colloca a ridosso delle situazioni entro cui si manifestano concretamente gli interessi che reclamano riconoscimento giuridico: sono stati soprattutto i cc.dd. «pretori d'assalto» (ma, più in generale i giudici civili, penali ed amministrativi)¹⁰ ad iniziare a rispondere alle domande di tutela che con prepotenza emergevano dal tessuto socio-economico del nostro Paese, anche grazie alle molteplici iniziative del vivace movimento ambientalista¹¹. Acquisita rilevanza propriamente giuridica sul terreno della giurisprudenza (e dunque della *legis executio*), l'istanza di tutela ambientale ha quindi trovato riconoscimento e protezione anche nell'ambito della legislazione ordinaria (della *legis latio*). Numerose sono le leggi che, a partire ancora dagli anni '70, trovavano la loro *ratio* nella tutela di beni in qualche modo riconducibili all'equilibrio dell'ecosistema: è sufficiente qui menzionare (naturalmente, a mero titolo esemplificativo) la l. n. 316/1976, contro l'inquinamento delle acque (la c.d. *legge Merli*); la l. n. 10/1077, sul regime dell'edificabilità dei suoli (la c.d. *legge Bucalossi*); la l. n. 968/1977 sulla protezione e la tutela della fauna e della disciplina della caccia; il d.P.R. n. 479/1982 sulla qualità delle acque di balneazione; la l. n. 431/1985 sulla tutela del paesaggio; il d.P.R. n. 175/1988 sui rischi connessi con determinate attività industriali (la c.d. «direttiva Seveso»); la l. n. 183/1989, recante *Norme per il riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo*; le ll. nn. 9 e 10/1991 sulle fonti rinnovabili ed il risparmio energetico; la l. n. 257/1992, che ha bandito l'amianto; la l. n. 36/1994, sulla riorganizzazione delle risorse idriche (la c.d. *legge Galli*). L'elenco delle leggi in materia ambientale, ovviamente, potrebbe continuare. Qui conviene in particolare segnalare la l. n. 349/1986 (*Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale*), la quale, in quanto ha manifestato la volontà di affidare ad una complessa ed articolata struttura autoritativa l'effettiva protezione in via amministrativa dell'ambiente¹², si configura come un significativo «salto di qualità» nell'assunzione della protezione ambientale come obiettivo dell'attività delle istituzioni pubbliche¹³; e l'approvazione del d.P.R. n. 152/2006 (il c.d. *Codice dell'ambiente*), che si presenta come un tentativo rimarchevole, pur non privo di criticità e lacune, di procedere una codificazione di principi e regole in materia di tutela dell'ambiente¹⁴.

L'istanza di tutela dell'ambiente, emersa prepotentemente nell'ambito della giurisprudenza comune e della normazione in grado primario, non poteva non farsi spazio anche in seno al sistema costituzionale, in considerazione del rilievo appunto genuinamente costituzionale che si deve riconoscere alla galassia di interessi che a quella istanza afferiscono. E infatti già negli anni '80, pacificamente, la giurisprudenza della Corte costituzionale riconosceva la tutela dell'ambiente tra i principi accolti nel patrimonio della Carta fondamentale. Basti qui richiamare la sent. della Corte costituzionale n. 210/1987, ove si discorre di «una concezione unitaria del bene ambientale comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali», tale da

⁹ In proposito, v., tra gli altri, l'efficace sintesi offerta da A. Fricano, *Genesi e sviluppi di un diritto costituzionale all'ambiente*, in *Nomos*, 2, 2021, 1 ss.

¹⁰ V., al riguardo, in un'ampia letteratura, rispettivamente U. Salanitro, *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 472 ss.; G. Ranaldi, *Processo penale e reati ambientali: lineamenti fisiologici*, in F. Pastore (a cura di), *La tutela dell'ambiente. Un approccio multidisciplinare*, Roma, 2015, 235 ss.; M. Roversi Monaco, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza amministrativa. Profili ricostruttivi*, Bari, 2018, *passim*.

¹¹ V., al riguardo, G. Della Valentina, *Storia dell'ambientalismo in Italia: lo sviluppo insostenibile*, Milano, 2011, *passim*.

¹² Al riguardo, v. A. Fricano, *Genesi e sviluppi di un diritto costituzionale all'ambiente*, cit., 11 ss.

¹³ Seconda la magistrale lezione di M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, la predisposizione di una struttura organizzativa è già una prima forma di amministrazione.

¹⁴ Ad alcuni dei principi codificati nel c.d. *Codice dell'ambiente* si farà cenno di seguito nel testo.

comprendere «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 manifestazioni», e conseguentemente si ravvisa nella «salvaguardia dell'ambiente» un «diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività» (n. 4.5 del cons. in dir.)¹⁵. Rilevante appare anche la sentenza della Corte costituzionale n. 641/1987, nella quale si afferma che «l'ambiente è stato considerato un bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente o separatamente, oggetto di cura e di tutela; ma tutte, nell'insieme, sono riconducibili ad unità; ed anche che esso «è protetto come elemento determinativo della qualità della vita», in forza di «precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui assurge a valore primario e assoluto» (n. 2.2 del cons. in dir.)¹⁶.

La parabola di formalizzazione del principio di garanzia ambientale a livello super-primario non poteva che condurre infine al suo espresso riconoscimento in seno alla Carta costituzionale: ed è quanto si è venuto realizzando in due tappe. Nel 2001 l'ambiente ha fatto il suo ingresso nel testo costituzionale nel contesto di una riforma del riparto delle attribuzioni legislative tra Stato e Regioni delineato nel Titolo V: dunque, come materia, devoluta dall'art. 117, per taluni profili («tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali»), alla potestà legislativa statale di tipo esclusivo (c. 2, lett. s)), e, per altri profili («valorizzazione dei beni culturali e ambientali»), alla potestà legislativa concorrente (c. 3). Infine, nel 2022 il principio di tutela dell'ambiente è stato solennemente annoverato tra i valori fondamentali: infatti, la l. rev. cost. n. 1/2022 ha modificato l'art. 9 Cost., prevedendo, al c. 3, che la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni», e che «la legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»; inoltre, ha integrato il catalogo dei limiti imposti dall'art. 41, c. 2, all'iniziativa economica privata, aggiungendovi la menzione del «danno alla salute» e del «danno all'ambiente», nonché l'elenco dei fini in ordine ai quali può essere, mediante «programmi e controlli opportuni» determinati dalla legge, «indirizzata e coordinata» l'attività economica pubblica e privata con il riferimento ai «fini ambientali» (c. 3)¹⁷. Riguardo a tale riforma, approvata alla conclusione della scorsa Legislatura, conviene in primo luogo evidenziare come attraverso tale novella della Carta repubblicana si sia per la prima volta inciso formalmente sulle disposizioni relative ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, che la stessa Corte costituzionale ha qualificato come «limiti assoluti al potere di revisione costituzionale», in quanto «appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»¹⁸. E non è mancata qualche voce dottrinale che ha prospettato per tale ragione l'illegittimità costituzionale della revisione operata dalla l.

¹⁵ Evidente, nel passaggio da ultimo riportato, il riferimento al tenore formale dell'art. 32 Cost., relativo al diritto alla salute.

¹⁶ In ordine alla controversa (e, come si è già accennato, complessa) questione dell'unitarietà della categoria in esame, osserva C. Postiglione, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 32, che «l'ambiente si presenta non come pluralità di interessi, ma come un interesse pubblico fondamentale della collettività nazionale».

¹⁷ Su tale legge, v., almeno, AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, 2022, ed *ini*, spec., A. Morrone, *L'«ambiente» nella Costituzione. Premesse di un nuovo «contratto sociale»*, R. Bifulco, *La legge costituzionale n. 1/2022: problemi e prospettive*, L. Casseti, *La riforma dell'art. 41 della Costituzione: modello economico e tutela dell'ambiente*, e M. Ramajoli, *Attività economiche, poteri pubblici e tutela dell'ambiente nel nuovo art. 41 della Costituzione*, rispettz. 104 ss., 153 ss., 172 ss.

¹⁸ Così, nella storica sentenza della Corte costituzionale n. 1146/1988 (n. 2.1 del cons. in dir.).

cost. n. 1/2022¹⁹. Ma è sufficiente al riguardo osservare che la legge di riforma degli artt. 9 e 41 Cost. sostanzialmente si configura, secondo quanto già rilevato, quale razionalizzazione normativa e formalizzazione a livello costituzionale (e nella sede propria!) di un lungo processo cui hanno a vario titolo preso parte tutti gli attori del sistema (Parlamento, Governo, magistratura, dottrina, forze sociali...): non sarebbe esagerato qualificare la novella costituzionale come «il precipitato» di quel lungo e multiforme processo²⁰. Inoltre, si può considerare che la revisione costituzionale si riferisce a questioni che nel presente contesto occupano davvero il cuore dell'agenda pubblica, non solo nazionale, e perciò esprime una «cifra» genuinamente costituzionale²¹. Infine, sembra davvero una forzatura ravvisare nella l. cost. n. 1/2022 un «sovvertimento» dei principi fondamentali o una «modifica del loro contenuto essenziale», tale da intaccare «l'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»²².

Quanto al merito delle modifiche introdotte nella Carta fondamentale repubblicana nello scorcio della scorsa Legislatura, sarà in questa sede sufficiente osservare che l'opzione assunta dal legislatore di menzionare distintamente, accanto al termine «ambiente», i termini «biodiversità» ed «ecosistemi», mantenendo peraltro il riferimento al «paesaggio» già presente nella formulazione originaria dell'art. 9 Cost.²³, si presenta del tutto coerente con il carattere multiforme ed articolato che appartiene alla categoria in esame; la scelta di porre in evidenza i diversi profili (o alcuni dei molteplici profili) nei quali si articola la categoria «ambiente» vale a manifestarne a livello anche formale (ed in sede di testo costituzionale) la complessità, peraltro adottando concetti largamente presenti nella prassi giuridica (anche a livello sovranazionale ed internazionale)²⁴.

Ancora con riguardo alla portata della recente novella costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost. giova rilevare che l'inserimento dell'istanza di tutela ambientale nell'ambito dell'art. 9 Cost., affidandone alla «Repubblica», cioè a tutte le pubbliche istituzioni (e, in qualche modo, a tutti i soggetti del sistema) l'implementazione storica e positiva, «rende assolutamente inequivoca la scelta del legislatore di revisione di accogliere la configurazione dell'interesse alla tutela

¹⁹ T. E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it – paper*, 16, 2021.

²⁰ Anche se non senza «omissioni» e «lacune», ad avviso di M. Cecchetti, *La disciplina sostanziale della tutela dell'ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un'analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Istituz. Fed.*, 4, 2022, 798, secondo il quale tale revisione si configura «come un risultato di portata alquanto limitata e, perciò, in buona sostanza, più come un'occasione persa che come un effettivo ed 'epocale' passo in avanti che possa rivelarsi, in sé e per sé, davvero decisivo per il futuro delle politiche ambientali»; ad avviso di tale A., sarebbero stati auspicabili ulteriori specificazioni di «natura sostanziale» e di «natura formale-procedimentale», che «risulterebbero più che mai indispensabili in questa materia per 'giuridicizzare' adeguatamente la discrezionalità politica» (*ivi*, 819). Sull'inutilità della novella dell'art. 9 Cost., in quanto meramente riproduttiva di un precetto già vigente e incontestato, v. G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *giustiainsieme.it*, 22 settembre 2021, 5.

²¹ Significativamente, al riguardo, osserva A. Morrone, *Fondata sull'ambiente*, in *Istituz. Fed.*, 4, 2022, 783, che «la novella costituzionale ha intercettato un trend diffuso. Le crisi del Terzo Millennio, infatti, hanno reso evidente che il destino dell'umanità, nell'età dell'antropocene, è riscrivere i contenuti del patto di convivenza politica, sulla base di un diverso rapporto tra uomo, natura economia»; in proposito, in una prospettiva filosofica, v. A. Lo Giudice, *Antropocene e giustizia climatica. L'importanza di un'etica della responsabilità*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2, 2020, 109 ss.

²² Così M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche) innovativa e molte lacune*, cit., 309.

²³ E che nella magistrale interpretazione offerta da A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Id.*, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1968, e *Id.*, voce *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 503 ss., era divenuta la categoria presente nella Carta fondamentale utile a veicolare in seno al sistema costituzionale le istanze di tutela dell'ambiente.

²⁴ In questi termini, ancora M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche) innovativa e molte lacune*, cit., 300-301.

ambientale come ‘valore costituzionale’, ossia come ‘principio fondamentale’ a carattere oggettivo e affidato alla cura di apposite ‘politiche pubbliche’, scongiurandone, per ciò stesso, il rischio di una qualificazione giuridica in termini di situazione soggettiva e, in particolare, di farne l’oggetto di un ‘diritto fondamentale’ a contenuto onnicomprensivo»²⁵. In conclusione di questa rapida (anzi, del tutto sommaria...) ricostruzione del processo di emersione dell’esigenza di protezione dell’ambiente nell’ambito dell’ordinamento del nostro Paese, si intende avanzare un’osservazione di stampo propriamente teorico: la parabola di costituzionalizzazione di tale esigenza si configura come una palmare (si direbbe, esemplare) conferma non solo della dialettica tra atto (la Carta costituzionale) e processo (di implementazione dei valori costituzionali) che plasma e connota il sistema costituzionale, ma anche della natura circolare che ne qualifica la dinamica²⁶. L’istanza di tutela dell’ambiente, emersa nella prassi economica e sociale, si è manifestata, e – per così dire – imposta, prima nella coscienza sociale, animando il movimento ambientalista, e successivamente nella giurisprudenza comune; quindi, si è attivato il legislatore ordinario, che ha provveduto a porre molteplici normative in garanzia di interessi di carattere ambientale, ed ha istituito un apparato burocratico destinato appunto alla protezione degli stessi; infine, se ne è registrato l’ingresso nella Carta costituzionale, prima come materia, poi come principio fondamentale. Ed è appena il caso di evidenziare come ogni stadio ed ogni manifestazione di tale parabola abbia concorso ad alimentare il multiforme ed articolato processo di implementazione e invero positivo del principio di tutela ambientale: avremo presto modo di verificare l’incidenza sul piano politico-istituzionale e nella sfera economico-sociale della recentissima revisione, che perciò si caratterizzerà (inevitabilmente) non soltanto come «revisione bilancio», ma anche (ed in misura e forme oggi ancora non prevedibili), come «revisione programma»²⁷.

3. L’ambiente come valore costituzionale: la polarità tra universo giuridico-formale e dimensione fattuale. In realtà, la peculiare congenialità adesso evidenziata tra il principio di tutela dell’ambiente e la polarità dialettica tra atto (statico) e processo (dinamico), che attraversa e caratterizza la dimensione costituzionale, si presenta come uno dei tratti che rendono tale principio (pur assente nella Carta repubblicana del 1948) quasi paradigmatico rispetto alla complessiva conformazione del modello di Stato costituzionale²⁸. In realtà, proprio i suoi connotati già richiamati (multidimensionalità, complessità, mutevolezza) non risultano affatto estranei alla caratterizzazione di molti (se non di tutti i...) principi

²⁵ M. Cecchetti, *La disciplina sostanziale della tutela dell’ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un’analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., 806-807. È appena il caso di esplicitare che quanto osservato nel testo non esclude affatto che singoli profili riconducibili al valore ambientale possano, ricorrendone le condizioni positivamente previste, essere tutelati come diritti (o comunque interessi giuridicamente protetti) imputabili tanto a singoli quanto a soggetti collettivi.

²⁶ La fortunata espressione «Costituzione processo» si deve a P. Häberle, di cui v. *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlino, 1978 e *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Resenbourg, 1980. Nella letteratura italiana relativa alla categoria della Costituzione-processo, si menziona anche A. Spadaro, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 1998, 416 ss., nonché, volendo, L. D’Andrea, *Il progetto di riforma tra Costituzione-atto e Costituzione-processo*, in AIC (a cura di), *La riforma costituzionale*, Padova, 1999, 97 ss. e Id., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 288 ss.

²⁷ In proposito, v. M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell’ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, cit., 298. Osserva A. Morrone, (*Fondato sull’ambiente*, cit., 784) che in ordine alla riforma costituzionale del 2022 «le opinioni si dividono lungo l’asse della ricognizione e dell’innovazione».

²⁸ Sul modello di Stato costituzionale, si segnala soltanto P. Häberle, *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005 e, nella letteratura italiana, l’ormai classico G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992.

fondamentali dell'ordinamento costituzionale; per non dire della relazionalità, afferente – come si è già rilevato – alla stessa identità dello stesso concetto di «ambiente», che in realtà profondamente caratterizza e qualifica lo «statuto» dei valori costituzionalmente sanciti in quanto tali²⁹.

Un altro carattere che fortemente connota e qualifica l'istanza di protezione dell'ecosistema, e che non manca di ricorrere in tutti i principi costituzionali, se non altro in ragione della peculiare apertura semantica riscontrabile nelle disposizioni che ne rappresentano la formulazione positiva, è ravvisabile nella trasversalità: è praticamente impossibile confinare la disciplina (e, in generale, le misure di protezione) degli interessi attinenti alla tutela dell'ambiente all'interno di una specifica competenza o di una materia rigorosamente distinguibile dalle altre. Piuttosto, come bene ha evidenziato il giudice delle leggi, «l'evoluzione legislativa e la giurisprudenza costituzionale portano ad escludere che possa identificarsi una 'materia' in senso tecnico, qualificabile come 'tutela dell'ambiente', dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale e rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze. In particolare, dalla giurisprudenza della Corte antecedente alla nuova formulazione del Titolo V della Costituzione è agevole ricavare una configurazione dell'ambiente come 'valore' costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia 'trasversale', in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale» (Corte cost., sentenza n. 407/2002, n. 3.2 del cons. in dir.). E non è senza significato che nell'ordinamento dell'Unione europea soltanto delle «esigenze connesse con la tutela dell'ambiente» si richieda l'integrazione «nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile» (art. 11 TFUE); e che anche nella Carta dei diritti fondamentali di Nizza/Strasburgo si statuisca che «un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile» (art. 37).

La peculiare trasversalità adesso evidenziata dell'istanza di protezione ambientale finisce per enfatizzare la necessità che i pubblici poteri, per rispondervi adeguatamente (cioè, «in termini sistemici»), operino delicate operazioni di bilanciamento tra interessi, di pari rilievo costituzionale, confliggenti in ordine all'assetto da assicurare alle diverse fattispecie; e non è affatto da escludere che si debba procedere ad una equilibrata ponderazione di esigenze parimenti riconducibili alla complessa «galassia ambientale». In generale, la protezione dell'ambiente, così come, del resto, ogni principio di rango costituzionale, si traduce nell'esigenza che l'esercizio delle pubbliche funzioni («di tutte le pubbliche funzioni») risulti idoneo a garantire una tutela degli interessi coinvolti che sia ad un tempo «effettiva e bilanciata»³⁰. E tale bilanciamento è sempre necessario, quali che siano gli interessi di volta in

²⁹ Sia consentito, riguardo al carattere intrinsecamente relazionale (con la sfera fattuale, e tra di loro) che appartiene ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, richiamare L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 215 ss.

³⁰ Se si vuole, in proposito, si rimanda ancora a L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit. In particolare, sulla sindacabilità dell'attitudine della legislazione ad offrire *effettiva* protezione agli interessi di natura ambientale, si segnala la sent. Corte EDU, sez. I, causa *Cordella e altri v. Italia*, 24 gennaio 2019, annotata da L. Geninatti Satè, *La tutela dell'ambiente come strumento necessario per la protezione dei diritti individuali e il sindacato giurisdizionale sulla sua adeguatezza*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2019, 235 ss. Sulla necessità (ma anche sulla difficoltà...) di bilanciare la tutela dell'ambiente, la garanzia della salute e le esigenze di equilibrio di bilancio, v. L. Busatta, *Dal mancato rispetto delle politiche europee per la qualità dell'aria ai diritti delle generazioni future: come conciliare salute, economia e ambiente?* [nota a Corte Giust., Grande Sezione, sentenza del 10 novembre 2020, *Commissione v.*

volta confliggenti: nessuno di essi può vantare una pretesa di assolutezza o (tantomeno) una posizione di superiorità gerarchica rispetto agli altri. Infatti, come si afferma nella sentenza della Corte costituzionale n. 85/2013, la Costituzione italiana (come del resto tutte le costituzioni pluralistiche contemporanee) «richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretesa di assolutezza per nessuno di essi.[...] Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale» (n. 9 del cons. in dir.).

Dunque, la Corte rimarca l'esigenza di individuare (da parte del «legislatore nella statuizione delle norme» e del «giudice delle leggi in sede di controllo») «un punto di equilibrio» che, «proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo», si configuri conforme ai «criteri di proporzionalità e di ragionevolezza». Una simile esigenza può essere soddisfatta soltanto se tra l'universo giuridico-formale e la dimensione fattuale si mantenga sempre aperta una feconda polarità dialettica, che incessantemente ne alimenti relazioni osmotiche: infatti, in tanto la ponderazione degli interessi potrà connotarsi come equilibrata, in quanto essa tenga adeguatamente conto del contesto fattuale complessivo, ed anche delle peculiarità dei differenti casi concreti cui le disposizioni normative debbano essere applicate. Perciò, tali inesauribili flussi dinamici plasmano e costantemente ridefiniscono la fisionomia dell'intero ordinamento: ciò significa riconoscere la portata propriamente normativa che nei sistemi costituzionali contemporanei deve ascriversi al principio di effettività, inteso come manifestazione – per così dire, sintetica – dell'attitudine prescrittiva della sfera fattuale³¹. E, si può aggiungere, una significativa conferma della necessità che, nella fisiologica dinamica del sistema, si mantenga sempre aperta la relazione dialettica tra diritto (in senso formale) e fatto (nell'accezione più ampia) può cogliersi nell'ormai nutritissimo filone della giurisprudenza costituzionale che dichiara l'illegittimità degli automatismi legislativi, cioè di fattispecie legislative troppo rigide e carenti di flessibilità rispetto alla concretezza delle vicende sociali (si direbbe, sorde rispetto alla voce espressa dai fatti): infatti, il vizio di costituzionalità sanzionato dal giudice delle leggi si risolve appunto nell'incapacità delle scelte assunte dal legislatore di mantenere aperto il canale di dialogo tra fattispecie generale ed astratta e casi concreti, perciò impedendo alla dimensione fattuale di assolvere il ruolo di parametro rispetto all'esercizio delle funzioni di *legis executio* che nel sistema le appartiene³². Ma se la necessità di relazione tra il sistema giuridico (e dunque le pubbliche istituzioni) e la sfera dell'esperienza appartiene alla fisiologia dell'ordinamento complessivo, pure si rileva che il dialogo tra diritto e fatto, quale si rivela e si offre attraverso i dati offerti dalla scienza

Italia, C-644/18], in *Corti supreme e salute*, 1, 2021, 21 ss., la quale rileva come la Corte di Lussemburgo richiami l'esigenza di valutare, in tale opera di bilanciamento, non solo gli interessi del contesto sociale presente, ma anche le esigenze delle generazioni future (*ivi*, 31).

³¹ Sulla portata di tale principio nella ricostruzione (non solo sul terreno teorico, ma anche sul piano dogmatico) del fenomeno giuridico, sia permesso segnalare L. D'Andrea, voce *Effettività*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 2118 ss.; vi è espressa la tesi secondo cui tale noto brocardo non si riferisce, semplicemente, al «fatto» storicamente individuato da cui ha avuto origine un determinato sistema positivamente vigente (cioè il potere, o il fatto, costituente, secondo una terminologia che è familiare al pensiero costituzionalistico), ma piuttosto esprime – con formidabile sintesi – l'«inesauribile processo osmotico» che si innesca «tra l'universo giuridico-formale e le dinamiche della convivenza organizzata» (*ivi*, 2121).

³² Sugli automatismi legislativi, v., per tutti, L. Pace, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma «astratta» e caso «concreto»*, Napoli, 2020 e, assai di recente, N. Vinai, *Sulla rotta di un «diritto del caso singolo»: la Consulta tra calcolabilità giuridica, discrezionalità, esigenze di giustizia (nota a Corte cost., sentenza n. 94/2023)*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 6, 2023.

e dalla tecnica, si presenta davvero incompressibile in ordine alla tutela dell'ambiente³³; del resto, appunto con riferimento al principio di tutela dell'ambiente, è stato osservato che «la forza normativa dei fatti, prima della scrittura giuridica, ha imposto un 'cambio di prospettiva' nei processi di decisione politica»³⁴. Riguardo al peculiare rapporto tra diritto e fatto in materia ambientale, basti qui richiamare l'art. 191 TFUE, che al c. 1 pone come obiettivo dell'UE in materia ambientale l'«utilizzo accorto e razionale delle risorse naturali», e al c. 3 richiede nella predisposizione della «politica in materia ambientale» europea di tenere conto, per un verso, delle peculiari «condizioni dell'ambiente nelle varie regioni dell'Unione», e, per altro verso, «dei dati scientifici e tecnici disponibili». E non sfugga che, attraverso il «principio di precauzione» (enunciato nel c. 2 dello stesso articolo³⁵), l'ordinamento dispone di un criterio (per quanto di non agevole applicazione) cui ricorrere nei casi nei quali la scienza non sia in grado di offrire certezze tali da univocamente orientare l'azione dei pubblici poteri, prefigurandone il risultato effettivo.

L'attitudine parametrica della sfera fattuale emerge con forza anche dalla prassi giurisprudenziale. Ancora recentemente il Consiglio di Stato, in relazione ad una dichiarazione di interesse culturale che vincolava un'area nella quale si era autorizzato un progetto produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, ha affermato che «la dichiarazione di interesse deve basarsi su di un solido e documentato apparato motivazionale», rimarcando che «la stessa, pur dovendosi informare a criteri generali e predeterminati (in ossequio al canone della trasparenza amministrativa) deve necessariamente tenere conto di considerazioni che si impongono caso per caso, [ben potendo la situazione concreta richiedere la maggiore (o minore) considerazione di alcuni criteri a discapito di altri]»³⁶.

In realtà, il principio di tutela dell'ambiente, ancora una volta confermando la sua piena congenialità alla fisionomia più genuina del costituzionalismo contemporaneo, non sopporta le dicotomie intorno alle quali si è strutturata la dogmatica giuridica ereditata dalla tradizione³⁷: vive soltanto all'interno della polarità dialettica tra fatto e diritto³⁸; in esso

³³ Sui rapporti tra sapere tecnico-scientifico e diritto, in generale, v., recentemente, A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018.

³⁴ A. Morrone, *Fondata sull'ambiente*, cit., 783. Anche ad avviso di G. Severini, «Paesaggio»: storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica, in *Aedon*, 1, 2019, 2, «il rapporto tra dimensione giuridica e dimensione extragiuridica [...] era e rimane tuttora intrinseco all'oggetto».

³⁵ L'art. 191, c. 2, TFUE statuisce che «la politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi di precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio 'chi inquina paga'».

³⁶ Cons. Stato, IV Sez., sentenza n. 8167/2022, n. 2.2 (tra parentesi quadre aggiunte).

³⁷ «Nel processo di ordinamento e di organizzazione del proprio campo d'indagine ogni disciplina tende a dividere il proprio universo di enti in due sottoclassi che sono reciprocamente esclusive e congiuntamente esaustive. Per designare il prodotto di questa operazione, che è un'operazione di classificazione, uso l'espressione 'grande dicotomia': così N. Bobbio, *La grande dicotomia* (1974), in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, pref. di M. G. Lozano, Roma-Bari, 2007, 122.

³⁸ Ha osservato G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 2 che lo sforzo del positivismo giuridico imperante nella seconda metà del XIX secolo e nella prima metà del XX secolo «di escludere dal campo della giuridicità ogni riferimento ad elementi di valutazione e di giudizio non deducibili dalle norme poste ed imposte dall'autorità detentrici del potere effettivo di comando, per quanto portato a livelli di elaborazione molto raffinati, può considerarsi oggi complessivamente fallito».

inestricabilmente intrecciati convivono politica e diritto, *legis latio* e *legis executio*, dimensione individuale e dimensione collettiva³⁹, pubblico e privato⁴⁰.

4. L'ambiente nell'ordinamento interlivello. L'attitudine della dimensione fattuale a concorrere alla conformazione complessiva del sistema giuridico si presenta come la radice di un'ulteriore connotazione del principio di tutela dell'ambiente, rappresentata dall'imprescindibile articolazione su una pluralità di livelli ordinamentali (internazionale, europeo, nazionale, regionale, locale). Non sembra in alcun modo forzato individuare la ragione ultima (o, se si muta la prospettiva, prima) di una simile caratterizzazione, che ulteriormente conferma la genuina congenialità del valore in esame al modello di Stato costituzionale, precisamente nella molteplicità di dimensioni degli interessi che a tale principio comunque afferiscono⁴¹: per fare soltanto un esempio, come potrebbe ristrutturarsi il settore (evidentemente, strategico...) della produzione energetica senza impegnare in tale direzione le relazioni internazionali e, ad un tempo, la pianificazione territoriale e la gestione dell'edilizia abitativa (si pensi alla relativa efficienza energetica, alle comunità energetiche...), che largamente compete ai Comuni, inevitabilmente passando per i differenti livelli ordinamentali intermedi⁴²? Anche da tale punto di vista si conferma la verità del brocardo latino, il quale, con formidabile ed icastica capacità di sintesi, racchiude il senso e l'ineludibile portata prescrittiva del già menzionato principio di effettività: *ex facto oritur ius*⁴³.

Del resto, la lettura dell'evoluzione storica delle forme di positivizzazione dell'istanza di protezione dell'ambiente mostra inequivocabilmente la rilevanza che vi hanno giocato il diritto internazionale, da una parte⁴⁴, e il processo di integrazione europea, dall'altra parte. Per quanto riguarda il primo, davvero innumerevoli sono le fonti convenzionali in materia di ambiente: qui si menziona soltanto qualche tappa particolarmente significativa, come la *Dichiarazione di Stoccolma* del 1972 (*Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*), o la *Dichiarazione di Rio* del 1992 (*Rio Declaration on Environment and Development*), ove il principio di sviluppo sostenibile diviene un fondamentale punto di riferimento in materia, imponendo all'approccio alle problematiche ambientali l'adozione di una prospettiva di lungo periodo, così da tenere conto dell'interesse delle generazioni future a godere di un

³⁹ Il Consiglio di Stato (Ad. Plen., n. 10/2019, n. 6.7), in una sentenza relativa alla possibilità di inquadramento del risarcimento da danno ambientale nel paradigma generale della responsabilità civile ex art. 2043 c.c., ha rilevato sul «generale piano sistematico la dimensione collettiva e superindividuale del danno all'ambiente, comprensivo di tutti i costi sociali conseguenti ad aggressioni dell'habitat naturale, consistenti in diseconomie esterne di produzione».

⁴⁰ «La distinzione tra sfera pubblica e privata è il risultato di una duplice tendenza del pensiero moderno. Da un lato, con l'affermazione dello Stato nazione e delle teorie della sovranità, comincia a definirsi l'idea di una sfera pubblica distinta e sovraordinata. Dall'altro, in reazione alle pretese delle monarchie e poi dei parlamenti di legiferare senza limiti e vincoli, si sviluppa, specularmente, la concezione di una sfera privata libera da ingerenze statali» (G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 5-6). In generale, sul rapporto tra pubblico e privato sul piano del diritto costituzionale, v. M. Fioravanti, *Pubblico e privato. I principi fondamentali della Costituzione*, Napoli, 2014, *passim*.

⁴¹ Sul carattere multivello della normativa (o, meglio, della *governance*) relativa alla tutela dell'ambiente, v., tra i tanti, D. Porena, *La protezione dell'ambiente tra Costituzione italiana e «Costituzione globale»*, Torino, 2009; A. Sterpa, *Le riforme costituzionali e legislative del 2014: quale futuro per la multilevel governance dell'ambiente?*, in F. Pastore (a cura di), *La tutela dell'ambiente. Un approccio multidisciplinare*, cit., 41 ss.

⁴² In proposito, tra gli altri, v. M. Bernardi, R. Miccù, *La diade «ambiente-energia» e lo sviluppo sostenibile: alla ricerca della «quadratura del cerchio»*, in M.A. Icolari (a cura di), *La tutela dell'ambiente al tempo della crisi pandemica*, cit., 89 ss.

⁴³ In ordine al principio di effettività, si rinvia alla nota 31.

⁴⁴ Sull'incidenza del diritto internazionale, e soprattutto della giurisprudenza della CEDU, sulla disciplina dell'ambiente, v. M. Ferrara, *La forma dell'ambiente. Un percorso tra scelte di politica costituzionale e vincoli discendenti dalla Cedu*, in *Istituz. Fed.*, 4, 2022, 851 ss., spec. 857 ss.

ecosistema non deteriorato: ed uno dei profili più significativi della revisione costituzionale è rappresentato precisamente dal riferimento all'«interesse delle generazioni future», e dunque dall'esigenza di muovere in direzione di uno «sviluppo sostenibile» e dell'adozione di scelte politiche orientate da un'adeguata attenzione agli effetti di lungo periodo⁴⁵. Proprio a partire dall'appuntamento di Rio del 1992 hanno preso avvio le conferenze internazionali sul clima, usualmente denominate COP, cioè Conferenze delle Parti, intese come Stati che hanno aderito alla Convenzione quadro dell'ONU sui cambiamenti climatici (i cc.dd. *Accordi di Rio*): fin qui i risultati conseguiti da tali numerose Conferenze non sono stati certo esaltanti, anzi neppure sufficienti, se è vero, come è vero, che le emissioni globali hanno continuato a crescere; ma, naturalmente, non possiamo (e non dobbiamo) spegnere la speranza che l'ormai imminente ventottesima sessione, che si terrà a Dubai, possa segnare un punto di svolta positiva in direzione di un efficace governo dei molteplici (e gravosi) problemi recati dal progressivo incedere del riscaldamento climatico⁴⁶.

Per quanto attiene all'ordinamento europeo, si sono già poste in evidenza talune delle disposizioni che qualificano il sistema dell'Unione europea sul terreno della tutela dell'ambiente (artt. 11 e 191-193 TFUE, art. 37 Carta dei diritti fondamentali di Nizza/Strasburgo). Adesso conviene osservare che il modello ordinamentale europeo «si rivela come uno dei più evoluti e all'avanguardia tra gli ordinamenti contemporanei per l'elaborazione e l'attuazione delle politiche di tutela dell'ambiente», sulla base di due «colonne portanti»: da una parte «da base giuridica di un'articolata «disciplina sostanziale» particolarmente specifica e analitica», e, da un'altra parte, «da particolare attenzione, sul piano formale, al «metodo di elaborazione e di attuazione delle politiche ambientali», con specifico riguardo alla costruzione di processi decisionali complessi, articolati e di lungo periodo, diversi a seconda dei contenuti degli atti da adottare e comunque pienamente adeguati e conformati alle peculiari esigenze istruttorie imposte da quei contenuti»⁴⁷.

Non certo casualmente la normativa recata dai Trattati istitutivi dell'Unione europea in tema di tutela dell'ambiente ha costituito un prezioso punto di riferimento per la disciplina nazionale in materia⁴⁸: così è stato non soltanto per i pregi ora evidenziati della specifica disciplina recata dal diritto primario dell'UE, ma anche in ragione del carattere «interlivello» dello spazio costituzionale europeo. Ancora una volta⁴⁹ avanzo la proposta di adottare una tale qualificazione per il costituzionalismo come positivamente si configura nel nostro continente, in luogo di quella usualmente utilizzata nel dibattito dottrinale (*multilevel*

⁴⁵ In proposito, tra gli altri, v. M. Luciani, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2, 2008, 145 ss.; C. Micciché, *Dallo sviluppo sostenibile all'ecologia integrale nel nome delle generazioni future*, in *Munera*, 1, 2021, 9 ss.; D. Porena, «Anche nell'interesse delle generazioni future». Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione, in *Federalismi.it*, 15, 2022, 121 ss. Al «principio dello sviluppo sostenibile» è dedicato l'art. 3-*quater* del c.d. «Codice dell'ambiente».

⁴⁶ Un appassionato appello all'assunzione in sede di COP28 di scelte coraggiose in direzione di «una decisa accelerazione della transizione energetica, con impegni efficaci che possano essere monitorati in modo permanente» è stato lanciato da Papa Francesco, nell'Esortazione apostolica *Laudate Deum*, 4 ottobre 2023 (il passo fedelmente riportato è al n. 54); *ivi*, al n. 60, si auspica che « quanti interverranno siano strateghi capaci di pensare al bene comune e al futuro dei loro figli, piuttosto che agli interessi di circostanza di qualche Paese o azienda ».

⁴⁷ In questi termini M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche) innovativa e molte lacune*, cit., 289-290.

⁴⁸ Si vedano le disposizioni di principio del c.d. *Codice dell'ambiente*.

⁴⁹ Per tale caratterizzazione dello spazio costituzionale europeo, sia consentito rimandare a L. D'Andrea, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, in L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, 306 ss.

constitutionalism)⁵⁰, perché ritengo che centrale nella connotazione dell'ordinamento europeo sia non tanto la mera pluralità di livelli ordinamentali, quanto piuttosto le costanti relazioni che reciprocamente ne plasmano le identità costituzionali e ne orientano le dinamiche. La marcata incidenza del diritto – per così dire – sovrastatale (internazionale ed europeo) non può in alcun modo indurre a sottovalutare la portata del potere statale in ordine alla garanzia degli equilibri eco-sistemici. E così è non soltanto in considerazione del decisivo ruolo assolto dagli Stati, sia in senso all'ordinamento internazionale, sia nell'ambito del sistema dell'UE, specialmente quando questa opera secondo il metodo intergovernativo, che evidentemente si incardina sui rapporti tra gli Esecutivi nazionali; ma anche in ragione delle funzioni devolute allo Stato in ordine alla garanzia dell'unità dell'ordinamento, in sistemi che riconoscono al loro interno spazi non certo irrilevanti di autonomia devoluta ad enti territoriali. Ed non può sfuggire ad alcuno la rilevanza ed anche la complessità di tale compito affidato all'apparato statale, considerando la trasversalità dell'istanza di protezione dell'ambiente e l'esigenza di procedere a delicate e non astrattamente predeterminabili operazioni di bilanciamento di molteplici interessi (almeno potenzialmente) confliggenti. Paradigmatica riguardo alle funzioni statali di tutela dell'unità del sistema con riferimento appunto alla materia ambientale si presenta la sentenza della Corte costituzionale n. 307/2003, ove si afferma che «la 'tutela dell'ambiente', più che una 'materia' in senso stretto, rappresenta un compito nell'esercizio del quale lo Stato conserva il potere di dettare *standard* di protezione uniformi validi in tutte le Regioni e non derogabili da queste» (n. 5 del cons. in dir.)⁵¹; e quindi si statuisce che la determinazione dei valori-soglia relativi all'esposizione a capi, elettrici, magnetici ed elettromagnetici operata dal legislatore statale, non derogabili dalle leggi regionali nemmeno in senso più restrittivo, «rappresenta il punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l'impatto delle emissioni elettromagnetiche, e di realizzare impianti necessari al paese, nella logica per cui la competenza delle Regioni in materia di trasporto dell'energia e di ordinamento della comunicazione è di tipo concorrente, vincolata ai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato» (n. 7 del cons. in dir.)⁵². Evidentemente, il riconoscimento di un ruolo «forte» dello Stato (anche) in ordine alla protezione ambientale non può comprimere oltre misura le prerogative degli enti autonomi, anch'esse di sicuro rango costituzionale. In un ordinamento autonomistico, la fisiologia del sistema riposa su di un (inevitabilmente faticoso e flessibile) equilibrio tra garanzia dell'unità

⁵⁰ La locuzione «*multilevel constitutionalism*» è stata coniata da I. Pernice, *Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, 703 ss.; in proposito, v. tra gli altri, P. Bilancia, F. G. Pizzetti (a cura di), *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004; C. Pinelli, *Multilevel constitutionalism e principi fondativi degli ordinamenti sopranazionali*, e R. Arnold, *Multilevel constitutionalism e principi fondativi degli ordinamenti sopranazionali*, in P. Bilancia (a cura di), *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur*, Milano, 2006, rispettivamente 11 ss. e 21 ss.; A. D'Atena, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Torino, 2007, *passim*.

⁵¹ Aggiungendo la Corte nel passaggio immediatamente seguente che «ciò non esclude affatto la possibilità che leggi regionali, emanate nell'esercizio della potestà concorrente di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione, o di quella 'residuale' di cui all'art. 117, quarto comma, possano assumere fra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale».

⁵² A conferma dell'intreccio di competenze materiali che – almeno in qualche misura – afferiscono alla materia dell'ambiente, perciò caratterizzata da una marcata complessità strutturale, giova riportare la conclusione cui la Corte perviene nel n. 7 del cons. in dir. di cui si è riportato nel testo il passaggio più significativo: «tutt'altro discorso è a farsi circa le discipline localizzative e territoriali. A questo proposito è logico che riprenda pieno vigore l'autonoma capacità delle Regioni e degli enti locali di regolare l'uso del proprio territorio, purché, ovviamente, criteri localizzativi e *standard* urbanistici rispettino le esigenze della pianificazione nazionale degli impianti e non siano, nel merito, tali da impedire od ostacolare ingiustificatamente l'insediamento degli impianti».

del sistema e tutela del pluralismo (anche) territoriale⁵³. La disciplina recata dalla legislazione italiana (e segnatamente dal c.d. *Codice dell'ambiente*) incardina le relazioni tra Stato, Regioni ed enti locali (e, dunque, il gioco tra istanza unitaria e valore del pluralismo e della differenziazione) intorno a due principi, naturalmente di sicuro livello costituzionale: il principio di sussidiarietà⁵⁴ ed il principio di leale cooperazione⁵⁵.

L'art. 3-*quinqes*, d. lgs. n. 152/2006 (il c.d. *Codice dell'ambiente*), rubricato appunto «Principio di sussidiarietà e di leale cooperazione», prevede che «lo Stato interviene in questioni involgenti interessi ambientali ove gli obiettivi dell'azione prevista, in considerazione delle dimensioni di essa e dell'entità dei relativi effetti, non possano essere sufficientemente realizzati dai livelli territoriali inferiori di governo o non siano stati comunque effettivamente realizzati» (c. 3), e che «il principio di sussidiarietà di cui al comma 3 opera anche nei rapporti tra regioni ed enti locali minori» (c. 4)⁵⁶.

Ai nostri fini, giova porre in evidenza come la conformazione del principio di sussidiarietà ci riconduca puntualmente alle coordinate che fin qui sono emerse in rapporto all'esigenza di offrire un'adeguata tutela dei beni ambientali. In primo luogo, si può agevolmente considerare che la sussidiarietà spinge in direzione della valorizzazione del valore autonomista, senza lasciare priva di protezione l'istanza unitaria: infatti, essa richiede la dislocazione delle funzioni pubbliche a favore dell'ente più vicino ai cittadini (e perciò meno distante dagli interessi da soddisfare), finché si palesi idoneo a garantire adeguata protezione a tali interessi. Dunque – ed anche questo sembra assai significativo, nella prospettiva qui adottata – non si dà rispetto del principio di sussidiarietà senza la costante conformazione dell'esercizio delle funzioni pubbliche all'esigenza di assicurare sul terreno dell'effettività un adeguato livello di tutela degli interessi giuridicamente rilevanti. Anzi, a ben vedere, è precisamente l'attitudine ad offrire una congrua tutela agli interessi dei cittadini a configurarsi

⁵³ Al riguardo, v., per tutti, A. Vuolo, *L'ambiente e il problematico assetto delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Nomos*, 3, 2021, 1 ss., e G. Marazzita, *La riforma degli articoli 9 e 41 anche nel rapporto fra Stato e Regioni*, in *Istituz. Fed.*, 4, 2022, 875 ss.; per un quadro comparatistico, v. P. Bilancia, *Le Regioni e l'ambiente: elementi comparati nel costituzionalismo europeo contemporaneo*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2019, 331 ss.

⁵⁴ Sul principio di sussidiarietà, in una letteratura ormai amplissima, qui ci si limita a segnalare P. Caretti, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, 1993, 16 ss.; G. Strozzi, *Il principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 59 ss.; A. Spadaro, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 1058 ss.; A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999; P. Ridola, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica*, in A.A. Cervati, S. P. Panizza, P. Ridola, (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001, 194 ss.; A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, 13 ss.; G. U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, E. Ferrari, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, C. Marzuoli, *Istruzione e «Stato sussidiario»*, in *Dir. pubbl.*, 2002, rispet. 5 ss., 51 ss., 99 ss., 117 ss.; G. Lombardi, L. Antonini, *Principio di sussidiarietà e democrazia sostanziale: profili costituzionali della libertà di scelta*, in *Dir. soc.*, 2003, 155 ss.; A. Moscarini, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, 2003; C. Millon-Delsol, *Il principio di sussidiarietà* (1993), Milano, 2003; L. Ventura (a cura di), *Autonomia e sussidiarietà. Vicende e paradossi di una riforma infinita*, Torino, 2004; V. Baldini, *Sussidiarietà e diritti*, Napoli, 2007; AA. VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2015; G. Macdonald, *Sussidiarietà orizzontale. Cittadini attivi nella cura dei beni comuni*, Roma, 2018; nonché, volendo L. D'Andrea, *Il principio di sussidiarietà tra radice personalistica e funzione conformativa del sistema normativo*, in *Istituz.*, 2, 2011, 249 ss.

⁵⁵ Sul quale, v., soltanto, C. Bertolino, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Torino, 2007; S. Agosta, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, 2008; A. Bartolini (a cura di), *Il principio della leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Torino, 2018.

⁵⁶ La stessa disposizione, al II comma, statuisce che «le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano possono adottare forme di tutela giuridica dell'ambiente più restrittive, qualora lo richiedano situazioni particolari del loro territorio, purché ciò non comporti un'arbitraria discriminazione, anche attraverso ingiustificati aggavi procedurali».

come autentica radice della stessa titolarità della pubblica funzione; per tale via il principio di sussidiarietà si traduce nell'istanza di porre in inesauribile rapporto la dimensione istituzionale e la sfera dell'esperienza comunitaria, l'universo degli atti giuridici e le concrete vicende sociali.

Infine, conviene rilevare che il principio di sussidiarietà non si risolve in un criterio in forza del quale individuare il soggetto chiamato di volta in volta ad esercitare il pubblico potere, ma spinge piuttosto a strutturare l'assetto dell'organizzazione autoritativa in forma reticolare, richiedendo ad ogni livello – per così dire – «più alto» di favorire e sostenere l'autonomia dei soggetti (privati e pubblici) di livello «inferiore» (art. 118 Cost.)⁵⁷. Una simile istanza può trovare adeguato appagamento solo se le relazioni tra i diversi soggetti comunque appartenenti all'organizzazione dei pubblici poteri sono improntate al principio di leale cooperazione; e si può in questa sede sottolineare, con peculiare riferimento alla problematica ambientale, che appunto tale principio consente di governare l'intreccio di interessi, competenze, responsabilità che in vario modo all'ambiente afferiscono, come è costantemente osservato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale⁵⁸.

5. La fiscalità come misura valida per la realizzazione di un ambiente salubre. Come già osservato nella prima parte del saggio, il gran numero di interventi (anche di *soft law*) assunti a livello internazionale – uno per tutti l'*Agenda ONU 2030*, anticipata nei contenuti dalle parole di Papa Francesco a proposito del bisogno di un'ecologia integrale – ed a livello europeo – con la fissazione della neutralità carbonica – rivela l'interesse per la tutela dell'ambiente da parte di tutti i livelli di governo. Seguendo gli auspici del premio Nobel *Stiglitz* a proposito della necessità di varare politiche rivolte alla sostenibilità come unico rimedio per fronteggiare le diverse crisi e le dipendenze dalle energie da fonti fossili⁵⁹, il cammino verso la transizione ecologica involge a considerare i «funzionamenti» che nascono dall'esercizio del potere sul bene comune in questione e non solo dalla mera astensione dallo stesso. In un discorso molto ampio, in seno al quale l'istanza di tutela ambientale rappresenta

⁵⁷ «La struttura organizzativa dello stato liberal-democratico è tutta una rete di sussidiarietà, per la sola ragione che non vi è istituzione che non debba completarsi nell'altra, pena la caduta dell'intero edificio. Ogni soggetto ed ogni organo pubblico vive l'atmosfera del tutto e perciò si completa nell'insieme. Ciò accade sia nell'esperienza dello stato accentrato ed articolato gerarchicamente, sia nello stato che fa spazio alle autonomie ed è composto secondo un impianto di tipo federale. È nell'organizzazione stessa la sussidiarietà, e un po' colpisce che non se ne dimostri sempre adeguata contezza» (G. Berti, *Principi del diritto e sussidiarietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, XXXI, 2002, 388).

⁵⁸ Ad esempio, nella sentenza della Corte costituzionale n. 240/2020, n. 2.2 del cons. in dir., il giudice delle leggi afferma «la necessità di assicurare il pieno coinvolgimento degli organi statali deriva proprio dalla commistione di competenze diverse di cui sono titolari lo Stato e le regioni e dall'esistenza di un interesse unitario alla tutela del paesaggio (*ex plurimis*, Corte cost., sentt. nn. 86 del 2019, 178, 68 e 66 del 2018). L'affermato obbligo di ricorrere a procedure di leale collaborazione deriva, quindi, dalla circostanza che si è in presenza di un complesso quadro di competenze amministrative (oltre che legislative) statali e regionali, le quali devono essere esercitate armonicamente». Altrove (Corte cost. sent. n. 164/2021), la Corte ha riconosciuto che, pur essendo necessario che restino inequivocabilmente attribuiti allo Stato, ai fini della tutela, la disciplina e l'esercizio unitario delle funzioni destinate alla individuazione dei beni costituenti il patrimonio culturale nonché alla loro protezione e conservazione» (n. 9.2 del cons. in dir.), «nulla vieta alla legislatore statale di coinvolgere le Regioni nella funzione amministrativa di identificare i beni [paesaggistici, nella fattispecie] degni di tutela, tanto più che si tratta di un compito logicamente e giuridicamente distinto, ma senza dubbio preliminare, e perciò connesso, a successivi interventi di valorizzazione, che rientrano nella competenza concorrente» (n. 9.3 del cons. in dir.): evidente qui si manifesta il legame tra coesistenza di competenze legislative diverse e il principio di leale cooperazione, anche sul versante amministrativo.

⁵⁹ Le parole di *Stiglitz* a favore di una transizione che deve puntare anche a ridurre le disuguaglianze globali tra Nord e Sud sono riprese dalla sua intervista *Un mondo più equo la sostenibilità punti sull'economia*, apparsa su *Il Sole 24 ore* del 9 novembre 2023.

il germe da cui nasce un'economia sostenibile, la strada seguita dall'Unione europea con il *Next Generation Eu* e successivamente rafforzato dal *Fit for 55* impone una rivoluzione del modello economico, politico e sociale che non preclude alla fiscalità. Anzi, in senso nettamente contrario e sfruttando l'accresciuto ruolo extrafiscale della leva impositiva, puntare alla definizione di una tassazione ambientale può rappresentare un punto di svolta per raggiungere l'obiettivo di frenare il cambiamento climatico e contestualmente evitare concentrazioni della ricchezza nelle mani di pochi, migliorando le condizioni degli svantaggiati.

Nella consapevolezza che non può esistere una sola via verso la giustizia fiscale organizzata secondo una logica sistematica e non occasionata da interventi contingenti, spesso meramente a carattere incentivante dell'uso di determinate fonti o di comportamenti, peraltro non sempre non nocivi, tale tassazione può, oltre alla tutela del valore, contribuire, da un lato all'aumento dell'integrazione europea, nel verso di una sostanziale riforma dell'assetto politico-giuridico, dall'altro in Italia aiutare alla decisione di quale forma di federalismo attuare, se cooperativo o competitivo.

Affinché questo scenario si realizzi è però necessaria la previsione di un valido presupposto ambientale da tassare, che esemplifichi anche il rapporto virtuoso tra fattore ambientale e attività sostenibile, superando così anche la triste situazione di partenza in cui versano siffatti prelievi. Da sempre relegati ai margini dell'ordinamento tributario, per cui anche nello studio della materia sono sempre stati considerati di marginale importanza⁶⁰, la scarsa stima che sinora li ha contraddistinti nel panorama scientifico è sicuramente imputabile all'assenza di un paradigma ordinatore. In particolare, i tributi a tutela dell'ambiente mancano da sempre di un oggetto ambientale, ovvero di un indice rivelatore della ricchezza che tragga origine nell'uso dell'ecosistema, almeno secondo i canoni effettivi di misurazione economica della capacità contributiva tradizionalmente accolti. Non a caso nel collegamento con tutti quelli conclamati (come il reddito o il consumo) non sempre si riesce a giustificare ai sensi dell'art. 53 Cost. la tassazione: si consideri il caso delle emissioni nocive: c'è una sorta di contrasto

⁶⁰Dopo primi sporadici interventi incentrati sul ritrovamento della capacità contributiva nella fattispecie ambientale, v. R. Perrone Capano, *L'imposizione l'ambiente*, in AA.VV., *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. Amatucci, vol. I, t. 1, Padova, 1994, 449 ss; P. Selicato, *I tributi e l'ambiente: profili ricostruttivi*, in F. Picciaredda, P. Selicato, *I tributi e l'ambiente*, Milano, 1996, *passim*; la letteratura tributaristica opera l'importante distinzione tra tributi ambientali in senso proprio, che contengono l'unità fisica inquinante nella fattispecie, e tributi ambientali funzionali, in cui la tutela ambientale è presente solo nella destinazione. In particolare la distinzione è frutto degli studi di F. Gallo, F. Marchetti, *I presupposti della tassazione ambientale*, *Rass. Trib.*, n. 1/1999, 115 ss. Da allora, la disciplina ha mostrato particolare interesse per la fiscalità ambientale e per i rilievi economici dell'ambiente salubre al punto che gli studi si sono avvicendati copiosamente in concomitanza con evidenze fattuali importanti e con provvedimenti, emanati anche da organi non governativi. Accomunati dal desiderio di una classificazione alla luce dei parametri fondanti l'ordinamento tributario e in particolare dal desiderio di ritrovare un presupposto ambientale, ovvero una sorta di capacità contributiva inquinante, segue, senza la pretesa di essere completa, la citazione della bibliografia in materia; F. Gallo, *Profili critici della tassazione ambientale* in *Rass. Trib.* 2010, 303 ss.; R. Alfano, *I tributi ambientali. Profili interni e europei*, Torino, 2012, *passim*; S. Dorigo, P. Mastellone, *La fiscalità per l'ambiente*, Roma, 2013, *passim*; L. Peverini, *I tributi ambientali* in L. Salvini, G. Melis (a cura di), *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, Padova, 2014, 719 ss.; A. Buccisano, *Fiscalità ambientale tra principi europei e costituzionali*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2016, I, 590 ss.; V. Ficari (a cura di), *I nuovi elementi di capacità contributiva. L'ambiente*, Roma, 2016, *passim*; A. Di Pietro (a cura di), *La fiscalità ambientale in Europa*, Bari, 2016, *passim*; A. F. Uricchio, *I tributi ambientali e la fiscalità circolare*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2017, I, 1849 ss.; S. Cannizzaro, *Spunti di riflessione sulla possibile introduzione di aliquote IVA ridotte per beni e servizi «verdi»*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2, 2017, 315 ss.; M.A. Icolari, *Per una dogmatica dell'imposta ambientale*, Napoli, 2018, *passim*; M. Basilavecchia, *La tutela ambientale: profili tributari*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 4, 2019, 753 ss.; M. Aulenta, *Ambiente: piccoli tributi crescono*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 1, 2020, 71 ss.; S.A. Parente, *Tassazione ambientale e politiche d'intervento: principi, rimedi e forme di prelievo. Parte prima*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 3, 2020, 623 ss.

con la capacità contributiva, poiché l'aria non si consuma⁶¹. L'assenza di un valido parametro informatore, se per un verso è stata causa della scarsa importanza per anni della tassazione ambientale, per altro verso ha però fornito l'alibi per la moltiplicazione di tali prelievi, più per l'obiettivo degli equilibri di bilancio che non per tutelare il valore. Questo fenomeno è stato ancora più acuito dalla scelta europea di attuare il *Fiscal compact* razionalizzando la spesa pubblica, per cui, dopo la revisione dell'art. 81 Cost., è toccato alla Corte Costituzionale il compito arduo di far convivere i tagli con l'art. 3 Cost. e i diritti sociali. Tutto ciò ha ancora una volta rimarcato l'importanza della leva fiscale anche in materia ambientale, benché i tributi sinora ideati si siano rivelati non idonei a mantenere «le risorse naturali come beni da consegnare alla generazione successiva accresciuti e non svalutati»⁶². Dopo il richiamo all'esauribilità delle fonti naturali come emergenza mondiale per la sopravvivenza dell'umanità, sulla spinta della forza di persuasione degli atti di *soft law* inizialmente citati, una risposta valida si è intravista nell'inserimento in Costituzione dell'ambiente salubre ad opera della legge costituzionale del 2022. Espressione solidaristica del patto fra le generazioni, fonte di differenziazione della condizione economica degli esseri umani⁶³, con l'ingresso in Costituzione dei nuovi articoli 9 e 41, la tutela dell'ambiente, la transizione ecologica e l'economia circolare sono obiettivi che richiedono di essere raggiunti nel più breve tempo possibile, anche attraverso il filo conduttore del sistema tributario. Per tale motivazione, la tassazione ambientale e quella delle energie nel breve periodo dovranno subire dei profondi cambiamenti. Nello specifico, dopo aver definito le nozioni di sviluppo sostenibile, di rifiuto e di risparmio energetico, il processo di qualificazione giuridica dovrà agire nel verso di orientare tutte le imposte a favorire la transizione ecologica e combattere il cambiamento climatico, in una direzione che vede le politiche fiscali connotarsi e differenziarsi anche in base alle peculiarità del territorio⁶⁴. Sulla base di questo tentativo di annessione alla rivoluzione economica globale immaginata da *Rijk*, la riflessione tende a confrontare lo stato dell'arte dei tributi ambientali con ciò che tale tassazione può fare rispetto al bisogno di un ambiente salubre come condizione di eguaglianza sostanziale di partenza fra i soggetti. Considerata la valenza di tale tassazione con riferimento al dovere di assicurare la tutela dell'ambiente la dissertazione utilizzerà le conclusioni per un richiamo più ampio alla «giustizia fra le generazioni», ovvero al rapporto fra solidarietà intergenerazionale e finanza pubblica.

6. I tributi ambientali nell'ordinamento interno e europeo ed il bisogno di eguaglianza. Dopo che la Commissione Europea ha individuato nella leva fiscale uno degli strumenti essenziali per la transizione ecologica e la realizzazione di uno sviluppo sostenibile, intese quali assi di ogni forma di crescita (in particolare di quella commerciale), ci pone di fronte a una nuova filosofia impositiva che dovrà connotare l'intero sistema tributario, con

⁶¹ I problemi di inquadramento costituzionale dei tributi ambientali sono stati esaminati, da ultimo, da G. Salanitro, *Sugar tax e plastic tax. Quando il tributo litiga con la capacità contributiva...*, in *Riv. dir. trib.*, 4, 2023, 339 ss.

⁶² Poiché meno discriminanti rispetto alla spesa, anche se tale valutazione è soggetta al modello di giustizia fiscale che più si adatta alla società presente. La citazione di *Roosevelt* è riportata a proposito del bisogno di prevedere sistemi di compensazione per far pagare alle imprese le risorse naturali che usano e che sono esauribili da E. Chiarotti, S. Gatti, *Cosa significa consumare ai danni del pianeta*, in *Il Sole 24 ore* del 15 novembre 2023.

⁶³ Si pensi solo al collegamento fra migrazioni e stato dei luoghi o al dislocamento delle quote di inquinamento cedute ai paesi più poveri, evidenziato dall'OIM già diversi anni fa.

⁶⁴ Per uno studio accurato di tutti i risvolti legati all'integrazione per differenziazione dei territori anche attraverso il ruolo della fiscalità, sempre a promozione dell'economia sociale di mercato, si rinvia a R. Miceli, *Green deal e politiche fiscali territoriali. Il nuovo quadro europeo dell'integrazione per differenziazione*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 1, 2022, 137 ss.

ad. esempio una destinazione delle quote delle maggiori imposte, ovvero agendo sulle aliquote per le imposte sui consumi.

Nonostante la politica ambientale continui a rispondere a due diversi tipi di logiche (sintetizzabili nell'alternativa: obbligare o incentivare), ogni Paese sta predisponendo una varietà di strumenti tributari che insieme al dato etico comportamentale e alla giustizia devono garantire sia la soluzione alle preoccupazioni ambientali e a quelle sociali, con la creazione di nuovi posti di lavoro, che l'accesso a un'energia a prezzi accessibili per tutti. Premessa una grande difficoltà a improntare norme fiscali stabili nel tempo che valorizzino il rapporto virtuoso tra ambiente e attività economica come fatto generatore del tributo, per l'assenza di un parametro informatore che sia un vero criterio di riparto ai sensi dell'art. 53 Cost. di tutti i prelievi ambientali⁶⁵, agendo sul sistema e non su singoli episodi, la tendenza che si vuole avverare è quella di far pagare meno imposte a chi meno inquina. Ciò però non è possibile senza un paradigma organizzatore, o meglio restando invariato il principio del chi inquina paga. Sinora, infatti, nonostante lo scopo dichiarato di far pagare chi danneggia l'ambiente, attraverso la previsione di nuove imposte sulla fabbricazione, sugli scambi o aggravando la tassazione del reddito, chi inquina di più non supporta maggiormente, tramite le imposte, i costi per ripulire l'ecosistema. Non a caso, secondo le stime operate, la tassazione ambientale pesa per la stragrande maggioranza sulle famiglie e meno sulle imprese; di contro chi inquina di più gode anche dei sussidi, non sempre senza risvolti negativi anche sul gettito. Premesso che il largo ricorso agli incentivi fiscali di sovente risulta dannoso per l'ambiente stesso e in accordo con chi, in senso paternalistico, ritiene il principio sancito all'art. 191, c. 2, TFUE addirittura pericoloso, poiché tollera un livello di inquinamento a fronte del costo fiscale⁶⁶, un problema di non poco momento sulla codificazione di una valida tassazione ambientale all'interno degli ordinamenti tributari risiede nell'esistenza di politiche fiscali ambientali troppo diverse⁶⁷. Un ulteriore profilo problematico, foriero di perduranti e intollerabili diseguaglianze sostanziali, è quello della sovranità tributaria ancora baluardo degli Stati nazionali che si traduce nel mantenimento del criterio dell'unanimità in ordine alla potestà impositiva europea. Perciò l'obiettivo del Parlamento Europeo di ridurre le emissioni di gas serra, senza che ciò metta in pericolo le imprese a causa di una concorrenza internazionale falsata dalla mancanza di azioni globali, rappresenta più una buona intenzione che non una prospettiva politica concreta. Svelata la motivazione per la quale sinora ai buoni propositi sulla necessità di una tassa europea sul carbone di fatto non ha corrisposto un'imposta, bensì un'entrata fiscale destinata al bilancio europeo, l'entrata in vigore del prelievo, qualificabile come una sorta di prezzo pubblico di adeguamento del carbone alla frontiera, è stata prorogata⁶⁸. La proroga dell'entrata, invero, è determinata dalla paura per un

⁶⁵ Favorevole alla rilettura del «chi inquina paga» come principio di matrice europea, che nell'adattamento nazionale diviene ragionevole criterio di riparto delle imposte ambientali alla luce dell'art. 53 Cost., è C. Verrigni, *La rilevanza del principio comunitario 'chi inquina paga' nei tributi ambientali*, in *Rass. Trib.* 5, 2003, 1614 ss.

⁶⁶ Cfr. M. Greggi, *L'ambiente e l'economia circolare nel diritto tributario*, in A. F. Uricchio, G. Selicato (a cura di), *Circular Economy and Environmental Taxation*, Bari, 2020, 33.

⁶⁷ L'unico paese che sinora ha attuato la neutralità carbonica è il Bhutan, al momento impegnato nell'attuazione di politiche fiscali per mantenerla. In merito si v., M. Sadowshy (a cura di), *Fiscal Policies to Mitigate Climate Change*, Cambridge, 2023, *passim*.

⁶⁸ Nel caso di specie il CBAM, introdotto dal Regolamento (UE) 2023/956 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023 e che diventerà obbligatorio solo nel 2026, con un meccanismo paragonabile al vigente sistema dello scambio di quote di emissione comporta l'applicazione di un prezzo per le emissioni incorporate nei prodotti di alcune tipologie di industrie. Nonostante il pensiero del premio nobel *Nordhaus* di evitare l'isolamento dell'umanità a causa del cambiamento climatico, e dopo che il Comitato per la cooperazione fiscale internazionale aveva enfatizzato l'esigenza di emanare un'imposizione globale sul carbone con caratteristiche simili in tutti i paesi europei e con una struttura fiscale semplificata, con questo meccanismo, che

verso per i prodotti nazionali, che si traduce in una spinta protezionistica, ovvero in aiuti di stato; dall'altro dall'incubo della delocalizzazione dell'attività nei paesi in via di sviluppo che non contemplan divieti all'uso del carbone. Sulla natura giuridica di tributo dobbiamo anche specificare che la distinzione tra prelievi basati sul beneficio e prelievi incentrati sul sacrificio è sconosciuta a livello europeo, e anche nel nostro ordinamento tributario non è mai stata così netta. Particolarmente evidente nei tributi sui rifiuti, prima il giudice comune (di merito e di legittimità) e poi il giudice costituzionale ha elaborato dei caratteri interpretativi ricorrenti, i quali, applicati di volta in volta in diverse circostanze, hanno sciolto il nodo se il prelievo sia di natura pubblicistica o privatistica. In quest'ultimo caso, le operazioni soggette a valutazione, qualificate come prestazioni di servizi, hanno legittimato anche l'applicazione dell'Iva⁶⁹. Per quanto invece concerne le ipotesi di superamento dell'unanimità a favore del criterio della maggioranza in materia fiscale, una prima ipotesi è stata avanzata nel 2019 con le raccomandazioni Beps, in materia di contrasto all'elusione; è evidente che ciò è attuabile solo con un ridimensionamento del ruolo del Consiglio⁷⁰. Se sotto questo versante il tema della tutela dell'ambiente, potrebbe portare a un ripensamento dell'assetto europeo, la questione della diversità dei tributi ambientali a livello interno può favorire il decentramento e le nuove forme di cittadinanza attiva. In Italia il processo federalista è fermo alla l. n. 42/2009 la cui attuazione è stata delegata, dopo i decreti del 2010 e del 2011, a scarni interventi e da ultima integrata dal disegno di legge sul regionalismo differenziato⁷¹. Comunque si segnala che il tributo ambientale locale, anche se solo nella formula del corrispettivo, nel presente assetto ordinamentale concorre in via sussidiaria alla protezione dell'ambiente, valorizzando le diverse realtà territoriali presenti sul territorio. Assodato in dottrina il bisogno di ripensamento di alcuni principi fondamentali del sistema tributario nella prospettiva di contribuire a evitare il cambiamento climatico, considerando i tributi ambientali nell'evoluzione del principio di capacità contributiva⁷², accanto alla tutela dell'ambiente ci sono da sempre le energie (come si è già osservato nella prima parte del presente saggio). Nonostante negli anni il futuro del diritto ambientale sia stato legato all'economia circolare, per cui anche se lentamente è partita la promozione di un modello di

non rientra nel criterio dell'unanimità, si prevede il pagamento di un prezzo per l'ingresso in Europa di merci ad alto contenuto di carbonio. Allineandosi così al meccanismo dello scambio di quote e a quanti pagano per le eccedenze, seppur con la problematica di non violare il principio di non discriminazione fiscale che a livello mondiale è sancito dal Gatt e che consiste nella parità di trattamento, anche fiscale, dei prodotti simili. E non solo, essa come in tutti gli altri casi di tassazione sulle importazioni pone il dilemma del protezionismo.

⁶⁹Sorte in occasione della decisione del giudice a cui spettava la giurisdizione, il primo caso, dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 238/2009 in materia di qualifica dell'entrata tributaria quando ricorre la doverosità della prestazione, è l'ordinanza della Corte costituzionale n. 64/2010.

⁷⁰In attesa di una riforma politica dell'assetto dell'Unione Europea il ruolo di co-legislatore del Parlamento europeo potrebbe prefigurarsi anche al di fuori delle questioni di bilancio ricorrendo alla clausola passerella.

⁷¹Il dilemma che presenta questo disegno di legge sul regionalismo differenziato di marzo 2023 è quello di aver degradato i LEP, voce sinora decisiva della mancata realizzazione dell'autonomia impositiva delle regioni, a indici tecnico-amministrativi non correlati con la tutela dei diritti civili e sociali. Per uno studio del processo autonomico in Italia e delle riserve legate al tentativo di implementare siffatto tipo di regionalismo differenziato da ultimo ed *ex multis* v., F. Gallo, *Lo stato di crisi dell'autonomia finanziaria regionale e il progetto di regionalismo differenziato*, *Rass. Trib.*, 3, 2023, 358.

⁷²Cfr. A. Comelli, *Riflessioni sulla tassazione ambientale, all'epoca della pandemia innescata dal Covid-19, nella prospettiva di un'ampia riforma tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 1, 2021, 44 ss., e ID. *Cambiamenti climatici e profili tributari della protezione dell'ambiente, nella prospettiva europea*, in *Dir. prat. trib.*, 5, 2021, 1969 ss. Per G. Salanitro, *Sugar tax e plastic tax. Quando il tributo litiga con la capacità contributiva*, cit., 359, i tributi ambientali si possono razionalizzare in tre linee di lettura; la prima li ritiene incostituzionale perché non tassano né reddito né patrimonio; la seconda li ritiene legittimi solo in quanto tassano nuovi indici di capacità contributiva ovvero il consumo di risorse scarse; la terza che li ritiene legittimi tutti solo se ripartiti ugualmente fra tutti.

fiscalità circolare⁷³, che ha consentito sia la riduzione dell'uso della plastica⁷⁴, che la modifica dell'iniziale endiadi tra ambiente e energie, l'efficienza energetica, attualmente messa in crisi dalle restrizioni operate dalla Russia e dai conflitti in Medio Oriente, riporta il discorso dell'esercizio della potestà impositiva sulle energie secondo il modello delle imposte ambientali. Al di là delle misure di sostegno introdotte con provvedimenti europei e interni straordinari, coperti dalla tassazione degli extraprofiti del settore, seppur con tutte le riserve legate al fatto che nella struttura del prelievo rilevi la situazione di fatto in cui versano i soggetti passivi⁷⁵, l'evoluzione della disciplina Ue in materia di energie dal 2003 si connota per la peculiarità di non corrispondere all'oggetto ambientale. La misura delle accise sui prodotti energetici è, infatti, fissata del tutto indipendentemente dalle caratteristiche in termini di emissioni nocive e, laddove sono previste delle agevolazioni, queste, invece di promuovere consumi virtuosi, favoriscono solo determinati settori produttivi, il più delle volte a scapito dell'ambiente. Consapevole che il tema richiederebbe ben altra attenzione, magari in una sede dedicata alla tassazione delle energie⁷⁶, riprendendo, dalla prima parte del saggio il riferimento alla dinamica circolare ed al principio di leale collaborazione, una proposta può essere prevedere all'interno del sistema tributario, con l'attuazione della delega fiscale, un regime per le comunità energetiche rinnovabili definite anche di prossimità, per favorire questa forma di *no profit*, emblema di una nuova forma di cittadinanza, quale quella societaria.

7. Alcune riflessioni conclusive. In conclusione della nostra riflessione, giova ricordare come l'istanza di protezione ambientale, connotata da una peculiare complessità, sia progressivamente emersa e si sia faticosamente affermata nell'ambito dell'ordinamento in ragione dell'evoluzione del contesto socio-economico. In particolare, è risultato sempre più evidente – fino ad apparire ormai innegabile... – che garanzia degli equilibri ecosistemici e tutela dei diritti fondamentali (e, in generale, degli interessi di rilievo costituzionale) sono

⁷³In tema di fiscalità circolare si rinvia in particolare agli studi di A. F. Uricchio, *Dall'economia alla fiscalità circolare: primi interventi e prospettive di riforma*, in A. F. Uricchio, G. Selicato (a cura di), *Circular Economy and Environmental Taxation*, cit., 3-23; ID., *Le prospettive di riforma della fiscalità ambientale in ambito UE nell'ottica della transizione ecologica e della fiscalità circolare*, in *Riv. dir. trib. int.*, 1, 2022, 15 ss.; ID., *La questione energetica tra politiche fiscali e transizione ecologica*, in A. Lamberti (a cura di) *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali*, Napoli, 2023, 977 ss.

⁷⁴Chiamata impropriamente imposta sulla plastica, in quanto si tratta di un contributo sempre volto a finanziare il bilancio europeo, la *plastic tax* nasce dalle prescrizioni della direttiva del 5 giugno 2019 n. 2019/904/UE, con lo scopo di incentivare gli Stati membri a eliminare gli imballaggi in plastica e a ridurre fortemente il loro smaltimento e, quindi, l'inquinamento. La formulazione di una tassazione europea della plastica qualora formulata come imposta indiretta andrebbe incontro alla stessa problematica che affligge le accise, relativa alla traslazione ed al momento in cui sorge l'obbligazione tributaria. Tassando invece la plastica a livello nazionale, in quanto materia non soggetta ad accisa, l'unico limite alla sua realizzazione resta quello di non incarnare un dazio, violando così la libertà europea di libera circolazione. A favore di un'imposizione interna sulla plastica per realizzare lo scopo europeo della sua eliminazione sono, fra gli altri, R. Alfano, M. Bisogno, *I tributi sulla plastica: evoluzione interna, sollecitazioni europee e possibili prospettive nell'ambito della strategia di circular economy*, in A.F. Uricchio, G. Selicato, (a cura di), *Green Deal e prospettive di riforma della tassazione ambientale*, Bari, 2022, 289 ss.

⁷⁵Ciò determina uno scarso collegamento tra presupposto e base imponibile del prelievo, alla base della rinvenuta illegittimità della pronuncia costituzionale n. 10/2015. La tassazione dell'extraprofitto ormai costituisce uno strumento di politica tributaria usato per indicare la situazione di privilegio come situazione di fatto che dà vita alla tassonomia di un nuovo presupposto di imposta, il quale però per essere effettivo richiede di essere strutturato in armonia con i principi tributari nazionali ed europei.

⁷⁶Per il tema della fiscalità delle energie si rinvia a L. Salvini, *La tassazione dell'energia*, in *Atti dei Convegni Lincei* 348, *Una nuova politica economica e tributaria per l'Unione Europea*, Roma, 27 maggio 2022; A. F. Uricchio, *La questione energetica tra politiche fiscali e transizione ecologica*, in *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali*, cit., 977 ss.

inestricabilmente intrecciati⁷⁷. E parimenti sembra evidente che la protezione dell'ambiente – e dunque anche la garanzia delle situazioni giuridiche soggettive all'ambiente afferenti – passi, per un verso, attraverso un riorientamento ed una profonda revisione di molti settori del sistema, e, per altro verso, attraverso la capacità dell'intero ordinamento di capitalizzare adeguatamente gli imprescindibili apporti recati dalla ricerca scientifico-tecnologica (e, in generale, dalla sfera fattuale).

Naturalmente, anche l'ordinamento tributario, il quale non ancora prevede la tutela dell'ambiente quale presupposto di un tributo, dovrà essere improntato al principio dello sviluppo sostenibile. I tempi appaiono maturi per un cambio di prospettiva in cui la fiscalità valorizzi nel presupposto il rapporto virtuoso fra imposizione e ambiente. Sinora la presenza di numerosi interventi *ad hoc* ha fatto registrare una grande difficoltà da parte delle attuali politiche fiscali nel soddisfare i requisiti di mitigazione del cambiamento climatico stabiliti dagli accordi internazionali ed europei. Per tale motivazione, avendo rivisto nell'ambiente sano un differenziale delle condizioni economiche e, quindi, di vita, affinché si realizzi quella responsabilità ambientale generazionale introdotta dalla riforma costituzionale del 2022, è necessario conciliare due obiettivi distinti – la tutela dell'ambiente e il mantenimento del bilancio – anche attraverso l'assunzione di siffatta responsabilità a livello economico. Non vi è dubbio che a ogni vantaggio ambientale corrisponda minore pressione fiscale, emblematico è ciò che è accaduto nei paesi del Nord Europa con la sostituzione dei veicoli a motore con veicoli che usano materiali non inquinanti: si è registrato l'azzeramento della voce in bilancio corrispondente alla relativa tassazione. Con l'introduzione della revisione agli articoli 9 e 41 Cost., si realizza il riconoscimento (in verità l'ennesimo...), dopo il preambolo nella *Dichiarazione Onu* o nel *Next Generation Eu*, della responsabilità delle generazioni presenti nei confronti di quelle future. In seguito a tale inserimento, la garanzia di un ambiente salubre nei tempi lunghi si presenta come un diritto giustiziabile ed attuabile anche attraverso i tributi. Sulla possibilità di giudicare una legge tributaria rispetto agli effetti in futuro si possono citare sia una pronuncia del Tribunale federale tedesco, che ha ritenuto illegittima la legge sul clima che autorizzava la spesa di tutti i crediti derivanti dai certificati delle quote di emissione, lasciando il corrispondente peso degli obblighi di mitigazione sulle generazioni future; sia le sentenze della Corte costituzionale nn. 120/2021 e 140/2022, nelle quali si prefigura sia la solidarietà fra le generazioni, sia quella nella stessa generazione ma valida anche per quella futura, la quale si realizza con il sacrificio della presente a vantaggio della futura. Essendo l'attuazione del valore dell'ambiente quello che meglio incarna questo legame tra le generazioni presenti e anche future, ed acclarato il nesso esistente tra capacità contributiva e principio di solidarietà, una soluzione potrebbe essere quella di elaborare, accanto a quello della spesa, anche un concetto di entrata costituzionalmente necessaria, quale quella dell'imposta ambientale. Rimarcare il binomio diritto all'ambiente salubre e solidarietà fra le generazioni è, infine, importante anche per il legislatore fiscale⁷⁸, in special modo in un momento in cui il fuoco del confronto si attesta intorno alla discriminazione qualitativa dei

⁷⁷ Ha osservato S. Staiano, nella Prefazione a, *La tutela dell'ambiente al tempo della crisi pandemica*, in M.A. Icolari (a cura di), cit., XV, che l'affermarsi di «nuove modalità di tutela costituzionale dell'ambiente» si colloca nella prospettiva per la quale «il corretto funzionamento degli ecosistemi naturali implica la protezione delle attività umane».

⁷⁸ Senza propendere per la soluzione dell'introduzione in Costituzione dell'indebitamento o della previsione di una clausola di oculatezza nella destinazione delle risorse, su cui da ultimo si è interrogato A. Giovannini, *I diritti delle nuove generazioni e la finanza pubblica: un patto intergenerazionale in Costituzione*, Riv. dir. trib., 2023, 1 ss., il bisogno di qualificare delle entrate costituzionalmente necessarie prende spunto anche dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 120/2020 in ordine alla peculiare situazione di favore di cui gode la successione dell'azienda familiare al discendente, che si presenta come una sorta di paradiso fiscale solo per colui che eredita.

redditi. Per mantenere in equilibrio il rapporto fra tassazione e diseguaglianze, sarà infatti compito del legislatore tributario del futuro incidere nella stessa misura sui redditi uguali ma provenienti da fonti diverse.

Abstract. Il lavoro è una riflessione congiunta sul valore costituzionale ed economico dell'ambiente. Strutturato in due parti, nella prima, si ricostruisce il carattere giuridico di ambiente come categoria circolare e non dicotomica, avvalendosi della lettura critica sia sui rapporti con i diversi livelli di governo che del formante giurisprudenziale. Evidenziata la relazione sussistente tra mancata tutela delle risorse naturali e aumento delle diseguaglianze, nella seconda parte si punta, invece, sulla leva della fiscalità per promuovere comportamenti virtuosi e contrastare fenomeni di portata globale, quale il cambiamento climatico. Assodata l'importanza della tutela ambientale anche per l'ordinamento tributario, per cui la materia non si esaurisce nei tributi a natura risarcitoria, il saggio si sofferma sulla mancanza di un paradigma ordinatore di tali tributi. I profili tributari della tutela ambientale si chiudono con la rilevanza del tributo ambientale come una possibile via per definire sia l'assetto della potestà impositiva europea che quella autonoma delle regioni in Italia.

Abstract. The work is a joint reflection on the constitutional and economic value of the environment. Structured in two parts, in the first, the legal character of the environment is reconstructed as a circular and non-dichotomous category, making use of a critical reading both on the relationships with the different levels of government and on the jurisprudential formant. Having highlighted the relationship between the lack of protection of natural resources and the increase in inequalities, in the second part the focus is instead on the lever of taxation to promote virtuous behavior and combat global phenomena, such as climate change. Having established the importance of environmental protection also for the tax system, for which the matter is not limited to compensatory taxes, the essay focuses on the lack of an ordering paradigm for such taxes. The tax profiles of environmental protection end with the relevance of the environmental tax as a possible way to define both the structure of the European taxing power and the autonomous one of the regions in Italy.

Parole chiave. ambiente – valore costituzionale – l. cost. n. 1/2022 – tributo ambientale – assenza presupposto ambientale – redistribuzione – solidarietà intergenerazionale.

Key words. environment – constitutional value – const. l. no. 1/2022 – environmental tax – absence of environmental prerequisite – redistribution – intergenerational solidarity.

POLITICHE TRIBUTARIE E TUTELA DELL'AMBIENTE. NOVELLA COSTITUZIONALE, SOSTENIBILITÀ E BILANCIAMENTO DI INTERESSI*

di Roberta Alfano**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Le fondamenta della tassazione ambientale. Principi europei (cenni). – 2.1. Giustificazione costituzionale della tassazione ambientale ante riforma. Resilienza del principio di capacità contributiva e possibili applicazioni in sede decentrata. – 3. Segue: legittimità costituzionale delle agevolazioni fiscali ambientali. – 4. La novella costituzionale e le rinnovate prospettive per la fiscalità ambientale. – 5. Qualche riflessione conclusiva.

234

1. Introduzione. La difficoltà di definizione della dimensione giuridica dell'ambiente – la cui necessità di tutela è oggi, con l'avvento dell'«era dell'ebollizione globale»¹ oggettivamente improcrastinabile – è certamente il *fil rouge* proprio di ogni analisi, in ogni branca del diritto². Se è, infatti, incontrovertibile che soltanto in un' incisiva tutela dell'ambiente – in tutte le sue declinazioni ed in particolare nella lotta al cambiamento climatico³ – siano racchiuse le speranze per il futuro dell'umanità, non da meno complessa ne risulta la definizione giuridica; tale complessità, recentemente ribadita anche dalla Consulta⁴, appare intrinseca nella sua stessa nozione, che è multireferenziale, in ragione del «riferimento a tutte le realtà della nostra convivenza e a tutti i livelli di governo che la rappresentano e gestiscono» e trasversale rispetto a «quasi tutti gli altri settori degli interessi giuridicamente rilevanti»⁵. L'interprete del diritto si è trovato sistematicamente a dover constatare la difficoltà nell'utilizzazione delle lenti tradizionali proprie di ciascun settore⁶ per l'analisi e l'applicazione

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professoressa Ordinaria di Diritto tributario – Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Secondo la recentissima ed allarmante definizione del Segretario Generale dell'ONU A. Guterres, New York, 28 luglio 2023.

² S. Grassi, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2023: «Tuttora, ogni volta che si deve affrontare la questione ambientale [...], si deve prendere atto delle numerose incertezze che si possono avere nel definire l'ambiente come oggetto di una specifica disciplina giuridica ovvero riconoscere (sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, ed ora della revisione costituzionale del 2022) che si tratti di un valore e di un fine trasversale a tutti i diversi settori del diritto».

³ IPCC, *Intergovernmental Panel on Climate Change, Sixth Assessment Report FACT SHEET*, 1° aprile 2023.

⁴ Corte Cost., sentenza n. 11/2023: giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 16, c. 1, ultimo periodo, della legge della Regione Emilia-Romagna 23 dicembre 2011, n. 23 (*Norme di organizzazione territoriale delle funzioni relative ai servizi pubblici locali dell'ambiente*). La Corte rileva che «La logica della ripartizione dei benefici risponde, del resto, alla consapevolezza della complessità della tutela dell'ambiente, che peraltro oggi trova una specifica valorizzazione, «anche nell'interesse delle future generazioni», nel novellato art. 9, terzo comma, Cost».

⁵ Ancora S. Grassi, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, cit.; analogamente, F. Pastore, *Costituzione ed Ambiente*, in M.A. Icolari (a cura di), *La tutela dell'ambiente al tempo della crisi pandemica*, Torino, 2021, 19: «Il concetto di ambiente, se portato alla sua massima estensione, finisce per assumere contorni così ampi e indefiniti da rischiare la dissoluzione o l'irrilevanza giuridica. In ogni caso, anche se inteso in senso più restrittivo, l'ambiente, quando viene considerato come materia, si interseca con una serie notevole di altre materie e si sovrappone, totalmente o parzialmente, a numerose altre».

⁶ P. Colasante, *La ricerca di una nozione giuridica di ambiente e la complessa individuazione del legislatore competente*, in *Federalismi.it*, 20, 2020, 123; F. Spantigati, *Valutazione giuridica dell'ambiente*, Padova, 2002; G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, 18.

delle politiche ambientali ed il diritto tributario non ha fatto eccezione.

La legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022 di modifica degli artt. 9 e 41 Cost. – prima concreta revisione di un lungo cammino di riforma⁷ di uno dei principi fondamentali e primo intervento sul Titolo III della Costituzione – nel revisionare il dettato normativo ha previsto, almeno dal punto di vista formale⁸, diverse disposizioni dedicate alla tutela ambientale. In particolare, la recente novella costituzionale con la modifica dell'art. 9 ha definito i contorni della tutela ambientale come valore costituzionale, principio fondamentale a carattere oggettivo da preservare attraverso una pluralità di politiche pubbliche. La novella costituzionale ha, di fatto, definito i contorni del complesso e lungo cammino interpretativo che aveva già in precedenza consentito di tutelare l'ambiente oltre che attraverso una lettura evolutiva del diritto alla salute – sancito dall'art. 32 Cost.⁹ – prioritariamente attraverso l'art. 9 in tema di tutela del paesaggio¹⁰.

Tradizionalmente si è assistito ad una costante tensione tra la tutela del paesaggio e altri valori costituzionali, potenzialmente confliggenti o complementari¹¹. La tutela del paesaggio – nata all'inizio del secolo XX nei diversi ordinamenti occidentali e continentali europei, con il fine di soddisfare la sempre più diffusa esigenza di salvaguardia dei valori storici e identitari rappresentati dalla forma dei territori¹² – è stata sottoposta ad una costante evoluzione, dal punto di vista dottrinale¹³ e giurisprudenziale¹⁴. La concezione dinamica di paesaggio è stata

⁷ A. Gusmai, *La tutela costituzionale dell'ambiente tra valori (metapositivi), interessi (mercificatori) e (assenza di) principi fondamentali*, in *Dir. Publ. Eur. Rass. online*, 1, 2015, 20; D. Amirante, *L'ambiente preso sul serio. Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *DPCE*, 2019, 18 ss.

⁸ Fra i commenti «a prima lettura», ex multis, R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, 13, 2022, 187.

⁹ Ex multis, il riferimento parte dal celeberrimo saggio di M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973, 15 ss.; M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, 49; M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007; B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, 29 ss; S. Pajno, V. Pucci, *Il diritto fondamentale alla salute nei procedimenti di valutazione ambientale*, in *Federalismi.it*, 7, 2020, 131.

¹⁰ Il dibattito che ha portato alla riforma era stato caratterizzato da due diverse formulazioni in sede di iniziativa parlamentare; da una parte una proposta volta a definire la tutela dell'ambiente come diritto fondamentale della persona e della collettività; dall'altra una qualificazione in termini oggettivi, ossia come valore costituzionale affidato alle politiche pubbliche, in modo speculare con gli altri interessi pubblici contemplati nell'art. 9.

¹¹ N. Pignatelli, *L'autorizzazione paesaggistica: il procedimento amministrativo come sede di attuazione dei valori costituzionali*, in *Federalismi.it*, 21, 2023, 158: evidente è la «difficoltà strutturale della sede procedimentale paesaggistica a rimanere impermeabile alle pressioni e all'innesto di altri valori costituzionali; la resistenza al bilanciamento, congegnata a monte dal legislatore, sembra cedere innanzi al concreto esercizio del potere insistente su una certa porzione di territorio, essa stessa palcoscenico di interazioni tra dimensioni connesse (paesaggio, ambiente, governo del territorio, tutela della salute)».

¹² G. Severini, *Culturalità del paesaggio e paesaggi culturali*, in *Federalismi.it*, 16, 2020, 310. Il valore culturale (culturalità) del paesaggio è il carattere essenziale che la distingue dalla variabile «gestione del territorio e ne costituisce la ragione di forza ed effettività. Il valore culturale ha talmente plasmato il luogo da legittimare, in talune fattispecie, il regime di tutela dei beni culturali, insieme o in luogo di quello sulla tutela del paesaggio. La tutela paesaggistica e quella culturale sono distinte e autonome. Possono tuttavia sovrapporsi sul medesimo luogo perché non c'è *bis in idem*, ciò al fine di salvaguardare il dato qualitativo dell'intervento creativo umano che origina e configura il luogo stesso.

¹³ Iniziando dalla celebre definizione e riflessione di A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'assemblea costituente*, vol. II, Firenze, 1969, 381 ss.

¹⁴ Cons. Stato, Sez. IV, n. 624/2022: «In tema di tutela del paesaggio, la nozione accolta dalla Convenzione europea del paesaggio, stipulata dagli Stati membri del Consiglio d'Europa a Firenze il 20 ottobre 2000 e ratificata dall'Italia con la l. n. 14/2006, introduce un concetto certamente ampio di paesaggio, non più riconducibile al solo ambiente naturale statico, ma concepibile quale frutto dell'interazione tra uomo e ambiente,

la risultante – domestica e sostanzialmente differente rispetto alla pluralità degli ordinamenti europei – dall’interazione tra uomo e ambiente, composta anche dagli effetti dell’antropizzazione¹⁵. Anche prima della riforma, la tutela del paesaggio era stata interpretata non quale mera entità statica e immutabile, bensì come bene comune rinnovabile, che si fa carico dell’incessante attività modellante della specie e di rinnovamento secondo le necessità storiche. L’analisi interpretativa aveva consentito una lettura del paesaggio sociale ed etica, un’interpretazione evolutiva, in grado di tener conto dell’insostenibilità della crisi climatica. Tale processo interpretativo è stato, dunque, sublimato nella novella costituzionale. L’art. 9 si sostanzia nelle rinnovate declinazioni della tutela dell’ambiente alla stregua della tutela del paesaggio e del patrimonio storico ed artistico della nazione; della tutela della biodiversità e degli ecosistemi; dell’esplicito riferimento alla sostenibilità delle future generazioni¹⁶; della tutela degli animali, attraverso il rinvio, ai fini attuativi, per legge ordinaria¹⁷. L’art. 41 trova nuova linfa – invero non unanimemente riconosciuta come necessaria¹⁸ – nell’ampliamento dei limiti alla libertà dell’iniziativa economica privata, che non soltanto non può nuocere alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, ma, a seguito della novella, neppure alla salute¹⁹ e all’ambiente; a ciò deve aggiungersi, per l’attività economica pubblica e privata, il compito, riservato alla legge, di indirizzarla e coordinarla a fini ambientali. L’art. 41, dunque, evidenzia in modo esplicito l’inscindibilità del valore costituzionale della sostenibilità ambientale con la

valorizzando anche gli aspetti identitari e culturali, di modo che è pertanto la sintesi dell’azione di fattori naturali, umani e delle loro interrelazioni a contribuire a delineare la nozione, complessa e plurivoca, di «paesaggio».

¹⁵ G. Cerrina Feroni, *Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo. Profili comparati europei* in *Federalismi.it*, 8, 2019, 2 ss.: «Il modello italiano di paesaggio si impone nel quadro europeo come un sistema complessivamente riuscito e dalle coordinate culturali assai ben definite e nel quale il bene paesaggio è sia forma sensibile dell’ambiente, sia forma del Paese, purché dotato di uno speciale valore identitario».

¹⁶ La intergenerazionalità dal punto di vista tributario e finanziario è stata oggetto di un’interessante riflessione ad opera di A. Giovannini, *I diritti delle nuove generazioni e la finanza pubblica: un patto intergenerazionale in Costituzione*, in *Riv. Dir. Trib., on line*, 17 gennaio 2023, 3, che ha proceduto altresì ad una ricognizione delle pronunce della Consulta che, similmente ad altre Corti europee, prima *inter pares* la *Bundesverfassungsgericht* della Repubblica federale tedesca, ha elevato l’equità intergenerazionale a principio immanente dell’ordinamento costituzionale, affinché il legislatore nella gestione dei fabbisogni finanziari adotti provvedimenti rispettosi delle legittime aspettative delle nuove generazioni. Suggerimenti, peraltro, in campo finanziario e tributario, rimasti totalmente inascoltati.

¹⁷ F. Fracchia, *L’ambiente nell’art. 9 della Costituzione: un approccio in «negativo»*, in *Il diritto dell’economia*, 1, 2022, 15 ss., che, nell’analisi della nuova formulazione dell’art. 9, Cost. ed evidenziando su cosa non compare nella nuova disciplina, evidenzia come la riforma miri a dare risalto a un nuovo paradigma e modello di sviluppo sostenibile basato sulla responsabilità dei vari attori coinvolti: «procedendo per via negativa e per sottrazioni successive, mi pare che emerga con forza un paradigma giuridico intriso di responsabilità e di doverosità. Cambiando di poco l’inclinazione del nostro sguardo (e le nostre abitudini anche culturali), cioè, dall’anatra dell’antropocentrismo del diritto si passa al coniglio dell’antropocentrismo del dovere, che esprime il vincolo a prendersi cura dell’ambiente».

¹⁸ L. Cassetti, *Salute e ambiente come limiti prioritari alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021, paper, 1 ss.: consolidata l’interpretazione dei giudici costituzionali - sia antecedente che successiva alla riforma del Titolo V (sono citate a titolo di esempi Corte cost., sent. n.407/2002 e Corte cost., sent. n. 270/2010) secondo cui l’art.41 Cost. anche nella sua formulazione originaria consentiva, nei fatti, una regolazione strumentale a garantire la tutela «anche» di interessi diversi rispetto a quelli correlati all’assetto concorrenziale del mercato garantito. Pertanto l’integrazione dei limiti dell’art. 41, c. 2 Cost. o intende creare una gerarchia che risulta smentita dalla giurisprudenza costituzionale precedente «ovvero si limita a fotografare l’esigenza contingente di etichettare in modo vistoso con il marchio «green un sistema costituzionale che in verità da diversi decenni riconosce nell’ambiente un «valore costituzionalmente protetto».

¹⁹ In merito alla salute, alle correlazioni con l’art. 32, cfr. L. Cassetti, *Salute e ambiente come limiti «prioritari» alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021, paper, 1 ss., che ricorda l’iter argomentativo della Consulta risalendo alla fondamentale Corte cost., n. 127/1990.

libertà di iniziativa economica rendendone obbligatorio il perseguimento, in quanto qualificante della stessa libertà di iniziativa²⁰. Le conseguenze dell'iniziativa economica per portatori di interessi pubblici e privati ne impongono, dunque, una storicizzazione e contestualizzazione in chiave sostenibile sia nei riflessi interni che esterni alla produzione stessa e impongono che l'utilità sociale non arrechi danni all'ambiente²¹.

La riforma costituzionale, foriera di molteplici riflessioni e certamente ancora perfezionabile nella necessità di concreta applicazione²², ha, dunque, definitivamente legittimato, l'accidentato e lungo cammino del diritto dell'ambiente di matrice dottrina e giurisprudenziale. La riforma risulta pienamente allineata alle scelte di politica ambientale europea, sublimata nel *New Green Deal* approvato nel dicembre 2019 e nelle molteplici declinazioni di *Next Generation Eu*, fra cui il pacchetto *Fit for 55%* del luglio 2021²³ – volte alla realizzazione di una transizione equa, competitiva e verde verso un'economia circolare e sostenibile dalle specifiche linee di riferimento e che deve trovare applicazione entro il 2030 e per gli anni a seguire.

Le politiche tributarie rivestono un ruolo nevralgico per il perseguimento di tale risultato, dopo anni di alterne vicende applicative e molteplici tentativi di riforma interna ecocompatibile, spesso anche anticipatori, almeno nelle intenzioni, rispetto al cammino europeo²⁴.

²⁰ Nel novellato secondo comma vengono infatti introdotti i nuovi limiti del danno alla salute e all'ambiente all'esercizio dell'iniziativa economica privata, accanto a quelli preesistenti relativi all'utilità sociale, alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Si aggiunge, altresì un'ulteriore finalità dell'attività di indirizzo e coordinamento dell'iniziativa economica, pubblica e privata, prevedendo che possa e debba essere orientata a fini non solo sociali, ma anche ambientali. D. Grifoni, *Il concetto di «utilità ambientale» nell'art. 41 Cost.*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, 3, 2022, 1 ss.

²¹ V. Ficari, *Le modifiche costituzionali e l'ambiente come valore costituzionale: la prima pietra di una fiscalità ambientale, zone economiche speciali (ZES) e possibili zone economiche ambientali (ZEA)* in AA.VV., *L'impatto delle zone economiche speciali sugli ordinamenti giuridici e finanziari nazionali*, cit., 270: La modifica ha un particolare rilievo in quanto la tutela dell'ambiente non è più solo un limite come già desumibile dall'appartenenza della tutela ambientale ai valori di cui si sostanzia l'utilità sociale ma diventa, ora, finalità da perseguire ex lege in quanto il valore ambiente è parametro di orientamento della libertà di iniziativa stessa.

²² S. Grassi, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, cit: «la riforma deve essere accompagnata, con urgenza, dall'approfondimento e la discussione sulle modalità con le quali inserire la valutazione degli interessi ambientali nella programmazione di tutte le altre attività pubbliche e di tutti i programmi economici e sociali che vengono proposti e approvati nel circuito decisionale Parlamento / Governo. Occorre cioè porre mano a una legge di principi in materia ambientale che già era stata impostata – a suo tempo – dal Governo Ciampi (Ministro dell'Ambiente Spini) e che dovrebbe costituire la premessa logica e l'obiettivo strategico di quella che ancora oggi è una necessaria opera di razionalizzazione della legislazione ambientale. Nella stessa direzione occorrerà definire le modalità di elaborazione delle norme tecniche e delle procedure per l'emanazione dei regolamenti di attuazione delle norme di tutela ambientale. Occorre stabilire criteri sia sui tempi per l'elaborazione di tali norme sia per attivare forme di dibattito scientifico che le precedano e forme di partecipazione trasparente alla loro elaborazione, distinguendo chiaramente quello che è il momento dell'attività conoscitiva e tecnica sulle possibili normative da adottare e quelle che sono scelte di merito politico da individuare sulla base degli indirizzi elaborati, a livello di fonti legislative parlamentari».

²³ Il *Fit for 55%* si sostanzia in una nutrita serie di misure – otto proposte di modifica legislativa e cinque specifiche iniziative in tema di clima, energia, combustibili, trasporti, edilizia, uso del suolo e silvicoltura – poste in essere dalla Commissione Europea in data 14 luglio 2021 nell'ambito del Green Deal. R. Alfano, *Nuove prospettive delle fiscalità europea ed applicazioni interne*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, 2, 2022, 159.

²⁴ Si pensi – per fare un solo esempio – alla legge delega di riforma del sistema fiscale, la l.n. 23/2014, il cui art. 15 delegava il Governo ad introdurre misure fiscali finalizzate a orientare il mercato verso modi di consumo e produzione sostenibili e a revisionare la disciplina in tema di accise sui prodotti energetici e sull'energia elettrica in funzione del contenuto di carbonio e delle emissioni di ossido di azoto e di zolfo. Molte buone intenzioni rimaste però solo allo stato di teoriche manifestazioni d'intenti, probabilmente anche in ragione degli strascichi,

La costituzionalizzazione dell'ambiente presenta, dunque, una incisiva ricaduta *anche* tributaria sia dal punto di vista qualificatorio sia con riferimento ai comportamenti economici virtuosi o non virtuosi dal punto di vista ambientale e dei possibili investimenti *green oriented*. Le giustificazioni dell'utilizzo della leva fiscale per la tutela dell'ambiente affondano le proprie radici nell'ordinamento internazionale ed europeo e, solo successivamente e solo in via interpretativa, in sede interna. Necessaria è stata una resiliente ed estensiva interpretazione del principio di capacità contributiva *ex art.* 53 Cost. e un'opera di bilanciamento di interessi tra diversi principi costituzionali incidenti, direttamente o indirettamente, sulla fiscalità ambientale; in tal senso – per riportare un solo, emblematico, esempio – si pensi al «caso ILVA», dai molteplici riflessi anche ambientali, finanziari e tributari²⁵ ed al difficile bilanciamento di interessi sotteso nelle due pronunce del Giudice delle Leggi, le note sentenze n. 85/2013 n. 58/2018²⁶.

La fiscalità ambientale, nella sua accezione volutamente più ampia, trova, dunque, nella modifica costituzionale nuova linfa rispetto al suo cammino, parimenti non lieve, di legittimazione interna. Accanto al sistema di tributi ed agevolazioni ambientali giustificato in sede interpretativa la novella costituzionale consente di verificare e giustificare una concezione più vasta di prelievo ambientale, attraverso una rinnovata serie di strumenti tributari volti a valorizzare l'impatto ambientale delle attività e degli investimenti e a dare sostanza all'accidentato cammino verso la sostenibilità e circolarità dell'economia.

Il diritto tributario può e deve contribuire al rispetto dell'ambiente, relazionandosi alla libertà

allora particolarmente cogenti, della dura crisi finanziaria internazionale iniziata nel 2008 e della forte recessione e contrazione della spesa pubblica, che causò, ancora una volta, il soggiacere delle istanze ambientali, non considerate esigenza primaria.

²⁵ M. Massa, *Il diritto del disastro. Appunti sul caso ILVA*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2013: limitandosi alle prospettive istituzionali e giuridiche, il caso ILVA è un coacervo di problemi complessi, gravi e ancora incandescenti, al punto che si fatica persino a scegliere da dove iniziarne la trattazione. Circa la dottrina tributaria, *ex multis*, A.F. Uricchio, *Il disastro ambientale di Taranto. Gli interventi finanziari e fiscali per fronteggiare il grave inquinamento*, in *Rass. Trib.*, 1, 2014, 44; Id., *Emergenze ambientali nell'area di Taranto: le risposte del mondo scientifico, gli interventi della legislazione d'urgenza, i possibili incentivi fiscali per le bonifiche*, in A.F. Uricchio (a cura di), *L'emergenza ambientale a Taranto: le risposte del mondo scientifico e le attività del polo «Magna Grecia»* in *Annali del Dipartimento Jonico*, Bari, 2014; in particolare C. Sciancalepore, *L'utilizzo della fiscalità ambientale multilivello come strumento di sviluppo locale*, 111 ss.; G. Selicato, *Il fisco per le bonifiche ambientali: possibili meccanismi d'attrazione degli investimenti privati nei Siti d'Interesse Nazionale*, in A.F. Uricchio, G. Selicato (a cura di), *Atti della Summer School in «Circular Economy and Environmental Taxation»*, Bari, 2020, 129-147. La vicenda ILVA ha certamente ispirato la recente istituzione della Zes interregionale ionica Puglia-Basilicata, dai variegati strumenti sottrattivi tributari e con molteplici declinazioni tributarie ambientali e di sostenibilità territoriale, su cui F. Amatucci, C. Fontana (a cura di), *L'impatto delle zone economiche speciali sugli ordinamenti giuridici e finanziari nazionali*, Napoli, 2022, in particolare A. F. Uricchio, G. Chironi, F. Scialpi, P. Diso, *Le zone economiche speciali nella cornice nazionale ed interregionale*, 27 ss., con riferimento in particolare al c.d. credito d'imposta per favorire lo sviluppo di nuove filiere produttive e il rafforzamento competitivo delle diverse specializzazioni presenti sui territori, a partire dai settori del *Made in Italy*.

²⁶ Entrambe le pronunce si riferiscono a giudizi promossi in via incidentale da giudici comuni, che si sono sostanziate in un cogente conflitto tra poteri dello Stato e che hanno imposto alla Consulta di stabilire la linea di demarcazione tra il potere politico-amministrativo e il potere giudiziario. V. Onida, *Un conflitto tra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *Rivista AIC*, 3, 2013. D. Pamelin, *Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2017; G.M. Flick, *Dolore versus dignità*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, che, nell'analisi della giurisprudenza costituzionale parla di scelta *obbligata* tra dolore della persona e dignità nel lavoro. Più recentemente, M. Cecchetti, *La Corte costituzionale davanti alle questioni tecniche in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 14, 2020, 46; R. Cabazzi, *Dalla «contrapposizione» alla «armonizzazione»? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, in *Federalismi.it*, 7, 2022, 31.

di iniziativa economica e al diritto economico in genere non come limite ma come mezzo per realizzare concretamente la funzionalizzazione ambientale prescritta dal nuovo testo costituzionale. In particolare il riferimento al nuovo terzo comma dell'art. 9 secondo cui la Repubblica «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni» deve essere analizzato non soltanto in quanto mera promozione ma impegno di politica legislativa e di prassi a regolare strumenti e misure per la conservazione ambientale, sia statica che dinamica, nella prospettiva del mantenimento e accrescimento intergenerazionale.

La sostenibilità, dunque, può e deve trovare nutrimento «anche» attraverso la norma tributaria. Da una parte il comportamento economico non sostenibile dal punto di vista ambientale può e deve essere inciso con forme di prelievo. Dall'altra è possibile porre in essere un'attività di promozione di una politica di sostenibilità attraverso un modulato uso della leva tributaria e dei possibili strumenti agevolativi in ragione dell'impatto ambientale delle diverse attività economiche.

Tanto premesso, prima di analizzare come le modifiche costituzionali confermino e rinforzino la legittimità interna di una pluralità di prelievi ambientali e, più in generale, di una serie di iniziative tributarie finalizzate alla sostenibilità poste in essere dal legislatore e alle possibili applicazioni *de iure condendo* appare opportuno una rapida ricostruzione del percorso di legittimazione dell'utilizzo della leva fiscale in campo ambientale, in sede europea ed, in via interpretativa, costituzionale rispetto, in primo luogo, alla previsione di tributi ambientali e, dall'altro, di trattamenti agevolativi, in deroga al regime tributario ordinario. Appare infatti opportuno analizzare in estrema sintesi anche l'istituto delle agevolazioni ambientali, che trovano legittimità nella tutela di valori costituzionali diversi rispetto a quelli posti alla base dell'imposizione: tali istituti, sono da considerare costituzionalmente legittimi solo se la deroga ai principi di uguaglianza sostanziale e di capacità contributiva, con violazione del dovere di concorrere alla spesa pubblica, trovi razionale e congrua giustificazione in altri principi equiordinati se non prevalenti, quale, appunto, quello ambientale.

2. Le fondamenta della tassazione ambientale. Principi europei (cenni). Le problematiche ambientali – entrate prepotentemente nell'agenda quotidiana con la crescita esponenziale delle economie dei Paesi industrializzati a partire dalla seconda metà del secolo scorso – hanno prontamente condizionato anche la politica fiscale, ai diversi livelli di governo²⁷. Al fine di conseguire gli obiettivi ambientali, sempre più integrati nella legislazione sovranazionale, gli Stati membri hanno prontamente predisposto variegati meccanismi fiscali per indurre gli operatori ad assumere un comportamento più compatibile con le finalità di salvaguardia dell'ambiente²⁸. Tradizionalmente, la politica economico-ambientale ha privilegiato, oltre agli strumenti di divieto, l'applicazione di un sistema *lato sensu* di incentivazione, basato su un'articolata e variegata combinazione di agevolazioni fiscali, posto che i tributi tradizionalmente suscitano resistenze presso l'opinione pubblica per il diffuso sentimento di diffidenza verso meccanismi di incremento del prelievo fiscale, particolarmente elevato in quasi tutti i principali Paesi dell'Europa occidentale.

Per lungo tempo, la tassazione ambientale è stata genericamente identificata in sede europea

²⁷ R. Alfano, *La fiscalità nella politica ambientale dell'Unione Europea – principi ispiratori ed esperienze comparate*, Napoli, 2009, 188.

²⁸ B. Caravita, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, 71; M. Toporek, *Diritto ambientale in un'Unione Europea allargata*, in *Riv. Giur. Amb.*, 3-4, 2006, 579; G. Cordini, P. Fois, S. Marchisio, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2008, cap. II.

con qualsiasi entrata pubblica dovuta dall'inquinatore per contribuire a prevenire, eliminare o ridurre l'inquinamento e volta ad orientare, nel contempo, il suo comportamento, a prescindere dalla qualificazione utilizzata dai sistemi tributari interni su tali entrate. L'Unione Europea, sulla falsariga del modello nordamericano consolidatosi a livello internazionale, aveva dato vita ad un'articolata politica di sviluppo della politica ambientale in generale²⁹ e fiscale, in particolare, inizialmente analizzata esclusivamente da un punto di vista economico-politico e, a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso, attraverso un approccio giuridico-tributario. L'attenzione della allora Comunità Europea per la fiscalità ambientale è cresciuta significativamente verso la fine dello scorso millennio, anche in virtù di una serie di sollecitazioni provenienti dai singoli ordinamenti interni in particolare, da parte dei Paesi del nord Europa – in cui già in quegli anni frequentemente si riscontravano riforme generali della fiscalità in senso ambientale – che, proprio in tale periodo, completavano il loro processo di integrazione³⁰. Negli anni sono stati sviluppati diversi Programmi europei per l'ambiente (attualmente vige l'Ottavo), con lo scopo di assicurare un livello elevato di protezione ambientale, volti nel rispetto del principio di sussidiarietà e della diversità anche culturale delle varie regioni d'Europa – a migliorare l'applicazione della legislazione ambientale esistente, l'integrazione delle tematiche ecologiste con le altre politiche e la collaborazione col mercato, con le imprese ed i consumatori, al fine di predisporre strumenti per lo sviluppo sostenibile³¹.

I principi europei di riferimento sono enunciati dall'art. 191 – *ante* art. 174 del Trattato CE – del TFUE: precauzione, azione preventiva, correzione alla fonte dei danni causati all'ambiente e «chi inquina paga»³²; quest'ultimo è stato ritenuto fonte di legittimazione di

²⁹ In tali anni, anche attraverso l'elaborazione giurisprudenziale si era affermato il concetto di sviluppo sostenibile, che, secondo il Rapporto Brundtland è inteso come «uno sviluppo che risponda alle necessità del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare le proprie esigenze», attraverso una congrua integrazione delle politiche economiche con le politiche ambientali e sociali. La Corte di Giustizia, attraverso la sua opera di integrazione negativa, con due sentenze del 18 marzo 1980, Causa C-91/79 e Causa C-92/79, entrambe *Commissione/Italia* ed entrambe in *Racc.*, 1980, 1099 e 1115, benché non direttamente investita del problema, rilevò che pur non essendovi un chiaro riferimento all'ambiente nei principi cardine, tale tutela poteva essere assicurata attraverso l'applicazione derivata di altri principi, quale, ad esempio, l'art. 100 relativo al ravvicinamento delle disposizioni legislative nazionali. A. Jazzeiti, *Politiche comunitarie a tutela dell'ambiente* in *Riv. Giur. Amb.*, 1995, 33-49; F. Fonderico, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di ambiente* in S. Cassese (a cura di), *Diritto ambientale comunitario*, Milano, 1995, 123.

³⁰ Il problema ambientale è aumentato in maniera esponenziale proprio negli anni in cui la Comunità accresceva il proprio interesse verso tali problematiche: le Istituzioni comunitarie, consapevoli dell'insufficienza degli strumenti a disposizione, con il pragmatismo che le contraddistingue, hanno tratto la convinzione di dover consistentemente modificare l'approccio seguito in precedenza nei confronti del problema ambientale. D. Fernandez De Gatta Sanchez, *La politica ambiental comunitaria en el Tratado de la Unión Europea* in *Revista de estudios Europeo*, 6, 1993, 8; M. J. García-Inés, *La fiscalidad medioambiental en el marco comunitario: referencia especial a España* in *R.V.E.H.*, 14, 2007, 140-160; L. Pineschi, *Tutela dell'Ambiente e assistenza allo sviluppo dalla Conferenza di Stoccolma (1972) alla Conferenza di Rio (1992)*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1993, 492; F. Picciaredda, P. Selicato, *I tributi e l'ambiente*, Milano, 1996, 38.

³¹ La necessità di stimolare l'impiego di strumenti di mercato, economici e fiscali per modificare i comportamenti dannosi per l'ambiente, da porsi in essere ai diversi livelli di governo nell'attuazione della politica ambientale è apparsa imprescindibile. Sin dal Sesto Programma (2002 – 2012, su cui F. Fonderico, *Sesto Programma di azione UE per l'ambiente e «strategie tematiche»*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2007, 695 ss., è stato stabilito che gli obiettivi hanno carattere vincolante per i Paesi membri, i quali hanno a disposizione un'ampia rosa di strumenti.

³² Il «chi inquina paga» ha assunto carattere di principio di efficienza economica, connaturato all'esigenza di una razionale gestione delle risorse ecologiche per le diseconomie ambientali esterne, che riversano su un terzo o sulla generalità dei consociati un costo in grado di inibire l'efficiente allocazione delle risorse e gli operatori economici ne devono sopportare in maniera effettiva i costi. F. Picciaredda, P. Selicato, *I tributi e l'ambiente*,

diversi strumenti di politica pubblica finanziaria e tributaria, fondamento di un diverso utilizzo degli strumenti di mercato, in grado di promuovere la previsione di modelli di consumo e di produzione sostenibili, al fine di internalizzare gli impatti ambientali positivi e negativi, aventi come obiettivo la tutela dell'ambiente, fra cui i tributi, passando da un sistema di tassazione *lato sensu* ambientale ad uno di tributi ambientali in senso stretto. Le Istituzioni europee hanno profondamente contribuito a tale evoluzione³³. I tributi ambientali inizialmente assumevano tale qualificazione in ragione esclusivamente della finalità extrafiscale; progressivamente è stata evidenziata la necessità di un ecotributo in senso stretto, in grado di assumere quali elemento strutturale comportamenti dei contribuenti dai manifesti e diretti effetti negativi sull'ambiente.

Il tributo ambientale è stato, dunque, così qualificato in ragione dalla relazione diretta e causale fra ambiente ed uno degli elementi costitutivi del tributo, generalmente, ma non necessariamente il presupposto, che deve sostanzialmente in un'unità fisica potenzialmente in grado di produrre un danno sopportabile e necessariamente reversibile all'ambiente³⁴. L'ambiente non rileva dunque soltanto in quanto (fondamentale) valore extrafiscale ma in quanto assurge a fatto indice di capacità contributiva, suscettibile di valutazione economica. La finalità ambientale permane, in quanto, aumentando il costo di un bene o di un'attività inquinante, i consumatori sono spinti a rivolgersi verso altri beni con minore impatto ambientale³⁵ ma l'elemento di collegamento si sostanzia in uno degli elementi costitutivi del tributo, dal carattere ecologico³⁶.

Milano, 1996; F. Gallo, F. Marchetti, *I presupposti della tassazione ambientale*, in *Rass. trib.*, 1, 1999, 115; R. Perrone Capano, *L'imposizione e l'ambiente*, in A. Amatucci (diretto da), *Trattato di Diritto tributario*, Padova, annuario, 2001, 123; C. Verrigni, *La rilevanza del principio comunitario «chi inquina paga» nei tributi ambientali*, in *Rass. trib.*, 5, 2003, 1614; P. Selicato, *Imposizione fiscale e principio «chi inquina paga»* in *Rass. trib.*, 4, 2005, 1160; F. Gallo, *Profili critici della tassazione ambientale*, in *Rass. trib.*, 2, 2010, 30.

³³ Alla metà degli anni novanta del secolo scorso le istituzioni europee avevano rimarcato la necessità di stabilire tributi ambientali, e aveva sollecitato la realizzazione di una politica sinergica tra gli Stati membri, con forme di prelievo europee basate su imposte speciali. La difficoltà di trovare una linea comune in materia aveva spinto anche a posizioni opposte circa la previsione di tributi a tutela dell'ambiente; di fronte alla mancanza dell'unanimità richiesta per le decisioni in campo tributario, il Consiglio e Commissione avevano raccomandato la realizzazione di imposte ambientali nell'ambito dei singoli ordinamenti, vista l'impossibilità di realizzare una decisione comune. Consiglio, Comunicazione del 27 aprile 1995 in COM (95), 155. In tale data venne formulato anche un parere del Comitato economico e sociale relativamente alla Comunicazione su *crescita economica ed ambiente* in Boll UE 1995, n. 4, rif. 1.3.67. Sulla rilevanza di tale Comunicazione come indicatore di una modifica chiara nella politica europea J. A. Rozas Valdes, *La implantación de un impuesto ecológico en la Unión Europea* in *CISS - Noticias de la Unión Europea*, 122, 1995, 120; in particolare cfr. Commissione, Comunicazione *Imposte, tasse e tributi ambientali nel Mercato Unico* del 29 gennaio 1997 in COM (97) 9 def. e Boll. UE 1-2/1997.

³⁴ L'aver correlato la fattispecie impositiva ad ipotesi di danno ambientale reversibile evidenzia non soltanto la volontà di escludere dal sistema di tassazione le ipotesi di danno permanente all'ambiente, ma anche la necessità di sottolineare un rapporto di sostenibilità tra principi di tassazione e sviluppo economico. R. Alfano, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, Torino, 2012, 118.

³⁵ «La tutela ambientale è un effetto, sperato, derivante dall'introduzione di un prelievo, anche fiscale, che, determinando un aumento del costo del bene o dell'attività inquinante, induca il consumatore a rivolgersi verso altri beni con minor impatto ambientale». F. Marchetti, *Tassa, imposta, corrispettivo o tributo ambientale?* in *La Finanza Locale*, 3, 2004, 34; Id., *Ambiente (dir. trib.)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, I, 241; F. Gallo, F. Marchetti, *I presupposti della tassazione ambientale*, cit., 115; analogamente P. Selicato, *Imposizione fiscale e principio chi inquina paga*, in *Rass. Trib.*, 4, 2005, 1162.

³⁶ C. Verrigni, *La rilevanza del principio comunitario «chi inquina paga» nei tributi ambientali*, in *Rass. Trib.*, 2003, 5, 1616; L. Ferlazzo Natoli, A. Buccisano, *Il tributo ecologico: presupposto e limiti costituzionali*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, 2004, 3-4, 437; P. Selicato, *La tassazione ambientale tra la ricerca di nuovi indici di ricchezza e la coerenza dei sistemi fiscali* in *Riv. Dir. Trib. Int.*, 3-4, 2004, 266.

2.1. Giustificazione costituzionale della tassazione ambientale ante riforma. Resilienza del principio di capacità contributiva e possibili applicazioni in sede decentrata.

Il tributo ambientale *stricto sensu* deve necessariamente rispettare le regole che presiedono all'imposizione, prima fra tutte quelle relative al principio costituzionale di capacità contributiva, di cui all'art. 53 Cost. Dal punto di vista interno, il modello di tributo ambientale previsto in sede europea e legittimato dall'art. 191 TFUE, è apparso difficilmente compatibile con il principio di capacità contributiva, quanto meno rispetto alle sue tradizionali interpretazioni, posta la difficoltà di individuare nel mero fatto di inquinare l'espressione di una capacità valutabile economicamente.

La dottrina italiana, agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso, aveva elaborato il modello di tassazione ambientale nel rispetto dei modelli internazionali, dando particolare rilievo alla funzione del prelievo stesso³⁷. Si era proceduto ad una qualificazione, sulla falsariga del modello internazionale ed europeo, di tributi ambientali con funzione disincentivante/incentivante, funzione di reperimento di risorse per il finanziamento di servizi ambientali o per opere di risanamento ambientale. Il problema della compatibilità dei tributi disincentivanti con il principio di capacità contributiva era stato analizzato, sin dalla metà degli anni Novanta, attraverso un'interpretazione combinata dell'art. 53 Cost. con l'art. 32 Cost. in tema di diritto alla salute, l'art. 9 Cost. a tutela del paesaggio e l'art. 41 Cost. in tema di attività economica. Gli ecotributi avevano assunto, sulla falsariga europea, un prevalente carattere di imposta di scopo³⁸, con mera finalità ambientale e gettito destinato, in tutto o in parte, a finanziamenti, ripristinatori o risarcitori, ecocompatibili. A seguire è stato necessario verificare le modalità per ricomprendere il fattore ambientale fra gli elementi qualificatori del tributo. Il tema dei tributi ambientali è risultato emblematico rispetto al vivo dibattito inerente il principio di capacità contributiva, che, nei diversi sistemi, a partire dalla fine del secolo scorso, è stato sottoposto a molteplici sollecitazioni, anche e proprio in ragione degli stimoli provenienti dall'Unione europea. L'analisi della genesi del tributo ambientale è risultata, dunque, *anche* un'occasione per una riflessione in tema di capacità contributiva, nell'ambito di un più generale percorso evolutivo del sistema tributario interno, in cui rilevano la perdita di alcuni dei caratteri tradizionali dei tributi – in particolare in sede decentrata, in particolare all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione³⁹ – e un rinnovato rapporto tra fisco e contribuente. La capacità contributiva è stata intesa quale criterio di riparto equo e ragionevole, collegato ad una manifestazione diretta ovvero mediata di capacità contributiva: in tal modo è stato possibile identificare il presupposto nei fatti e nelle situazioni socialmente rilevanti, espressivi di potenzialità economica a cui collegare

³⁷L. Antonini, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996, che, già evidenziava come non vi sia pregiudizio alla libertà sancita dall'art. 41 Cost. – con l'eccezione evidente del prelievo confiscatorio – nell'applicazione di tributi con finalità extra fiscali, quali quelli introdotti in ragione del «chi inquina paga» 303 ss. e in particolare 311.

³⁸F. Picciaredda, P. Selicato, *I tributi e l'ambiente*, cit., 90.; F. Marchetti, *La tassazione ambientale*, CERADI-OLEA-LUISS, Roma, 1995; F. Gallo, F. Marchetti, *I presupposti della tassazione ambientale* in *Rass. Trib.*, 1, 1999, 1, 116. Il vantaggio dell'inquinatore si sostanzia nel dominio e nello sfruttamento che questi esercita sulla natura e costituisce pur sempre un indice indiretto di capacità contributiva che colpisce con immediatezza una particolare forza economica del soggetto passivo intrinsecamente valutabile e quantizzabile con supporti tecnologici di comune esperienza.

³⁹R. Alfano, *La Reforma del Título V de la Constitución italiana: primeras reflexiones, con particular referencia a un posible modelo de fiscalidad regional de carácter (también) ambiental*, in *CIVITAS, Revista española de Derecho Financiero*, 115, 2002, 386; Id., *L'applicazione di tributi ambientali nel nuovo contesto della finanza regionale*, in *TributImpresa*, 4, 2004, 18.

l'unità fisica – inquinamento, utilizzazione dei beni naturali scarsi – che incida sull'ambiente oggettivamente inteso, ovvero nel comportamento umano che procura un danno all'ambiente. Il legislatore, nel vagliare le diverse possibili modalità di contribuzione alle spese pubbliche, può sottoporre a prelievo entità non patrimoniali in grado di esprimere posizioni economicamente valutabili e può selezionare – in ragione della precipua situazione politica, sociale ed economica – *altri* indici, espressioni di situazioni in divenire dal valore non necessariamente patrimoniale. Tali indici – che devono sempre essere sottoposti al sindacato di coerenza normativa interna e di ragionevolezza e non devono in ogni caso mai contrastare con altri principi e diritti inviolabili costituzionalmente garantiti – sono espressione della fisiologica evoluzione economico-sociale che interessa il sistema fiscale e possono sostanziarsi anche in presupposti non tradizionali, come nel caso di molti tributi ambientali⁴⁰. La capacità contributiva può esprimersi *anche* in manifestazioni non tipizzate: possono individuarsi una gamma indeterminata di indici di capacità contributiva, che richiedono, per ciascuna ipotesi applicativa, un effettivo collegamento con fatti e situazioni valutabili pur sempre economicamente, in concreto espressive di mera potenzialità economica. In tali ipotesi, il collegamento tra presupposto, che esprime una potenzialità economica, e principio di capacità contributiva, non può risolversi esclusivamente in termini di principio e deve essere valutata in concreto, caso per caso. Un'attività antropica da cui derivino diseconomie esterne genera fisiologicamente in capo a chi le pone in essere una certa capacità contributiva, consistente proprio nell'acquisizione e nell'utilizzo di risorse naturali scarse e limitate; qualora il soggetto passivo sia un'impresa, la capacità contributiva si sostanzia nella capacità delle stesse risorse di incidere negativamente sul livello dei costi di produzione e positivamente sul livello dei ricavi dell'attività inquinante. La vitalità e la resilienza del principio di capacità contributiva avevano in quegli anni già dato più di una dimostrazione della loro forza in altre coeve vicende: emblematica la cd. «vicenda IRAP». La Corte costituzionale, nella sentenza n. 156/2001 aveva sancito che, ai fini IRAP, si deve ritenere tassabile una grandezza – valore aggiunto – ontologicamente diversa dal reddito, cronologicamente antecedente alla sua formazione; in tal modo è stata legittimata la possibile atipicità di alcuni fatti tassabili, purché idonei a palesare una qualche forza economica, ovvero, con le parole della Consulta vengono considerati legittimi «presupposti di imposta socialmente rilevanti, economicamente misurabili ed esprimenti una capacità differenziata in coerenza ai principi di razionalità e non contraddittorietà»⁴¹. La resilienza del principio di capacità contributiva aveva già legittimato

⁴⁰ R. Alfano, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, cit., *passim*.

⁴¹ La Corte ha sancito che l'indice di riferimento per l'IRAP è «diverso da quelli utilizzati ai fini di ogni altra imposta»: il prelievo risulta intrinsecamente correlato ai fattori lavoro, capitale, funzione organizzativa del gestore che sono patrimonialmente rilevanti e remunerati in termini di salari, di interessi e di profitti. L'imposta non è «desiva del principio di capacità contributiva, atteso che il valore aggiunto prodotto altro non è che la nuova ricchezza creata dalla singola unità produttiva, che viene, mediante l'IRAP, assoggettata ad imposizione ancor prima che sia distribuita al fine di remunerare i diversi fattori della produzione, trasformandosi in reddito per l'organizzatore dell'attività, i suoi finanziatori, i suoi dipendenti e collaboratori». La Corte Costituzionale, chiamata a decidere della legittimità di alcuni profili distributivi del tributo – assimilazione delle attività di lavoro autonomo a quelle dell'impresa, indeducibilità dell'IRAP dalle imposte sui redditi - ha evitato di pronunciarsi su tali aspetti di maggiore criticità ed ha concentrato la propria attenzione sulla legittimità teorica del presupposto. Sotto tale profilo l'esito non poteva che essere nel senso della legittimità, perché appare indiscutibile che il valore aggiunto, connesso ad un'attività di produzione o di scambio abbia caratteristiche e contenuti economici che esprimono capacità contributiva. F. Gallo, *Le ragioni del Fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, Bologna, 2007, 81. La sentenza 156/2001 – poi confermata anche dalla sentenza 21 giugno 2005 n. 21 – risulta ad ogni buon fine pienamente coerente con l'evoluzione interpretativa dell'articolo 53 Cost., precedentemente richiamata. Il principio non individua né nella lettera né nella sostanza manifestazioni tipizzate

la possibile atipicità di alcuni fatti tassabili, purché idonei a palesare una qualche forza economica. Ciò ha condotto a superare l'intrinseco collegamento esclusivamente a manifestazioni tipizzate di capacità contributiva e a consentire il riferimento ad una gamma indeterminata di possibili tributi, collegati a fatti e situazioni espressivi in senso più lato di potenzialità economica.

L'interpretazione dell'art. 53 Cost. come criterio di riparto delle spese pubbliche permette di giustificare costituzionalmente il tributo ambientale proprio, che può assumere qualsiasi forma tipica del prelievo tributario. Tale legittimazione non ha, peraltro, attenuato, la portata della funzione ambientale perseguita come finalità extrafiscale dal tributo, attraverso l'azione incentivante a modificare condotte lesive; anzi, potrebbe avere persino efficacia maggiore di quella direttamente attribuibile al tributo⁴², posto che, soprattutto in campo ambientale, non esiste il tributo in senso proprio «chimicamente puro»⁴³. Occorre evidenziare che il modello di «ottimo tributo ambientale» ha peraltro immediatamente incontrato molteplici difficoltà dal punto di vista applicativo, in quanto prevalentemente identificato come risarcitorio o sanzionatorio, mal accettato e, ove possibile, eluso o comunque disatteso. È apparso, dunque, necessario verificare la piena compatibilità interna anche dei tributi con finalità ambientale, dalla prioritaria applicazione in sede decentrata, in merito ai mutati indici di capacità economica e perfettamente integrata nell'attuale contingenza storico – sociale che interessa il sistema tributario nel suo complesso.

di capacità contributiva; il riferimento al sistema tributario permette di legittimare una gamma indeterminata di possibili indici di capacità contributiva, pienamente compatibili con i valori costituzionali della ragionevolezza e della coerenza normativa interna. Ciò a condizione che vi sia un reale effettivo collegamento con fatti e situazioni concretamente espressivi di potenzialità economica. Il principio implica un limite intrinseco che, nel quadro di un raffronto sistematico con tutte le norme dell'ordinamento - a partire dall'art. 41 Cost. - comporta la necessità di un giudizio di razionalità sulla norma impositiva, in riferimento alla sua funzione di attuare una razionale ripartizione dei carichi fra i consociati. Tali indici sono certamente più aderenti, in taluni casi, al mutato contesto socioeconomico e possono assicurare una ripartizione dei carichi tributari equa, coerente, ragionevole, purché il legislatore faccia un uso contenuto della propria discrezionalità. Occorre in ogni caso poter costantemente confrontare le diverse situazioni giuridiche soggettive dei contribuenti, per evidenziare le diversità in termini di attitudine a concorrere alle pubbliche spese, nel rispetto dell'effettivo collegamento con fatti e situazioni espressivi di potenzialità economica. E ciò legittimerebbe senza alcuna forzatura l'introduzione della produzione netta fra i vari parametri espressivi di capacità contributiva. M. Basilavecchia, *Sulla costituzionalità dell'IRAP un'occasione non del tutto perduta*, in *Rass. trib.*, 2002, 1, 310-311, con riferimento specifico all'IRAP – ragionamento poi ripreso specularmente per i tributi ambientali in scritti successivi di cui *infra* – evidenzia che le «diseconomie esterne possono essere fattori legittimanti l'imposizione: la capacità contributiva si sostanzia non tanto in servizi di cui il soggetto passivo gode quanto nella oggettiva causalità tra attività svolta da tale soggetto e costi arrecati alla collettività». Alla stessa conclusione sembra giungere, con riferimento all'IRAP, anche F. Batistoni Ferrara, *L'IRAP è un'imposta costituzionale?*, in *Riv. dir. trib.*, 1, 2000, 95 ss., anche se non esplicitamente nell'alveo della tesi distributiva. Per quanto riguarda la dottrina non tributaristica si rinvia, per un'impostazione diretta a inglobare il principio di capacità contributiva in quello di uguaglianza, a L. Paladini, *Il principio di eguaglianza tributaria nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. dir. trib.*, 1, 1997, 307 ss.

⁴² Secondo A. Fedele, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, 31-32, l'art. 53 Cost. «non risulta violato da quelle norme che estendono l'ambito di applicazione di taluni tributi, individuando gli indici di potenzialità economica in ragione di considerazioni ulteriori rispetto alla valutazione della mera capacità patrimoniale dei soggetti passivi e, in specie, in funzione della incentivazione o disincentivazione di determinati comportamenti dei consociati».

⁴³ Secondo la tradizionale definizione di E. Lejeune Valcárcel, *Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria in Seis estudios sobre Derecho Constitucional e internacional tributario*, Edersa, Madrid, 1980, 171. Anche R. Alfano, C. Billardi, R. Bourget, M. Bisogno, A. Tomo, *Medidas fiscales y medioambiente: principios Ue y su concreta aplicación en algunos Países Europeos en tema de imposición sobre las emisiones de Co2*, in A. Cubero Truyo, P. Masbernat (a cura di), *Protección del Medio Ambiente. Fiscalidad y otras medidas del Derecho al Desarrollo* (1ª edición) Cizur Menor, 2019, 359-418.

La crisi del modello autoritativo di prelievo, la ricerca di maggiori aperture consensualistiche e lo sviluppo di modelli di decentramento fiscale hanno portato a convergere verso la rivalutazione di rapporti tributari legati almeno in parte alla logica dello scambio, di prelievi basati quindi anche sui principi del beneficio e della controprestazione, che hanno evidenziato una responsabilizzazione individuale per la spesa pubblica specificamente causata⁴⁴. Una molteplicità di ragioni ha dunque consigliato non solo di non trascurare i tributi ambientali diversi da quelli in senso stretto, ma al contrario di rivalutare tale tipologia di tributi, provvedendo, all'interno della categoria, ad operare ulteriori distinguo. La graduale evoluzione compiuta nell'arco dell'ultimo ventennio dal sistema tributario, caratterizzato dal lento abbandono di posizioni caratterizzate da un eccesso di centralismo, ha infatti contribuito ad un profondo rinnovamento anche del sistema dei tributi⁴⁵, con un rapporto maggiormente paritario fra fisco e contribuente e una forte spinta alla defiscalizzazione⁴⁶, accompagnate da promesse di decentramento ampiamente, nei fatti, disattese.

La molteplicità di tali prelievi, dalla natura spesso incerta⁴⁷ e in cui anche i criteri individuati dal giudice costituzionale non hanno ancora trovato univocità di applicazione⁴⁸, ha espresso, dunque, con chiarezza la necessità di valorizzare il consenso del contribuente al prelievo stesso, in un'esigenza propria della nostra storia unitaria⁴⁹ in cui l'Amministrazione

⁴⁴ Ancora F. Gallo, *Le ragioni del Fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, Bologna, cit., 20. L'analisi è stata certamente condizionata dal vivace dibattito in merito al rinnovato concetto di tributo; in difetto di una definizione normativa, la nozione di tributo è stata oggetto di molteplici interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali, che hanno portato ad un abbandono della tradizionale tripartizione – imposte, tasse, contributi – senza però che se ne sia affermata una meglio rispondente al mutato quadro legislativo e costituzionale.

⁴⁵ Tale evoluzione è sottolineata chiaramente in G. Marongiu, *Storia dei tributi degli enti locali (1861-2000)*, Padova, 2001, in particolare 335 ss.

⁴⁶ L. Del Federico, *Tassa*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5867.

⁴⁷ Il proliferare delle forme di prelievo tributario è pienamente coerente con l'interpretazione evolutiva del concetto di tributo, secondo cui «le definizioni di tributo possono essere più di una e ciascuna ha valore in rapporto alla disposizione che serve ad interpretare». Così, F. Tesaro, *Istituzioni di diritto tributario – Parte generale*, Torino, 2020, 6. Analogamente M. Ingrosso, *Tributo e sovranità*, in AA.VV., *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Napoli, 2009, 138. «Il concetto di tributo non è (necessariamente) uno soltanto, ma vi sono più concetti, in relazione alle molteplici norme, alla cui interpretazione è finalizzato». In F. Fichera, *L'oggetto della giurisdizione tributaria e la nozione di tributo*, in *Rass. Trib.*, 2007, 4, 1059 ss., che continua ancora evidenziando che «sono quindi da considerare obsolete le definizioni e le classificazioni tradizionali, essendo necessario fissare più nozioni di tributo, a seconda della finalità per cui la definizione è usata».

⁴⁸ La Corte costituzionale ha, con una serie di pronunce, stabilito una serie di linee guida al fine di definire il tributo, con, per qualificarsi come tributarie, devono in primo luogo evidenziare la *doverosità* della prestazione; successivamente, posto che la doverosità è condizione necessaria ma non sufficiente, posta l'esistenza di altre prestazioni coattive anche al di fuori del tributo, è necessario evidenziare un collegamento della prestazione alla spesa pubblica, con riferimento ad un presupposto economicamente rilevante. Non assume rilievo né il *nomen iuris* utilizzato dalla normativa che lo disciplina, né l'eventualità che il prelievo sia realizzato con strumenti privatistici e che la richiesta del servizio dipenda dalla volontà del privato, né, infine, la natura privatistica dell'ente investito del servizio pubblico. *Ex multis*: Corte cost., sentenza n. 73/2005, ordinanza n. 123/2007, ordinanza n. 64/2008, sentenza n. 141/2009; in particolare, sulla natura tributaria della TIA, sentenza n. 238/2009; sulla natura non tributaria del canone di raccolta e depurazione delle acque reflue sentenza n. 335/2008; sentenza n. 39/2010.

⁴⁹ Non a caso nello statuto Albertino le imposte dovevano essere «consentite» dalla Camera dei deputati e sanzionate dal Re. G. Marongiu, *Alle radici dell'ordinamento tributario italiano (1861 – 1876)*, Padova, 1988. «Il problema centrale dell'azione impositiva non è più quello classico della fonte dell'obbligazione tributaria, e della natura dichiarativa o costitutiva degli atti impositivi, quanto piuttosto quello - da sempre latente - dell'equilibrio tra autoritatività del prelievo e dell'azione impositiva e pariteticità del rapporto obbligatorio. Equilibrio oggi più incerto che mai, se è vero che lo stesso diritto amministrativo sta vivendo una profonda trasformazione, che vede ritirarsi sempre più l'autoritatività sotto la spinta di concezioni consensualistiche, che tendono a valorizzare

finanziaria deve, in ogni caso, agire nel rispetto del principio di legalità ed orientare la propria azione secondo quanto previsto dall'art. 97 Cost., al fine di rendere piena attuazione all'art. 53 Cost. per il perseguimento dell'interesse fiscale⁵⁰.

I tributi con finalità ambientale hanno dunque trovato, nel rispetto del principio di capacità contributiva, una giustificazione «anche» in termini di controprestazione e beneficio, che ha aperto la strada ad una diversa e più concreta diffusione, il cui la naturale collocazione dovrebbe realizzarsi all'interno di un modello di decentramento fiscale⁵¹. Le complesse vicende sul regionalismo e soprattutto le declinazioni e derive differenziate hanno insegnato «all'osservatore a non dare nulla per acquisito, e a non considerare alcuna previsione tanto plausibile da far scommettere con certezza sull'esito»⁵² e hanno ancor più allontanato il tema di una possibile «regionalizzazione» o «localizzazione» della fiscalità – ambientale e non solo – perdendo l'occasione di delinearne opportune ed auspicabili linee evolutive⁵³. In sede decentrata, infatti, avrebbe potuto e dovuto essere realizzato un concreto intervento «anche» in tema di fiscalità ambientale, che, come sottolineato già oltre un decennio fa da F. Gallo, potrebbe realizzarsi «a certe condizioni : [...] 1) innanzitutto, deve restar fermo il principio generale, ormai consolidato, che gli interventi (anche fiscali) che toccano la materia della tutela dell'ambiente, effettuati dalle Regioni nell'esercizio di proprie competenze legislative (come, appunto, quella tributaria residuale di cui all'art. 117, quarto comma, Cost.), per essere legittimi, devono pur sempre svolgersi nel rispetto dei livelli uniformi di tutela del valore ambientale fissati dallo Stato sull'intero territorio nazionale; 2) in secondo luogo, l'uso della leva tributaria regionale e locale dovrebbe comunque escludersi – in base ai principi di territorialità e continenza – quando è destinato a sostenere politiche ambientali relative a mali globali»⁵⁴.

3. Segue: legittimità costituzionale delle agevolazioni fiscali ambientali. Le agevolazioni contengono, *in nuce*, molte delle questioni di maggior rilievo in campo tributario.

gli assetti paritetici nell'attività amministrativa». Così L. Del Federico, *I tributi paracommutativi e la teoria di Antonio Berliri della tassa come onere nell'attuale dibattito su autorità e consenso*, in *Riv. dir. fin. Sc. Fin.*, 1, 2009, 69; Id., *I rapporti tra lo Statuto e la legge generale sull'azione amministrativa* in *Rass. Trib.*, 6, 2011, 1393; in precedenza: ID., *Autorità e consenso nell'imposizione tributaria: riflessioni sui tributi paracommutativi e sulle tasse facoltative*, in *Astrid on line*, 2007, in <http://www.astrid-online.it/>.

⁵⁰ P. Boria, *L'interesse fiscale*, Torino, 2002, 312 ss.; M. Versigioni, *Accordo e disposizione nel diritto tributario*, Milano, 2001, 135 ss.

⁵¹ R. Alfano, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, cit., 82. Il dibattito consensualistico – nonostante i provvedimenti in materia e il seguito ancora altalenante nell'interpretazione dell'Amministrazione finanziaria, che stenta ad abbandonare vecchi modelli burocratico-autoritativi – è ancora lontano dal soddisfare le aspettative dei contribuenti, che risultano fortemente incuriositi e meglio disposti verso tributi fondati sul principio dello scambio, ovvero prelievi basati sui principi del beneficio e della controprestazione: si tratta di forme impositive meglio rispondenti alla logica del consenso, che si prestano più di altre ad essere utilizzate per il finanziamento della spesa locale, rispetto ai tradizionali tributi redistributivi, nei quali il profilo coattivo può considerarsi ineludibile.

⁵² Così S. Staiano, *Il regionalismo differenziato dalla terra al mito e ritorno* in *Corti Supreme e Salute*, aprile 2023 reperibile in <http://www.cortisupremesalute.it/article/il-regionalismo-differenziato-dalla-terra-al-mito-e-ritorno/>

⁵³ Per un'analisi sulla questione del regionalismo differenziato, della necessità di *reductio ad unum* rispetto alle norme costituzionali che definiscono il tipo di Stato e ordinano i rapporti centro-periferia *anche* quanto al sistema fiscale, si rinvia ai molteplici interventi di S. Staiano, di cui, fra i suoi più recenti; in particolare S. Staiano, *Anti-mitopoiesi. Breve guida pratica al regionalismo differenziato con alcune premesse*, in *Federalismi.it*, 2 novembre 2022, 182; Id., *Salvare il regionalismo dalla differenziazione dissolutiva*, in *federalismi.it*, 22 marzo 2023, IV ss.

⁵⁴ La citazione è di F. Gallo, *Profili critici della tassazione ambientale*, in *Rass. Trib.*, 2, 2010, 303, in particolare par. 4.

Per tentare di contenere gli effetti indesiderati dei processi di mercato è possibile intervenire sulla spesa e sulle entrate pubbliche, attraverso finanziamenti o sovvenzioni equiparabili all'erogazione diretta di denaro per ragioni di interesse pubblico; parimenti è possibile utilizzare la leva fiscale per scopi di politica economica, attraverso agevolazioni tributarie con finalità extrafiscali, che, di fatto, pongano in essere un finanziamento indiretto dato dalla minore entrata tributaria⁵⁵. Rinviando in merito alla ricostruzione propria degli istituti sottrattivi⁵⁶, occorre meramente evidenziare che disposizioni di carattere derogatorio rispetto alla ordinaria disciplina dei singoli tributi o al sistema tributario generale attraverso la previsione di un trattamento tributario di favore rispetto a quello previsto trovano fondamento nella tutela di interessi e nel perseguimento di finalità ulteriori rispetto a quelle previste per lo specifico presupposto. Complesso è il procedimento interpretativo, che incide necessariamente sulle scelte dei membri della collettività, incentivandole o scoraggiandole, posto che nessun tributo è mai totalmente neutrale. Le agevolazioni tributarie, dettate da finalità di politica economica, sono legittimate da esigenze esterne al prelievo, in grado di realizzare vantaggi che, in alcune ipotesi, possono, a prima vista, apparire estranei al principio di capacità contributiva. Le norme di favore o sfavore si inseriscono, dunque, nell'ambito del trattamento fiscale complessivo di ciascun contribuente incidendovi significativamente, in ragione di precisi obiettivi di finanza pubblica o, come per le agevolazioni ambientali, di regolazione delle attività antropiche e di governo del territorio. Qualunque finalità si intenda perseguire non dovrebbe, in ogni caso, prevalere sui principi tributari garantiti dalla Costituzione. Le agevolazioni sono costituzionalmente legittime, nella misura in cui la deroga a tali principi trovi razionale e congrua giustificazione in altri principi costituzionali, equiordinati se non prevalenti; occorre verificare la ragionevolezza ed equità del trattamento derogatorio, alla luce del principio di uguaglianza. I trattamenti differenziati e di favore trovano spesso fondamento nella funzione di intervento dell'azione statale, tendente alla rimozione delle disuguaglianze di fatto, che può essere svolta attraverso la leva fiscale, posto che molteplici sono le indicazioni contenute nella Costituzione e rivolte al legislatore ordinario che giustificano un trattamento differenziato sotto il profilo fiscale. Tra questi da tempo è stata annoverata la sostenibilità ambientale, i cui costi possono, già in sede di attuazione del rapporto, giustificare una differente propensione alla contribuzione.

I molteplici benefici di natura fiscale correlati più in generale all'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile hanno da tempo perduto il carattere di occasionale supporto delle politiche pubbliche ed assunto stabilità nel sistema, in linea con il carattere strutturale delle agevolazioni rispetto all'obbligazione tributaria. La contestuale vigenza di principi costituzionali di pari rango impone al legislatore di combinare e bilanciare una pluralità di

⁵⁵ G. Selicato, *Profili teorici e lineamenti evolutivi degli strumenti agevolativi a carattere fiscale e non fiscale*, in *Riv. dir. trib. int.*, 3-4, 2004, 411; R. Alfano, *Agevolazioni fiscali in materia ambientale e vincoli dell'Unione europea*, in *Rass. Trib.*, 2, 2011, 328; A. F. Uricchio, M. Aulenta, G. Selicato (a cura di), *La dimensione promozionale del fisco*, Bari, 2015; A. Giovanardi, *Sulla ragionevolezza delle agevolazioni fiscali collegate allo svolgimento dell'attività economica in un determinato territorio: dalle zone franche urbane alla riduzione dell'imposta sul reddito per le nuove iniziative imprenditoriali nelle zone economiche speciali*, in *Giurisprudenza delle imposte*, 3, 2021.

⁵⁶ Secondo la nota qualificazione di F. Fichera, *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992, 35. Sul tema, *ceteris pluribus*, F. Moschetti, *Agevolazioni fiscali - Problemi di legittimità costituzionale e principi interpretativi* -, in *Dig. Disc. Priv., sez. comm.*, I, Torino, 1987, 74; S. La Rosa, *Esclusioni tributarie* in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1989; ID, *Esenzioni e agevolazioni tributarie*, ivi; F. Moschetti, *Profili generali*, in F. Moschetti (a cura di), *La capacità contributiva*, Padova, 1993, 43; S. La Rosa, *Le agevolazioni tributarie* in *Trattato di Diritto Tributario* diretto da A. Amatucci, Padova, 1994, I, 401; M. Basilavecchia, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni*, in *Encl. dir.*, V aggior., 2002 e in *Rass. trib.*, 2, 2002, 421.

valori costituzionali per la realizzazione del benessere pubblico. L'utilizzo delle agevolazioni per finalità ambientali permette di attivare comportamenti virtuosi da parte del singolo, persona fisica o giuridica, per il perseguimento di un'attività pubblica che, in tale settore, può assumere molteplici sfaccettature, agendo anche da volano per la diffusione di una diversa consapevolezza e coscienza ambientale⁵⁷. La spinta ad internalizzare i costi ambientali, contenuta nel principio «chi inquina paga», sembrerebbe comportare una contrazione dei possibili strumenti agevolativi, posto lo spettro sempre presente dei SAD, sussidi ambientalmente dannosi⁵⁸, che, nel rispetto del principio di ragionevolezza, debbono applicarsi esclusivamente alle ipotesi in cui la conseguente riduzione del prelievo possa trovare giustificazione ex artt. 3 e 53 Cost. Gli effetti dell'agevolazione devono concretizzarsi in un sostegno per la realizzazione di interessi pubblici suscettibili di un autonomo apprezzamento sociale, di cui sia chiara la sostenibilità ambientale, in quanto, in caso contrario, incombe concretamente il rischio di violazione del principio di capacità contributiva e dei principi fiscali europei. L'applicazione di agevolazioni ambientali deve considerarsi legittima in tutti i casi in cui il singolo o l'impresa pongano in essere scelte aziendali che potenzino la cd. competitività non di prezzo⁵⁹: le scelte effettuate prescindono dai limiti di costi previsti dall'attuale normativa e migliorano la reputazione ambientale del singolo o dell'impresa. Tali operatori privilegiano mercati caratterizzati da consumatori che attribuiscono valore alle esigenze sociali ed ambientali e sono disposti a sopportare l'onere del maggior prezzo del bene, per ottenere beni e servizi *environmentally correct*⁶⁰. In tali fattispecie appare legittima la previsione di strumenti agevolativi, posto che le scelte aziendali hanno superato gli standards normativi ambientali minimi; nelle altre ipotesi occorre procedere ad un accertamento, già in sede legislativa, della natura e dell'obbligatorietà dell'investimento correlato alle agevolazioni⁶¹, per poterne verificare il rispetto dei parametri interni e europei. È ormai definitivamente acclarato che la sostenibilità deve essere considerata, dal mondo dell'impresa, non un mero costo ma un'opportunità: le imprese possono ottenere vantaggi da un comportamento virtuoso dal punto di vista ambientale maggiori dei costi che tali comportamenti presuppongono. Lo sviluppo di un tale modello ha comportato nel tempo – tenendo conto di un lasso temporale necessariamente lungo,

⁵⁷ P. Stein, *Sostenibilità ambientale. Dalla retorica alla realtà: alcune iniziative per un'energia pulita* in Riv. giur. amb., 6, 2002, 847; L. Caimi, *Coscienza ambientale ed educazione alla legalità*, Milano, 2006.

⁵⁸ Ex Art. 68, l.n. 221/2015, n. 221 (*Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di Green Economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali*) annualmente è redatto un Catalogo dei Sussidi Ambientalmente Dannosi e dei Sussidi Ambientalmente Favorevoli. La pubblicazione dei dati 2022 in https://www.mase.gov.it/sites/default/files/archivio/allegati/sviluppo_sostenibile/Catalogo_sussidi_ambientali_2022.pdf nel giugno 2023. Si veda AA.VV., *Ossigeno Per La Crescita La decarbonizzazione al centro della strategia economica Post-COVID Proposte di riforme e azioni per un'economia resiliente*, Roma, 2020, integralmente pubblicato in https://www.astrid-online.it/static/upload/ref-ref-e_ossigeno-per-la-crescita-.pdf.

⁵⁹ E. Gerelli, *Reputazione ambientale e competitività non di prezzo*, in Riv. dir. fin. sc. fin., 4, 2002, 707; alla nota 7 si cita uno studio dell'International Finance Corporation, *Developing Value, The Business Case for Sustainability in Emerging Markets*, 2002, basato su 240 casi in 60 Paesi, che evidenzia come marchio e reputazione non di prezzo siano significativi nei Paesi sviluppati, mentre nei Paesi in via di sviluppo la prioritaria finalità sia il risparmio di costo. In tal senso cita ad esempio il *Made in Italy* che compete con successo sul mercato internazionale per la qualità, nonostante i costi più elevati sostenuti per la produzione.

⁶⁰ A. Sen, *La ricchezza della ragione: denaro, valori, identità*, Bologna, 2002: gli studi del premio Nobel 1998 è stata quasi interamente dedicata all'individuazione di modelli economici in grado di conciliare istanze di tipo etico con esigenze di profitto.

⁶¹ G. Selicato, *Profili teorici e lineamenti evolutivi degli strumenti agevolativi a carattere fiscale e non fiscale*, cit., 412, estende tali considerazioni anche alle agevolazioni finanziarie, parimenti soggette sia al principio interno di uguaglianza, sia a quello europeo del «chi inquina paga».

durante il quale numerose ed imprevedibili variabili (si pensi solo alla pandemia o all'emergenza bellica) si sono verificate – l'ampliamento di formule impositive a tutela dell'ambiente di carattere agevolativo, con conseguente progressiva erosione del livello di gettito tributario, direttamente proporzionale alla diffusione di tali pratiche. Le agevolazioni ecocompatibili stanno infatti svolgendo un importante ruolo ai fini dello sviluppo imprenditoriale, con particolare riferimento alle PMI⁶². L'attivazione di un sistema di agevolazioni è in grado di influenzare le scelte ed i comportamenti degli operatori; la previsione di adeguati interventi correttivi ha spinto e deve spingere progressivamente ed inesorabilmente verso pratiche di minor impatto ambientale, penalizzando e disincentivando rapporto non virtuosi. La realizzazione di un sistema di agevolazioni *lato sensu* considerate in favore della sostenibilità è dunque attualmente elemento primario nella valutazione anche delle politiche di impresa e nelle strategie imprenditoriali.

4. La novella costituzionale e le rinnovate prospettive per la fiscalità ambientale. La novella costituzionale – in linea con le misure poste in essere in sede europea nell'ambito del New Green Deal, in particolare con le recenti misure del *Fit for 55%* – con la esplicita collocazione riservata alla tutela dell'ambiente tra i diritti-doveri costituzionalmente garantiti, al di là delle molteplici polemiche sottese, ha certamente il merito di aver iniziato un processo di transizione culturale⁶³ fornendo una rilevanza all'ambiente *anche* sul piano politico⁶⁴ per cui il bilanciamento di interessi e valori costituzionali, pane quotidiano della Consulta, per usare la celeberrima definizione di G. Zagrebelsky, deve necessariamente essere veicolato attraverso la lente normativa della sostenibilità. La novella di principi deve guidare le scelte del legislatore ordinario, che ha il potere/dovere di porre in essere ogni provvedimento atto ad indirizzare l'attività economica – pubblica e privata – in chiave sostenibile in termini di modalità di produzione e di risultati prodotti nonché di controllo della sostenibilità stessa. Rafforzata risulta la trasversalità dell'ambiente e delle sue tutele a cui i diversi settori giuridici sono tenuti a fornire lo specifico contributo attraverso l'adozione dei peculiari strumenti propri di ognuno finalizzati alla tutela dell'ambiente e alla sostenibilità ambientale dell'iniziativa economica.

A tale modifica sostanziale deve essere conformato anche l'operato del legislatore tributario, che potrà e dovrà contribuire alla funzionalizzazione dell'ambiente e al perseguimento della sostenibilità. Gli importanti cambiamenti normativi e socio economici possono e devono trovare definizione anche attraverso la leva fiscale, rafforzando le fondamenta normative del diritto tributario dell'ambiente. La novella costituzionale ha infatti fornito rinnovata linfa

⁶² F. Amatucci, R. Alfano, M.P. Nasti (a cura di), *Fiscalità decentrata, prospettive di sviluppo e riflessi sulle PMI. Un'analisi comparata*, Roma, 2015, per l'analisi della L.n. 180/ 2011, pilastro fondante dell'economia italiana, tutelato e garantito dalla legge, il c.d. Statuto delle imprese per la promozione e tutela dell'attività d'impresa, ai diversi livelli di governo. La competitività di tali imprese risulta frenata prevalentemente da fattori di natura «non economica», *primi inter pares* l'eccessiva pressione fiscale e previdenziale-contributiva ed il peso della burocrazia connesso alla realizzazione degli adempimenti obbligatori. R. Alfano, *Imposte sui redditi, Detassazione e regime agevolativo. Il caso della Tremonti ambientale. Analisi di un'esperienza e possibili prospettive future* in V. Ficari (a cura di), *I nuovi elementi di capacità contributiva*. Roma, 2018, 138.

⁶³ Con le parole di G.M. Flick, *L'articolo 9 della Costituzione oggi. Dalla convivenza alla sopravvivenza*, in *Federalismi.it*, 12 luglio 2023, n. 17, paper, 1 ss.: «Siamo molto lontani, soprattutto in ciò che riguarda il percorso delle due transizioni: transizione ecologica e transizione tecnologica. Esse devono muovere in sintonia e in sinergia. Ma sono destinate a cozzare l'una con l'altra e a non trovare equilibrio se non aggiungiamo adesso una terza transizione: la transizione culturale che è in fondo il ritorno alla centralità della persona e per un giurista (ma non solo per lui) della Costituzione».

⁶⁴ M. Cecchetti, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2022, 128.

alla definizione di un diritto tributario dell'ambiente, attraverso un movimento centripeto e bidirezionale.

Da un lato la novella costituzionale, in linea con l'approccio europeo in tema di fiscalità ambientale ha segnato la fine di quello che può essere definito come lo sforzo qualificatorio proprio dell'«ottimo tributo ambientale», posta la imprescindibilità delle ragioni extrafiscali ambientali e di prelievi con mera finalità ambientale che, certamente, affondano le radici ben al di là del territorio nazionale. Nell'ambito di un rapporto mai semplice fra tributi ambientali *stricto sensu* e tributi con mera finalità ambientale occorre dare per acclarate le origini e acquisito il dibattito, ipotizzando che la fiscalità circolare e sostenibile preveda necessariamente una molteplicità di sfaccettature e che il sistema imponga un'analisi che tenga conto *anche* delle finalità e dei potenziali benefici, proprio per la necessità di bilanciamento dei diversi interessi, certamente confortata dalla modifica costituzionale e dal nuovo approccio europeo. La leva fiscale ambientale prevede dunque necessariamente una molteplicità di sfaccettature: necessaria un'analisi che tenga conto anche delle finalità e dei potenziali benefici, proprio per la necessità di bilanciamento dei diversi interessi, tenendo conto del mutato quadro costituzionale.

Dall'altro occorre altresì prevedere la realizzazione di un collegamento diretto fra plurimi strumenti tributari e sostenibilità. «Le modifiche costituzionali nell'imporre doveri di tutela, divieti di pregiudizio e sostenibilità delineano un diritto non solo «dell'ambiente» ma anche «all'ambiente» e aprono di molto la concreta opportunità (se non, addirittura, necessità) di nuove prospettive normative tributarie»⁶⁵. Il ventaglio dei possibili interventi deve necessariamente dilatarsi; accanto al sistema di tributi ed agevolazioni ambientali giustificato in sede interpretativa la novella costituzionale deve dunque giustificare sia una concezione più vasta di prelievo ambientale, sia una rinnovata serie di strumenti tributari volti a valorizzare l'impatto ambientale delle attività e degli investimenti. *Ex art. 9 Cost.*, si rende necessario definire cosa si intenda tutelare nell'accezione volutamente vasta di ambiente, biodiversità ed ecosistema da aggiungersi alla più tradizionale definizione di paesaggio, nel rispetto dell'interesse delle future generazioni, che impone che la norma tuteli le attività e gli investimenti orientati stabilmente alla sostenibilità. Analogamente con riferimento all'art. 41 Cost. La libera iniziativa economica privata è, all'attualità, vincolata ex c. 2, dal divieto a nuocere all'ambiente e nel contempo, inderogabilmente orientata, ex c. 3, alla sostenibilità, in ragione dell'obbligatoria previsione di regolamentazione normativa, che ne determini i programmi e i controlli. Le conseguenze dell'iniziativa economica per portatori di interessi pubblici e privati ne impongono una storicizzazione e contestualizzazione in chiave sostenibile sia nei riflessi interni che esterni alla produzione stessa e impongono che l'utilità sociale non arrechi danni all'ambiente⁶⁶. Compito del legislatore è dunque la definizione degli

⁶⁵ Così V. Ficari, *Le modifiche costituzionali e l'ambiente come valore costituzionale: la prima pietra di una fiscalità ambientale, zone economiche speciali (ZES) e possibili zone economiche ambientali (ZEA)*, in AA.VV. *L'impatto delle zone economiche speciali sugli ordinamenti giuridici e finanziari nazionali*, cit., 261, secondo cui «È indubbio che le diverse manifestazioni di rilevanza della fattispecie «ambiente» hanno, in prospettiva, una diversa concreta ricaduta sulla disciplina fiscale dei comportamenti economici virtuosi o non virtuosi dal punto di vista ambientale e sugli investimenti a connotazione green». Analogamente L. Strianese, *Zone franche verdi in Italia tra principi costituzionali, aiuti a finalità regionale e sostenibilità*, *ibidem*, 214.

⁶⁶ V. Ficari, *Le modifiche costituzionali e l'ambiente come valore costituzionale: la prima pietra di una «fiscalità» ambientale, zone economiche speciali (ZES) e possibili zone economiche ambientali (ZEA)* in AA.VV. *L'impatto delle zone economiche speciali sugli ordinamenti giuridici e finanziari nazionali*, cit., 270: La modifica ha un particolare rilievo in quanto la tutela dell'ambiente non è più solo un limite come già desumibile dall'appartenenza della tutela ambientale ai

obiettivi e dei programmi di indirizzo e coordinamento dell'attività economica cui anche la leva fiscale – espressione di una più vasta politica pubblica dell'iniziativa economia sostenibile – deve conformarsi. Il mutato quadro costituzionale permette di affiancare ulteriori strumenti tributari alle già evidenziate tipologie di prelievo e di agevolazione ambientale, qualificate in ragione del principio del «chi inquina paga» quali strumenti di internalizzazione nel prelievo del danno ambientale arrecato da determinate attività produttive. La maggiore capacità contributiva viene evidenziata nell'esercizio di un'attività economica inquinante; la ricchezza prodotta da tali attività non sostenibili ed inquinanti può essere sottoposta a prelievo per acquisire risorse finanziarie, dissuadendo, nel contempo, determinati comportamenti non sostenibili ed orientandone quelli futuri⁶⁷. Come rilevato, l'esercizio dell'attività inquinante ha giustificato la previsione di un prelievo specifico, posto il vantaggio per l'inquinatore⁶⁸, che però si è rivelato spesso inefficace nell'orientare i comportamenti, sostanziosamente, nei fatti, meramente in una declinazione risarcitoria⁶⁹. Il mutato assetto costituzionale permette di giustificare una serie di prelievi basati sul principio di precauzione. La leva fiscale assume pertanto un ruolo di stimolo alla sostenibilità, favorendo il contemperamento tra il valore della tutela ambientale e quello dello sviluppo economico. Passano pertanto in secondo piano le finalità risarcitorie del prelievo ambientale a tutto vantaggio di misure indirizzate al risultato della sostenibilità e tutela anche nella prospettiva delle future generazioni. La novella costituzionale pare, dunque, foriera di un cambiamento prospettico per cui sia la sostenibilità la componente da far assurgere nel presupposto, in un'ottica evolutiva e dinamica, che giustifichi altresì possibili interventi normativi e tributari in grado di coniugare i potenziali effetti virtuosi «di un'attività economica in termini sia di impatto ambientale che di sviluppo con una delimitazione territoriale dell'attività stessa rispetto ad un territorio che per le sue caratteristiche sociali, economiche e geologiche possa giustificare un intervento mirato»⁷⁰. In tal senso può essere annoverata la recente introduzione delle Zone Economiche Speciali, strumenti finalizzati ad imprimere una spinta reale allo sviluppo dei territori del sud Italia e, di riflesso, dell'intero Paese, in una rinnovata visione di sistema, con il fine di superare gli endemici squilibri in termini di competitività presenti⁷¹. Fra queste, un particolare rilievo è stato conferito alle Zone Economiche

valori di cui si sostanzia l'utilità sociale ma diventa, ora, finalità da perseguire ex lege in quanto il valore ambiente è parametro di orientamento della libertà di iniziativa stessa.

⁶⁷ V. Ficari, *Nuovi elementi di capacità contributiva ed ambiente: l'alba di un nuovo giorno...fiscalmente più verde?*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, 827.

⁶⁸ C. Sciancalepore, *Dai tributi ambientali agli ecostudi di settore. Una soluzione possibile?*, in A. Uricchio, G. Selicato (a cura di), *Circular Economy and Environmental Taxation*, Bari, 2021, 175; A. Parente, *Emergenze ambientali e dinamiche impositive nelle fonti primarie di diritto comunitario*, *ibidem*, 204.

⁶⁹ Da più parti si è evidenziato come la possibile applicazione di tributi ambientali basati sul principio «chi inquina paga» non sia stata realmente in grado di arginare il degrado ambientale o ridurre il livello di inquinamento. M.A. Icolari, *La fiscalità ambientale al tempo del coronavirus*, in M.A. Icolari (a cura di), *La tutela dell'ambiente al tempo della crisi pandemica*, Torino, 2021, 136.

⁷⁰ Così V. Ficari, *Le modifiche costituzionali e l'ambiente come valore costituzionale: la prima pietra di una «fiscalità» ambientale, zone economiche speciali (ZES) e possibili zone economiche ambientali (ZEA)* in AA.VV., *L'impatto delle zone economiche speciali sugli ordinamenti giuridici e finanziari nazionali*, cit., 270.

⁷¹ P. Di Palma, E. Lanzi, *Dalle Zone Economiche Speciali (ZES) alla Port Authority*, in *Dir. e Pol. Trasp.*, 1, 2018, 1: «Le ZES, infatti per la maggiore capacità di catalizzare investimenti diretti esteri grazie alla concessione di agevolazioni fiscali, finanziarie, amministrative ed infrastrutturali, si sono rivelate un efficace strumento di accelerazione economica rispetto al modello classico di zona franca doganale, risultando più attraenti per la business community. L'introduzione di questi formidabili strumenti di accelerazione economica tenderebbe a favorire il cambiamento del ruolo del nostro Paese nel Mediterraneo: non più solo porta dell'Europa ma fulcro e volano dell'economia euro-mediterranea».

Ambientali (ZEA). Si tratta di un modello, orientato alla valorizzazione di investimenti ecosostenibili: viene prevista l'introduzione di un articolato sistema di norme fiscali di favore volte a potenziare gli investimenti produttivi sostenibili senza conferire una particolare rilevanza ad attività di risanamento da danni ambientali⁷². La presenza di una molteplicità di agevolazioni in primo luogo – ma non solo – fiscali e burocratiche e la propulsiva spinta alla sostenibilità e alla *Circular Economy* sono potenzialmente in grado di fungere da esponenziale moltiplicatore di tali aree e delle attività imprenditoriali che vi insistono, in una rinnovata visione di sistema: la previsione di zone le cui attività beneficino di norme tributarie sottrattive *ad hoc* trova dunque fondamento nella meritevolezza e sostenibilità delle iniziative stesse⁷³.

5. Qualche riflessione conclusiva. La modifica della Costituzione ha suscitato molteplici polemiche e sollevato reazioni affatto diverse. In ogni caso improcrastinabile risulta la necessità che il legislatore ponga in essere – secondo la modalità trasversale, che da sempre qualifica la tutela dell'ambiente – politiche mirate ecosostenibili, fra cui certamente può assumere un ruolo chiave la politica tributaria.

Già avvenimenti climatici che quotidianamente caratterizzano il pianeta hanno ormai inequivocabilmente evidenziato che la crescita economica deve essere esplicitamente subordinata alla sua sostenibilità. Tale assunto, ha certamente acquisito vigore e *status* definitivo negli ultimi anni, sconvolti anche dalle recenti emergenze pandemica e bellica e che hanno ulteriormente evidenziato le priorità in termini di sostenibilità ed economia circolare. Le chiare prese di posizione internazionali e soprattutto europee – in particolare con i programmi compresi nel *New Green Deal* e *Next Generation EU* – devono trovare effettiva ed immediata applicazione interna: in particolare, l'ambizioso programma europeo impone il superamento immediato di evidenti gap di circolarità in sede interna. Prezioso può e deve essere il contributo delle politiche tributarie e finanziarie per il superamento a medio e lungo termine dei limiti e per lo sviluppo in chiave ecocompatibile, incoraggiando comportamenti circolari, in cui l'Italia evidenzia una buona, per quanto ancora necessariamente migliorabile, *performance*⁷⁴.

Le diverse componenti possono e devono, dunque, essere analizzate attraverso le lenti di

⁷² Sul tema, in particolare P. Barabino, *Le zone franche verdi: una proposta normativa green oriented contro il fenomeno dello spopolamento*, in *Tax news*, 19 giugno 2020; Id., *Le zone franche nel diritto tributario*, Torino, 2020, *passim*; Id., *Nuove prospettive per le zone franche: la ricerca di un paradigma*, in *Riv. dir. trib.*, 1, 2021, 558.

⁷³ A. Giannola, *La SVIMEZ sul Quadrilatero ZES nel Mezzogiorno continentale*, in <http://lnx.svimez.info/svimez/>. L'Associazione per lo Sviluppo dell'Industria nel Mezzogiorno-Svimez ha presentato, nell'aprile 2022, il progetto «Ricostruzione del Mediterraneo e rinascimento del Mezzogiorno d'Italia: resilienza del passato che si fa presente e diventa futuro – next generation UE», compreso tra gli interventi che faranno parte della realizzazione del PNRR. In precedenza E. Manti, *Zone Economiche Speciali. Settori di intervento, aree produttive e poli logistici per una politica industriale nel Mezzogiorno*, in *Riv. Econom. Mezz.*, 3/4, 2019, 930; A. Giannola, *La SVIMEZ sul Quadrilatero ZES nel Mezzogiorno continentale*, in *Riv. Econom. Mezz.*, 1/2, 2020, 5.

⁷⁴ L'Italia – come rileva il Quinto Rapporto sull'economia circolare in Italia del maggio 2023 ad opera del Circular Economy Network – riveste un ruolo apicale rispetto a Francia, Germania, Spagna e Polonia nell'ambito della produzione, del consumo, della gestione circolare in primo luogo dei rifiuti oltre che degli investimenti e dell'occupazione nel riciclo, nella riparazione e nel riutilizzo. Ciononostante è evidente una fase di contrazione di oltre due punti percentuali negli ultimi 4 anni in tema di riutilizzo e riuso (<https://www.fondazionevilupposostenibile.org/presentato-oggi-il-quinto-rapporto-nazionale-sulleconomia-circolare/>). R. Alfano, M. Bisogno, *I tributi sulla plastica: evoluzione interna, sollecitazioni europee e possibili prospettive nell'ambito della strategia di circular economy* in, in G. Selicato, A. Uricchio (a cura di), *Circular Economy and Environmental Taxation*, Bari, 2022, 290.

ingrandimento del tributarista. L'interesse dei legislatori nazionali all'uso di strumenti tributari a protezione dell'ambiente ha subito un esponenziale aumento dopo un lungo periodo di latenza ed ambigue applicazioni e all'attualità appare evidente il ruolo chiave della leva fiscale per la transizione alla neutralità climatica e agli obiettivi dell'economia circolare. Oggi, le linee guida europee e la modifica costituzionale in tema di fiscalità ambientale suggeriscono la necessità di abbandonare gli sforzi che hanno caratterizzato gli ultimi decenni per la ricerca «dell'ottimo tributo ambientale»; al tempo stesso, in ragione proprio della linfa conferita dalla novella costituzionale, la sostenibilità come espressione del valore ambientale può divenire elemento qualificatorio del tributo. Su tutto, la conclamata imprescindibilità delle ragioni extrafiscali alla sostenibilità e circolarità che hanno dato vigore alla previsione di prelievi con finalità *lato sensu* ambientali e legittimato la previsione di una articolata serie di strumenti agevolativi per le medesime finalità. Le rinnovate fondamenta internazionali, europee e costituzionali permettono di rafforzarne la declinazione tributaria interna, che, al pari delle altre politiche pubbliche sostenibili sollecita una attenzione ancora maggiore nell'analisi e nel bilanciamento dei diversi interessi, sia a livello normativo che interpretativo. L'*Actio finium regundorum* costituzionale può, dunque, risultare foriera di nuove prospettive, che spingono anche ad ipotizzare una rilettura in termini di diverso e ragionevole bilanciamento degli interessi. «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...] Nessuno fra i diritti può e deve diventare «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona [...] Occorre, garantire un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi»⁷⁵. Quanto ribadito nella prima sentenza ILVA aveva consentito, nella seconda sentenza ILVA al Giudice delle leggi di affermare che il necessario bilanciamento tra tutti i beni e i diritti costituzionalmente protetti, tra cui il diritto alla salute, il diritto all'ambiente salubre e il diritto al lavoro, non comportava in linea teorica una preclusione per il legislatore ad intervenire per salvaguardare la continuità produttiva in settori strategici per l'economia nazionale e per garantire i correlati livelli di occupazione. Il lustro trascorso dalla seconda sentenza ILVA è stato talmente caratterizzato da accadimenti di così vasta portata da sollevare ben più di una riflessione in merito al ruolo che deve essere garantito allo sviluppo sostenibile e alla sua multidimensionalità in una prospettiva ambientale, economica e socio-culturale. La sostenibilità si colloca «al di là» della tutela ambientale coinvolgendo la dimensione economica, sociale, etica, culturale, politica, educativa⁷⁶; non può essere ulteriormente trascurata e deve plasmare le gerarchie di valori,

⁷⁵ Così Corte cost., sentenza n. 85 del 4 maggio 2013, punto 9 che ribadisce: «La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264/2012). «La qualificazione come primari dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi». In seguito la Corte era poi stata chiamata a giudicare la legittimità costituzionale del cd. decreto Ilva del 2015 che consentiva la prosecuzione dell'attività nonostante il provvedimento di sequestro preventivo dell'autorità giudiziaria per reati inerenti la sicurezza dei lavoratori ancorché costituzionalmente tutelati. La Consulta, con un ragionamento che appariva ricalcare il precedente aveva però concluso con un *decisum* politico, esattamente al contrario, rilevando che l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva può essere privilegiato sul diritto alla salute purché tale privilegio non sia «eccessivo» e il diritto alla salute non venga «trascurato del tutto». Corte Costituzionale, sentenza n. 58/2018.

⁷⁶ Interessanti le considerazioni di S. Manservigi, *Ambiente: valore giuridico e valore educativo. Una prospettiva sinergica per la piena realizzazione di uno sviluppo sostenibile*, in *Annali online dell'Università di Ferrara*, 15-16/2018, 151-166, reperibile in <https://annali.unife.it/adfd/article/view/1904>.

qualificare i nuovi modelli giuridici ed economici e i sistemi di produzione e di consumo dell'attuale economia globalizzata⁷⁷.

La risposta dovrà essere multidimensionale ed unitaria. Imprescindibile il superamento di una logica cristallizzata, superamento a cui proprio la riforma costituzionale deve contribuire, favorendo un resiliente bilanciamento di interessi⁷⁸. Le caleidoscopiche declinazioni ambientali devono ispirare la rimodulazione della scala valoriale. Imprescindibile la sinergia fra le diverse politiche pubbliche affinché la transizione ecologica e tecnologica assuma prioritariamente i caratteri di «transizione culturale». «La ricerca di un equilibrio, tra l'obiettivo della riduzione di emissioni nocive e il mantenimento delle condizioni che determinano la qualità della vita non può che passare da scelte politiche consapevoli e da strategie di lungo periodo, che sappiano guardare alla crescita con una visione di insieme e che non siano preda degli interessi economici predominanti»⁷⁹.

La politica fiscale ambientale, nell'alveo del rinnovato assetto di principio europeo e costituzionale, ben può essere parte attiva di promozione del cambiamento, fungere da volano per lo sviluppo sostenibile e contribuire alla realizzazione del conseguenzialmente rinnovato bilanciamento di interessi.

Per questa e, soprattutto, per le generazioni future, richiamate dalla novella Costituzionale. Perché «se gli esseri umani e le loro società esistono nel solo presente ... sono destinati a perire nel futuro, sono destinati al punto zero. All'autoreferenzialità della generazione presente, si devono opporre le pretese vitali di coloro che verranno, che hanno il diritto, fondamentale quanto altro mai, di succedere a noi»⁸⁰.

Abstract. L'articolo analizza la recente modifica costituzionale degli articoli 9 e 41 Cost., in materia ambientale. La modifica, che ha suscitato molteplici polemiche, ha reso improcrastinabile la necessità che il legislatore ponga in essere – secondo la modalità trasversale, che da sempre qualifica la tutela dell'ambiente – politiche mirate ecosostenibili. Fra queste certamente può assumere un ruolo chiave la politica tributaria ambientale, che, nell'alveo del rinnovato assetto di principio europeo e costituzionale, ben può essere parte attiva di promozione del cambiamento, fungere da volano per lo sviluppo sostenibile e contribuire ad un rinnovato bilanciamento di interessi, a favore della generazione attuale e, soprattutto, delle generazioni future, espressamente richiamate dalla novella Costituzionale.

⁷⁷ R. Maione, *Europa e Recovery Fund: un nuovo modello di sviluppo economico e ambientale*, in M.A. Icolari (a cura di), *La tutela dell'ambiente al tempo della crisi pandemica*, cit., 248; H. Bruyninckx, *Pandemia, clima estremo e crisi economica: la sostenibilità è l'unica risposta*, 14 ottobre 2022, reperibile in <https://www.eea.europa.eu/it>.

⁷⁸ J. Rifkin, *L'Età della resilienza* (trad. T. Cannillo), Milano, 2022: «Abbiamo a lungo pensato di poter costringere il mondo naturale a adattarsi alla nostra specie e ora siamo costretti a adattarci noi a un mondo naturale imprevedibile. Occorre un radicale ripensamento della concezione del tempo e dello spazio. L'Età del Progresso, un tempo considerata sacrosanta, è ormai al tramonto, mentre una nuova e potente narrazione è in ascesa: l'Età della Resilienza. Durante l'Età del Progresso la regola aurea era l'efficienza, che imprigionava nell'incessante sforzo di ottimizzare l'espropriazione, la mercificazione e il consumo dei doni della Terra, con l'obiettivo di accrescere l'opulenza della società umana, ma al prezzo del depauperamento della natura. Nella nuova era, invece, l'efficienza sta cedendo il passo all'adattatività portando con sé profondi cambiamenti nell'economia e nella società. Possibile è una seconda opportunità di prosperare sulla Terra perché la natura è ridondante, diversificata e rigenerativa e sono questi gli aspetti da recuperare».

⁷⁹ M. Meli, *Quando l'ambiente entra in conflitto con sé stesso: fonti energetiche rinnovabili e tutela del paesaggio*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, 2021, 2, 1 ss.

⁸⁰ La citazione è di G. Zagrebelsky, *Senza adulti*, Torino, 2016, riportata da A. Giovannini, *I diritti delle nuove generazioni e la finanza pubblica: un patto intergenerazionale in Costituzione*, cit., 20.

Abstract. The article analyses the recent amendments of Articles 9 and 41 of the Italian Constitution on environmental protection. This reform caused multiple controversies and highlighted the need for targeted, cross-cutting and environmentally sustainable public policies. Among these policies those related to environmental taxation can certainly play a key role and can be active part of promoting change for sustainable development and contributing to a renewed balance of values. This result has to be achieved within new European and Constitutional framework for the benefit of present and, above all, future generations.

Parole chiave. Ambiente – politiche tributarie – bilanciamento dei valori – generazioni – responsabilità.

Key words. Environment – tax policies – balance of values – generations – responsibility.

PARTECIPAZIONE DEI PRIVATI NELLE DECISIONI PUBBLICHE IN MATERIA AMBIENTALE *

di Valentina Capuozzo **

Sommario. 1. Premessa. – 2. La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche in Italia: cenni. l'evoluzione del rapporto cittadino-Pubblica amministrazione dalla burocrazia alla *governance*. – 3. *Segue*. La normativa vigente. – 4. Un caso di studio: il progetto ISAAC e l'impianto per la produzione di biogas nel Comune di Andria. – 5. Riflessioni conclusive.

256

1. Premessa. Ognuna delle fasi di cui si compone il ciclo di vita delle politiche pubbliche, dalla formulazione fino ad attuazione e valutazione, presuppone l'intervento di molteplici attori, soggetti pubblici e privati quali parlamento, governo, amministrazioni locali, burocrazia, magistratura, partiti, gruppi di pressione, movimenti, esperti, organizzazioni di interesse¹. Può dirsi, dunque, che le politiche pubbliche sono partecipative per definizione. Occorre allora preliminarmente definire cosa si intende per partecipazione ai fini della presente ricerca. Ci si riferisce, specificamente, alla pratica di coinvolgere i cittadini nel processo decisionale che conduce alla *policy*².

Vi sono diversi motivi per cui si chiede la partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Il primo è quello di consentire alla P.A. una migliore conoscenza dei fatti e degli interessi su cui basare le scelte, che vede il privato in funzione di ausilio per la Pubblica amministrazione. Il secondo motivo è quello di tutelare il privato rispetto a eventuali mancanze dell'azione pubblica. Si pensi a garanzie, come quella del contraddittorio nel procedimento, che obbligano l'amministrazione ad agire secondo le regole della giustizia, rendendola più equa. Il terzo, infine, è quello di consentire ai soggetti interessati dalla decisione di esprimere la propria opinione nel processo decisionale, perciò obbligando l'amministrazione a rispettare altresì il principio di democrazia³.

* *Sottoposto a referaggio*. Le ricerche per il presente contributo si collocano nell'ambito del Modulo Jean Monnet EU_SOCIAL "European Solidarity: Comparative Interdisciplinary Approach to Law, Politics and Social Challenges" 2022/2025, disclaimer.

** Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato – Università di Bologna.

¹ Si v. L. Bobbio, G. Pomatto, S. Ravazzi, *Le politiche pubbliche. Problemi, soluzioni, incertezze, conflitti*, Milano, 2017, in part. 21 ss.; A. La Spina, E. Espa, *Analisi e valutazione delle politiche pubbliche*, Bologna, 2011, 37 ss.

² Cfr., *ex aliis*, A. Alemanno, *Stakeholder engagement in regulatory policy*, in OECD Regulatory Policy Outlook 2015, Parigi, 2015, 10; G. Capano, S. Piattoni, F. Raniolo, L. Verzichielli, *Elementi di scienza politica*, Bologna, 2021.

³ Così S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2007, 14, che prosegue evidenziando come la partecipazione dei cittadini alle politiche pubbliche viene dunque a incidere sul rapporto tra Stato e cittadino (pp. 15 e 16), collocandosi «sul crinale tra i tre principi che reggono i poteri pubblici, quello di autorità (su cui si fonda il potere esecutivo), quello di giustizia (assicurato, di regola, dalle Corti), quello di democrazia (a cui provvedono normalmente le assemblee rappresentative)». Cfr. poi Id., *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Archivio giuridico*, 1-2, 1970; G. Barone, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969.

È su tale ultimo motivo che il presente studio intende concentrarsi, interrogandosi in particolare sul ruolo che la partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche può svolgere nel rendere attuale l'importanza che la l. cost. n. 1/2022 riconosce alla tutela dell'ambiente⁴. In questa prospettiva, il lavoro è strutturato in una prima parte più generale, che analizza l'evoluzione della partecipazione dei privati alle politiche pubbliche in Italia, rilevando una crescente attenzione del legislatore regionale ai processi partecipativi (parr. 2 e 3), per poi concentrarsi su uno specifico caso di studio in materia ambientale, offerto dal progetto ISAAC, finanziato dall'Unione europea per promuovere la crescita del settore biogas come fonte di energia a emissioni zero (par. 4).

2. La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche in Italia: cenni. l'evoluzione del rapporto cittadino-Pubblica amministrazione dalla burocrazia alla governance.

In Italia, il tema della partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche è venuto evolvendo di pari passo ai profondi cambiamenti che, negli ultimi decenni, hanno interessato il paradigma italiano di Pubblica amministrazione, ispirati all'avvertita esigenza di rendere più efficiente, economica ed efficace l'azione pubblica. Invero, dopo la crisi degli anni Settanta, il fallimento delle ambiziose politiche di riforma avviate nel periodo di ricostruzione successivo alla Seconda guerra mondiale e la diffusa sfiducia nella capacità dello Stato, da solo, di guidare il coordinamento dello sviluppo socioeconomico⁵ si sono tradotti nella ricerca di modelli alternativi a quello burocratico classico⁶, le cui rigidità avevano spesso finito per rivelarsi disfunzionali per l'interesse pubblico.

Ecco dunque l'emergere, dapprima, del modello del *New public management* (NPM) che, ispirato alla teoria economica neoclassica, si è caratterizzato per gli interventi di ridimensionamento della sfera pubblica e l'introduzione di sistemi di gestione mutuati da imprese private. Poi, quando una serie di crisi economiche ha incrinato anche la concezione del primato del mercato rispetto allo Stato⁷, la constatazione della troppa semplicistica e, per questo, disfunzionale assimilazione del complesso rapporto cittadino-pubblica amministrazione a quello consumatore-fornitore ha condotto a un nuovo cambio di paradigma.

È emerso un diverso approccio di *governance*, che è subentrato al modello istituzionale e formale di *government*, conducendo alla ricerca di schemi decisionali condivisi⁸. Il concetto di *governance* è invero associato all'esercizio dei poteri con l'obiettivo di creare consenso attorno alle scelte pubbliche, e perciò si caratterizza per la centralità delle interazioni presenti ai vari livelli del contesto sociopolitico, nonché per l'apertura all'ambiente economico e sociale esterno⁹.

⁴ Sulla tutela dell'ambiente, il progressivo emergere del suo valore nella giurisprudenza e nella normativa interna ed europea si v., *ex multis*, D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022; F. Pastore (a cura di), *La tutela dell'ambiente. Un approccio multidisciplinare*, Roma, 2015; a proposito della riforma costituzionale, cfr. *ex aliis* gli interventi al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, tenutosi a Roma il 12 maggio 2023, pubblicati in *Rivista AIC*, 3, 2023.

⁵ Per un approfondimento, si v. G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022.

⁶ Su cui si v. E. Borgonovi, E. Fattore, F. Longo, *Management delle istituzioni pubbliche*, Milano, 2015, 59 ss.

⁷ Per approfondire, cfr. G. Amato, *Bentornato Stato*, cit.

⁸ Cfr. E. Borgonovi, E. Fattore, F. Longo, *Management delle istituzioni pubbliche*, cit., 69 ss.

⁹ Sul punto si v. *amplius* R.A.W. Rhodes, *Understanding Governance*, Maidenhead, 1997.

È in questo contesto che nasce l'attenzione del legislatore per i cosiddetti processi partecipativi dei cittadini all'elaborazione delle politiche, che sono in grado di produrre soluzioni più efficienti in quanto permettono di raccogliere e analizzare un numero maggiore di informazioni, di tenere in considerazione opinioni e valori diversi, di garantire una maggiore adattabilità e flessibilità della *policy*¹⁰.

Il processo partecipativo è dunque una forma di partecipazione in cui risulta preponderante l'elemento del dialogo e del confronto in vista di una determinata scelta pubblica. Si tratta di un percorso volto a porre in comunicazione enti, soggetti privati, associazioni e individui coinvolti dalla *policy*, per consentire la completa rappresentazione delle posizioni, degli interessi o dei bisogni sulla questione, giungendo a una proposta e alla sua eventuale negoziazione in funzione di una codecisione che risulti dall'accordo dei soggetti interessati. Una parte della dottrina ha tuttavia espresso diffidenza rispetto a tale processo di codecisione, ponendone in discussione la capacità di tradurre in concreto gli obiettivi inclusivi prefissati. In particolare, secondo siffatto approccio, la partecipazione cui mira la *governance* non sarebbe altro che una mera «forma di 'assorbimento' delle rivendicazioni, basata sulla propaganda e la semplice apertura di sedi di discussione e negoziazione, senza una effettiva partecipazione e recepimento delle istanze nei processi decisionali»¹¹. Si è parlato a tale proposito di un «inganno della tavola rotonda»¹² che, pur presentando come democratiche le decisioni partecipate, tenderebbe in realtà a imporle per il tramite di un processo in cui la comunicazione accattivante eluderebbe il conflitto lasciando irrisolto il nodo centrale, vale a dire quello della ricezione delle istanze provenienti dai cittadini.

Tre sono i rilievi su cui si fonda tale visione critica. Il primo sottolinea il paradosso di procedure che, pur mirando all'inclusione, possono in realtà finire per ascoltare soltanto gli interessi meglio organizzati, con il pericolo di scivolare in decisioni oligarchiche ed elitarie che non tengono in considerazione coloro i quali sostengono altre politiche in forma auto-organizzata¹³. Il secondo sottolinea il problema dell'egual peso attribuito a ciascuno nel processo partecipativo, in grado di assicurare un'eguaglianza meramente formale ma non sostanziale¹⁴, così rischiando di lasciar prevalere gli interessi organizzati più forti. Infine, si

¹⁰ Cfr. S. Belligni, *Miss Governance, I presume*, in *Meridiana*, 50-51, 2004; in senso fortemente critico, come appresso si vedrà, A. Algostino, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento No Tav*, Napoli, 2011, in part. 122 e ss.

¹¹ A. Algostino, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione*, cit., 124.

¹² Ivi, 127.

¹³ Cfr., ivi, 124: «La *governance* conferirebbe, rispetto al *government*, una legittimazione ulteriore, o differente, al processo decisionale e favorirebbe la realizzazione dell'inclusione: è una inclusione reale ed effettiva, su un piano di eguaglianza, o una forma di 'assorbimento' delle rivendicazioni, basata sulla propaganda e la semplice apertura di sedi di discussione e negoziazione, senza una effettiva partecipazione e recepimento delle istanze nei processi decisionali?» e ancora, 125: «Nulla togliendo alle esigenze di miglior comunicazione e informazione, il nodo centrale non dovrebbe essere la ricezione delle istanze provenienti dai cittadini? Convincere della democrazia o essere democrazia?». L'A. sostiene che «in altri termini la cooptazione della società civile nei processi di *governance* sembra coerente non rispetto al proposito di recepire le istanze sociali ma rispetto a quello di evitare che abbia spazio per affermarsi chi – specie se in forma (auto)organizzata – sostiene politiche altre».

¹⁴ Ivi, 127: «I partecipanti sono seduti intorno allo stesso tavolo, i posti sono tutti eguali, tutti hanno un eguale diritto ad intervenire: una situazione idilliaca per la democrazia? Forse sì, se si fossero già rimossi quegli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (Cost. it., art. 3, c. 2). In presenza,

rileva come il proliferare degli accordi negoziali fra parti sociali dia luogo all'espandersi di una *soft law* che rischia di condurre al progressivo abbandono della legge come norma valida per tutti¹⁵.

Se l'ultimo rilievo critico è legato a circostanze ordinamentali dipendenti dal modo di produzione del diritto, la cui progressiva trasformazione e i rischi che ne conseguono appaiono estranei al focus di questa ricerca¹⁶, rispetto alle altre criticità sottolineate può dirsi che la strada per eluderle passa per una puntuale disciplina dei processi partecipativi. E l'analisi della normativa italiana vigente, che non regola il fenomeno a livello statale, sembra mostrare un crescente interesse del legislatore regionale per i processi di partecipazione.

3. Segue. La normativa vigente. Gli Statuti regionali affermano generalmente il principio della partecipazione e consultazione dei cittadini¹⁷, in coerenza con la sussidiarietà orizzontale di cui all'articolo 118, c. 4, Cost.¹⁸, che attraverso tali processi partecipativi riceve forme di attuazione.

Ebbene, oltre agli istituti e strumenti di partecipazione per così dire tradizionali, come il referendum e l'iniziativa legislativa, la normativa regionale dell'ultimo decennio rivela una tendenza all'adozione di leggi organiche sulla partecipazione, atte a regolarne strumenti e modalità¹⁹. Allo stato sono sette le Regioni che hanno predisposto tale disciplina. Si tratta in particolare di Emilia Romagna²⁰, Marche²¹, Puglia²², Toscana²³, Umbria²⁴, Provincia autonoma di Bolzano²⁵ e Provincia autonoma di Trento²⁶. Da ultimo anche la Campania ha presentato una proposta di legge recante *Disposizioni in materia di promozione della partecipazione*

però, di diseguaglianze le eguali posizioni del tavolo tondo non sono che una finzione, che nasconde, sotto le vesti di una artificiosa parità, la riproduzione delle diseguaglianze [...] La democrazia è accordo, è compromesso, in un senso alto del termine, ma solo se si muove dal riconoscimento che è conflitto e, conseguentemente, dalle differenze di posizione e di *status* delle parti e dal loro diseguale trattamento in funzione riequilibratrice (o emancipatrice), non sancendo esclusioni ma favorendo inclusioni».

¹⁵ Ivi, 131.

¹⁶ Per un approfondimento si v., *ex multis*, S. Staiano, *Normatività e dintorni. Riflessioni sull'incertezza delle regole dal punto di vista costituzionale*, in *Diritto e Società*, 4, 2015.

¹⁷ Cfr. lo Studio *Le leggi regionali di partecipazione e consultazione dei cittadini. Focus*, Presidenza del Consiglio dei Ministri. Dipartimento per le riforme istituzionali, 29 ottobre 2021, reperibile al seguente indirizzo web <https://www.riformeistituzionali.gov.it/media/1405/focus-llrr-partecipazione-e-consultazione-29ottobre2021.pdf>, in part. 65 ss.

¹⁸ Per un approfondimento si vedano, *ex aliis*, A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997; Id. *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2001; I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto Pubblico*, 2002; S. Staiano, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *Federalismi.it*, 5, 2006.

¹⁹ Si v. ancora lo Studio *Le leggi regionali di partecipazione e consultazione dei cittadini. Focus*, cit., 6 ss.

²⁰ L. n. 15/2018.

²¹ L. reg. n. 31/2020.

²² L. reg. n. 28/2017.

²³ L. reg. n. 46/2013.

²⁴ L. reg. n. 14/2010.

²⁵ L. prov. n. 22/2018.

²⁶ L. prov. n. 3/2006.

*all'elaborazione delle politiche pubbliche*²⁷.

L'esame di queste normative ne rivela una struttura simile che evidenzia un ruolo centrale di Regioni e Province autonome nella promozione dei processi partecipativi²⁸, la regolazione dei quali viene finalizzata alla massima inclusione possibile delle istanze provenienti dalla società civile. E confrontando le finalità con gli esiti, è possibile riscontrare alcune tendenze positive.

È innanzitutto il caso della considerazione che la maggior parte delle discipline regionali riserva al processo partecipativo nel prevedere che la motivazione del provvedimento finale deve dar conto di come gli esiti di quest'ultimo siano stati ponderati ai fini della scelta pubblica. In particolare, le risultanze del processo partecipativo confluiscono in un documento o rapporto finale in ordine al quale, secondo le discipline di Emilia Romagna²⁹, Marche³⁰ e Toscana³¹, occorre motivare sia per l'accoglimento sia per un eventuale scostamento. La disciplina pugliese³² e della Provincia autonoma di Trento³³ prevedono invece di dar conto delle ragioni per cui il provvedimento finale si discosta dall'esito del processo partecipativo.

Due tra le sette normative vigenti non sono tuttavia allineate su questo dato. L'Umbria dispone che la natura politica dei contributi emersi dalla consultazione³⁴ non sia idonea a fondare elementi di motivazione giuridicamente rilevanti³⁵. E la provincia autonoma di Bolzano considera alla stregua di suggerimenti o raccomandazioni la dichiarazione congiunta che raccoglie gli esiti del processo partecipativo, sul cui accoglimento o rigetto non occorre motivare ma, laddove questa contempra indicazioni concrete, informare in maniera adeguata dei risultati partecipanti e cittadinanza³⁶. Si tratta di un elemento di criticità che rischia di castrare le voci emerse dal confronto, tanto più se si tenga in considerazione il disposto per cui la dichiarazione congiunta deve essere unanimemente condivisa³⁷. È chiaro che occorrerebbero delle indicazioni più precise circa le modalità di esercizio del confronto, che invece l'articolo 20 della legge provinciale non si cura di indicare, così aprendo potenzialmente la porta al rischio – di cui sopra si è detto – di favorire la prevalenza degli interessi meglio organizzati.

Un altro elemento che invece può considerarsi positivamente è quello relativo al sostegno, che va inteso in senso ampio, assicurato dagli enti territoriali ai processi partecipativi, generalmente previsto dalle normative vigenti con la sola eccezione della legge provinciale di Bolzano. Al sostegno finanziario difatti si affianca anche il supporto metodologico, logistico e organizzativo, così come la diffusione della cultura della partecipazione attraverso

²⁷ Si tratta della proposta di legge n. 269 dell'8 novembre 2022, reperibile sul sito istituzionale del Consiglio regionale della Campania al seguente indirizzo web: <https://www.cr.campania.it/leggi-progetti/proposte/dettaglio-documento?id=29202>.

²⁸ Per un approfondimento, si v. *ex aliis* l'analisi di S. Profeti, V. Tarditi, *Le pratiche collaborative per la co-produzione di beni e servizi: quale ruolo per gli Enti locali?*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2019.

²⁹ Art. 19, c. 1, l. reg. n. 15/2018.

³⁰ Art. 11, l. reg. n. 31/2020.

³¹ Art. 12, l. reg. n. 46/2013.

³² Art. 4, c. 7, l. reg. n. 28/2017.

³³ Art. 17-*quindicies*, l. prov. Trento n. 3/2006.

³⁴ Art. 64, l. reg. Umbria n. 14/2010.

³⁵ Art. 66, l. reg. Umbria n. 14/2010.

³⁶ Artt. 20 e 23 l. prov. n. 22/2018.

³⁷ Art. 20, c. 3, l. prov. n. 22/2018.

l'informazione preventiva, oltreché la promozione di iniziative formative. Anche qui a differenziarsi, assieme alla legge provinciale di Bolzano, è la disciplina umbra, che menziona la sola diffusione delle tecnologie utili a garantire a tutte le fasce della popolazione l'accesso al processo decisionale partecipato³⁸.

Degna di nota infine è la fissazione, in tutte le normative vigenti, di un termine volto ad assicurare la ragionevole durata della procedura. Anche siffatta previsione va annoverata fra gli aspetti positivi, poiché mira a evitare il rischio che le istanze dei cittadini possano rimanere ingabbiate in lungaggini procedurali. Con l'avvertenza, tuttavia, che la ragionevole durata non può poi tradursi in un'approssimazione del confronto, foriera del pericolo contrario di svilire la partecipazione a una mera ratifica³⁹. Anche in tal senso appare critica la disciplina della legge provinciale di Bolzano, poiché il tempo da essa previsto, vale a dire 1,5 giorni⁴⁰, sembra davvero troppo esiguo per un confronto dialettico delle posizioni sul tavolo.

4. Un caso di studio: il progetto ISAAC e l'impianto per la produzione di biogas nel Comune di Andria. Come già rilevato, la tendenza a valorizzare il coinvolgimento dei privati nelle decisioni pubbliche può essere di importanza centrale per l'efficienza delle politiche in materia ambientale. È noto che in democrazia l'obiettivo della generalizzata osservanza delle regole è conseguibile al meglio «se a produrla [è] la generalizzata convinzione che così bisogna fare»⁴¹. In questo senso, i processi partecipativi sono uno strumento chiave per ottenere «un'ampia e diffusa osservanza non per costrizione, ma per convinzione»⁴², tanto più «in presenza di una Costituzione come quella italiana [...], che in una delle sue disposizioni fondamentali ancora il principio di eguaglianza alla possibilità che ciascuno deve avere di partecipare pienamente alla vita collettiva»⁴³.

Un esempio di quanto si va affermando è offerto dal progetto ISAAC, che si colloca nell'ambito del programma europeo di ricerca e innovazione Horizon 2020. Il suo acronimo *Increasing Social Awareness and Acceptance of Biogas and Biomethane* ne indica il principale obiettivo, che è quello di aumentare la consapevolezza e l'accettazione sociale sull'utilizzo del biogas e del biometano. Sul sito istituzionale del progetto⁴⁴, si legge infatti che l'Italia, sebbene sia il secondo produttore europeo di biogas dopo la Germania, ha ancora un grande potenziale inespresso di produzione ed espansione del relativo mercato, soprattutto nelle regioni centro-meridionali, cui difatti si rivolge il progetto (nella specie Marche, Lazio, Campania, Calabria,

³⁸ Art. 64, c. 5, l. reg. n. 14/2010.

³⁹ Si v. sul punto A. Algostino, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione cit.*, 129 «la democrazia è accordo, è compromesso, in un senso alto del termine, ma solo se si muove dal riconoscimento che è conflitto e, conseguentemente, dalle differenze di posizione e di status delle parti e dal loro diseguale trattamento in funzione riequilibratrice [...] la concertazione muove dal presupposto che la soluzione possa essere trovata attraverso un accordo fra le parti, il suo principio base è quello del contratto, ma questo, in presenza di interessi divergenti, se non opposti, e di rapporti di forza squilibrati, nasconde dietro la veste accattivante del dialogo, della concordanza, la vecchia e poco presentabile legge del più forte».

⁴⁰ Art. 20, c. 2, l. prov. n. 22/2018.

⁴¹ G. Amato, *Le nostre fragili democrazie e il clima. Possiamo attrezzarle per farcela?*, *lectio magistralis* tenuta in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno accademico 2022-2023, La Sapienza, Roma, 15 settembre 2022, disponibile online al seguente indirizzo: https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/composizione/Presidente_Giuliano_Amato/Lectio.pdf, 3.

⁴² Ivi, 4.

⁴³ Ivi, 5.

⁴⁴ Reperibile al seguente indirizzo web: <http://www.isaac-project.it/>.

Puglia, Sicilia e Sardegna).

In particolare, il maggiore ostacolo all'affermazione di tali forme di energie rinnovabili è rappresentato da barriere non tecnologiche quali la mancanza di accettazione pubblica, che si annovera tra le più difficili da abbattere. Da ciò l'esigenza di azioni volte a diffondere le corrette informazioni sul processo di produzione di biogas e sui relativi benefici ambientali ed economici per gli attori potenzialmente coinvolti nella costruzione degli impianti. Ciò a cui mira il progetto è dunque la prevenzione da conflitti sociali in ordine alla realizzazione di siffatti impianti mediante un paradigma decisionale comune, da costruire attraverso azioni divulgative quali le attività didattiche nelle scuole e di formazione per gli amministratori locali, e la diffusione di processi partecipativi⁴⁵.

Delle diverse unità coinvolte da ISAAC, la Puglia si differenzia dagli altri casi in particolare per ciò che riguarda i notevoli risultati cui si è pervenuti nel Comune di Andria. Invero, attraverso il processo di partecipazione intitolato «Andria ne parla»⁴⁶, il Comune ha avviato un'attività di informazione capillare volta a sviluppare tra i cittadini una diffusa conoscenza in materia di biogas e biometano, così da consentire alla comunità di esprimere giudizi consapevoli e, contestualmente, stimolare iniziative imprenditoriali.

L'iter partecipativo, che ha assunto la forma di un processo di consultazione in cui cittadini e portatori di interesse sono stati chiamati a esprimere le proprie posizioni in seguito a un percorso di ascolto e informazione, si è svolto attraverso quattro fasi, guidate da esperti indipendenti. Per ciascuna di esse si è proceduto a programmare incontri con obiettivi specifici da conseguire. Così nella «fase preliminare» si è provveduto a elaborare un documento di presentazione, realizzato dopo interviste a esperti e osservatori locali e una mappatura degli interessi coinvolti. Durante la «fase iniziale» si è visto prendere forma il processo partecipativo attraverso la nomina della «giuria dei cittadini», selezionati casualmente e chiamati a esprimersi al termine del percorso, accompagnata dalla creazione di un sito *web* e di una linea telefonica dedicata per raccogliere domande da parte della cittadinanza, oltreché dalla designazione di un «organismo di garanzia», composto da rappresentanti dei diversi interessi col compito di individuare gli esperti e supervisionare i materiali informativi. Nella «fase centrale» si sono svolti i tavoli tecnici, insieme a incontri della giuria dei cittadini, confronti con esperti e visite guidate presso impianti già esistenti, per poi giungere nella «fase finale» alla presentazione dei risultati attraverso l'elaborazione di un documento di sintesi rivolto alle istituzioni locali⁴⁷.

In presenza di un percorso così ben scandito, i rischi di trasformare l'intento partecipativo in un'adesione imposta si riducono notevolmente. La connotazione ampiamente divulgativa che ha contraddistinto questo processo di partecipazione, inoltre, contiene in misura considerevole l'eventualità che a prevalere siano gli interessi meglio organizzati, tentando di generalizzare il dibattito pubblico, così diffondendo consapevolezza sociale attraverso la divulgazione di dati specialistici e, mutualmente, consentendo all'amministrazione una migliore conoscenza degli interessi su cui basare le scelte pubbliche.

Ciò secondo le previsioni della legge reg. n. 28/2017. Come si è detto, infatti, la Puglia è tra le Regioni che hanno predisposto una disciplina *ad hoc* per i processi partecipativi, e il caso in esame offre riscontro a quanto più genericamente affermato nella prima parte di questa ricerca. Dal punto di vista applicativo, l'effettività della partecipazione è invero ancorata alla

⁴⁵ Cfr. la pagina *web*: *i risultati* | ISAAC Project (isaac-project.it). Sulla disciplina dei processi partecipativi in Puglia, si v. i capi II e III della l.reg. n. 28/2017.

⁴⁶ La cui pagina è consultabile al seguente *link*: *Andria ne parla – Processo di Partecipazione*.

⁴⁷ Cfr. *Documenti – Andria ne parla*.

disposizione di cui all'art. 4, c. 7, legge reg. n. 28/2017, secondo la quale gli esiti del processo partecipativo devono essere compendati in un documento finale, di cui le autorità deliberanti si impegnano a tenere conto. E nello stabilire che la Regione assicura il più ampio sostegno «finanziario, metodologico o di assistenza nella comunicazione», l'art. 14 è alla base dell'istituzione, nella fase iniziale del processo partecipativo in analisi, di una linea telefonica dedicata e di un sito *web*. Quest'ultimo, in particolare, è essenziale altresì per implementare la finalità divulgativa del processo partecipativo, per le potenzialità di diffusione generalizzata dei dati connotativa della tecnologia, cui si rivolge l'attenzione del legislatore regionale, che ne incoraggia la valorizzazione agli artt. 2, c. 1, lett. *k*), e 13, c. 2⁴⁸.

In tale prospettiva, dunque, definire l'impegno che le autorità pubbliche assumono nei confronti della partecipazione dei privati nelle decisioni in materia ambientale rappresenta un aspetto rilevante della loro responsabilità verso la comunità politica che rappresentano⁴⁹. Attraverso i processi partecipativi, questa responsabilità si estende al singolo individuo in quanto parte di tale comunità, facendo emergere il profilo collaborativo del diritto-dovere solidaristico in materia ambientale⁵⁰.

Ebbene, a conferma di quanto osservato, proprio ad Andria, il 25 settembre 2020, è stato inaugurato uno dei primi impianti di biogas in Europa alimentati totalmente con il materiale organico di risulta della molitura delle olive, realizzato da BTS Biogas per Agrolio, impresa privata del Gruppo Agresti che da anni opera sul territorio pugliese nel campo della produzione di olio extravergine di oliva⁵¹.

Si tratta di un traguardo importante nella prospettiva di una produzione attenta al suo impatto ambientale, che ha avuto luogo mediante uno spontaneo intervento privato consapevole della profittabilità di investire nelle energie rinnovabili, sia dal punto di vista dei ricavi, dato che l'impianto consente di produrre di più, sia sul versante della tutela dell'ambiente, per la sostenibilità delle energie impiegate nel processo produttivo.

5. Riflessioni conclusive. A questo punto dell'analisi, e tirando le fila del discorso, si può dire dunque che i processi partecipativi, se ben congegnati e regolamentati in modo da scongiurare il pericolo di decisioni semplificate e sbilanciate sulle posizioni degli interessi meglio organizzati, possono essere in grado di creare consenso e accettazione in ordine alle scelte pubbliche, rappresentando altresì un mezzo attuativo del principio di sussidiarietà

⁴⁸ Le previsioni della l. reg. 28/2017 dispongono, rispettivamente, di «valorizzare e diffondere le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione come strumenti al servizio della partecipazione democratica dei cittadini» (art. 2, c. 1, lett. *k*)) e che «la Giunta regionale promuove un protocollo d'intesa con gli enti locali, la cui sottoscrizione comporta per gli enti aderenti la condivisione dei principi della presente legge e l'accettazione delle procedure in essa previste. Il protocollo può prevedere forme di sostegno regionale per la logistica, le tecnologie dell'informazione e la formazione» (art. 13, c. 2).

⁴⁹ Sul punto, specificamente per ciò che attiene alla materia ambientale, cfr. M. Luciani, *Ambiente e spazi di democrazia*, in P. Barrera (a cura di), *Partecipazione e nuovi poteri dei cittadini. La dimensione regionale e locale*, Roma, 1989, 117 ss.

⁵⁰ Cfr. G. Pizzanelli, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, 2010, 195, ove l'A. osserva che «il cittadino de(ve) essere messo nelle condizioni di poter provvedere al proprio dovere inderogabile di solidarietà ambientale, dando rilievo al tassello interpretativo offerto dall'art. 3, c. 2, Cost., che vorrebbe le istituzioni pubbliche come fornitrici degli strumenti idonei ai cittadini per incidere con il loro apporto alla tutela dell'ambiente».

⁵¹ Per approfondire, <https://bts-biogas.com/agrolio-andria-bt/>.

orizzontale nel privilegiare, ai sensi dell'articolo 118, c. 4, Cost., l'intervento dei soggetti nell'ambito più vicino possibile agli interessi coinvolti.

Ecco, quindi, l'importanza che i processi partecipativi possono acquisire in materia ambientale, specie in considerazione del ruolo fondamentale che la consapevolezza da essi diffusa nella cittadinanza può svolgere per dare attuazione a quella rinnovata centralità perseguita dalla riforma costituzionale per la tutela dell'ambiente.

Ciò tanto più se si tiene in considerazione che, oltre a incrementare la qualità democratica nella fase di elaborazione delle politiche, i processi partecipativi presentano il notevole pregio di trasporre *ex ante* le conflittualità connesse alle scelte pubbliche⁵², stimolandone la risoluzione già nella fase della formulazione della *policy*, così spianando la strada all'attuazione della scelta pubblica. Da ciò l'auspicio di una loro progressiva diffusione, da inquadrare in strategie di ampio respiro, corredate da obiettivi chiari, di cui si possa seguire e valutare progressivamente l'attuazione.

Abstract. Il contributo si interroga sul ruolo che la partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche può svolgere nel rendere attuale l'importanza che la l. cost. n. 1/2022 riconosce alla tutela dell'ambiente. In questa prospettiva, il lavoro è strutturato in una prima parte più generale, che analizza l'evoluzione della partecipazione dei privati alle politiche pubbliche in Italia, rilevando una crescente attenzione del legislatore regionale ai processi partecipativi, per poi concentrarsi su uno specifico caso di studio in materia ambientale, offerto dal progetto ISAAC, finanziato dall'Unione europea per promuovere la crescita del settore biogas come fonte di energia a emissioni zero.

Abstract. The paper investigates the role that participatory processes can play in enhancing the importance that the constitutional amendment of 11 February 2022 confers upon environmental protection. In this perspective, the work is twofold. The first part analyses the evolution of private participation in public policies in Italy, underlining a growing attention of the regional legislator to participatory processes. The second part focuses on a specific case study on the environment, offered by the ISAAC project, funded by the European Union to promote the growth of the biogas sector as a zero-emission energy source.

Parole chiave. Ambiente – partecipazione – processi partecipativi – rapporto cittadino-Pubblica amministrazione – modelli organizzativi.

Key words. Environment – participation – participatory processes – connections between citizens and Public administration – organisational models.

⁵² Su cui si v. L. Bobbio, G. Pomatto, S. Ravazzi, *Le politiche pubbliche*, cit., 117 ss.; B. Barry, *Political Argument*, Londra, 1965.

LA REVISIONE DELLA FORMA DI GOVERNO TRA NOTO E IGNOTO *

di Gennaro Ferraiuolo **

Sommario. 1. La contestualità ignota: indicazioni minime dall'esperienza comparata. – 2. Il noto: gli assetti organizzativi degli enti territoriali. – 2.1. I (noti) tentativi di esportazione del modello a Presidente eletto nella dimensione statale. – 3. L'efficienza democratica secondo la comunicazione politica. – 4. Mutamento della forma di governo o nuovo tipo di ordinamento rappresentativo?

265

1. La contestualità ignota: indicazioni minime dall'esperienza comparata. L'analisi sulle recenti prospettive di revisione della forma di governo che si intende svolgere in questa sede si limiterà a considerare quello che si ritiene sia l'elemento caratterizzante del d.d.l. governativo A.S. n. 935¹, ovvero il suo art. 3, c. 2, modificativo dell'art. 92 Cost.: «Il Presidente del Consiglio è eletto a suffragio universale e diretto per la durata di cinque anni. Le votazioni per l'elezione delle due Camere e del Presidente del Consiglio avvengono contestualmente. La legge disciplina il sistema elettorale delle Camere secondo i principi di rappresentatività e governabilità e in modo che un premio, assegnato su base nazionale, garantisca il 55 per cento dei seggi in ciascuna delle due Camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio dei ministri»².

Un primissimo ancoraggio della riflessione può essere rappresentato dal riferimento alla comparazione: se alla modellistica ricostruibile sulla base dell'osservazione di altre esperienze non può essere attribuita alcuna valenza prescrittiva, è innegabile che dalla stessa si traggano comunque elementi utili a valutare l'equilibrio complessivo di determinate soluzioni, le loro virtù, gli eccessi e i rischi, tutti desumibili da una sperimentazione nella durata più o meno lunga.

Senza entrare nel merito dei numerosi e delicati profili di criticità della proposta (anche nelle sue connessioni con aspetti formalmente non incisi ma evidentemente condizionati dall'intervento, su tutti la posizione e il ruolo del Presidente della Repubblica), già dalla considerazione della disposizione richiamata si è messi innanzi ad uno scenario forse inedito nel panorama degli ordinamenti degli Stati democratici.

L'accezione di contestualità che viene accolta, infatti, non si riscontra in alcuna delle forme

* Sottoposto a referendum.

** Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II.

¹ Il d.d.l., cost., recante *Modifiche agli articoli 59, 88, 92 e 94 della Costituzione per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica*, è stato presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Ministro per le riforme istituzionali e la semplificazione normativa e comunicato alla Presidenza del Senato il 15 novembre 2023. Sul progetto si vedano gli interventi pubblicati nel focus dal titolo *Elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2023, I ss.

² Sulla *imprescindibilità* di un simile congegno (anche, se del caso, in una diversa declinazione) per l'assetto della forma di governo prospettato dal d.d.l., cfr. M. Cavino, *L'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2024, 4 ss. In termini critici, invece, v. M. Ruotolo, *Tra premierato e possibile jackpot system. L'idea di democrazia sottesa alla proposta di riforma costituzionale*; C. De Fiores, *La retorica del capo alla prova della blindatura del sistema elettorale*; F. Politi, *Uno pseudo-premierato che nasconde la costituzionalizzazione di un sistema elettorale iper-maggioritario*, tutti in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2023, rispettivamente XXI ss., XXVI ss. e LXXXV ss.

di governo di questi ultimi: come evidente, né in quelle presidenziali (che in chiave di bilanciamento della connotazione monocratica dell'Esecutivo direttamente eletto tendono alla separazione piuttosto che alla confusione dei poteri) né in quelle a componenti parlamentari e presidenziali, dove il «fatto maggioritario» può essere incentivato (ad esempio attraverso la selettività della formula elettorale dell'organo legislativo e l'avvicinamento temporale della elezione presidenziale e di quella parlamentare) ma non si risolve in un automatismo³.

E in effetti, con il riferimento – invero non sempre univoco – al «premierato», il riformatore, più che a modelli a matrice presidenziale (più o meno spiccata), sembra guardare all'esperienza del Regno Unito⁴, aspirando a riprodurre, per via normativa, una serie di congegni che nel sistema britannico procedono – come semplici regolarità o vere e proprie convenzioni – dal variabile disporsi del sistema partitico. In quell'assetto, che senza dubbio presenta una forte vocazione alla stabilità governativa, non si riscontra però alcuna norma (da fonte atto o da fonte fatto) che preconfezioni, quale infallibile esito elettorale, una maggioranza parlamentare di una certa consistenza né tantomeno che consenta di qualificare come diretta l'elezione del Primo ministro (qualificazione che dovrebbe necessariamente presupporre che un avvicendamento nella carica possa realizzarsi soltanto all'esito di una nuova investitura elettorale). A tal proposito, Leopoldo Elia segnalava come fosse «ideologico» ascrivere «alla 'democrazia immediata' la nomina del *Premier* inglese»⁵ (ove «ideologico», riferito alla ricostruzione del modello, mette in luce un difetto di analisi).

Partendo da siffatte premesse, e osservando l'esito delle venti elezioni della Camera dei Comuni che si sono succedute dal 1945 ad oggi, ci si accorge che la fatidica soglia di governabilità del 55 per cento, cui oggi guarda il d.d.l. A.S. 935, è stata raggiunta (o superata) dal partito che ha poi governato in otto occasioni e mancata in dodici; in due di queste ultime il partito «vincitore delle elezioni» non ha peraltro ottenuto la maggioranza assoluta dei seggi (così nel 2010 e nel 2017). Un andamento variegato, che se da un lato attesta il rendimento altamente selettivo del sistema uninominale *plurality* (assecondato dal formato partitico, che di quella formula è però al contempo effetto e causa)⁶, dall'altro rimette comunque la misura del successo nella competizione alla capacità di *men and measures*⁷ presentati in campagna elettorale di attrarre il consenso dei votanti nei singoli collegi. In questo ordinamento, dunque, non si dà né elezione diretta del *Premier* né Parlamenti normativamente *bloccati* nei rapporti di forza tra maggioranza e opposizione.

Una situazione non diversa si riscontra nelle esperienze di parlamentarismo a forte razionalizzazione come quella spagnola, che pure ha offerto, fino al 2015, un rendimento che consentirebbe di ritenerla una sorta di assetto Westminster continentale (con una vocazione alla stabilità anche più spiccata di quella riscontrabile nell'ordinamento tedesco, a cui la

³ Lo si rileva agevolmente ripercorrendo l'oramai lunga vicenda della V Repubblica francese, su cui si veda la completa ricostruzione proposta di recente da M. Marchi, *Presidenzialismo a metà. Modello francese, passione italiana*, Bologna, 2023.

⁴ Lo segnala di recente F. Pastore, *Stravolgimento della forma di governo parlamentare italiana nel DDL costituzionale, A.S. n. 935 della XIX legislatura: la proposta di concentrazione del potere nelle mani del capo presentata sotto le mentite spoglie di un "premierato"*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, 2, 2023.

⁵ L. Elia, *Prolegomeni ad ogni futura riforma*, in *Micromega*, 4, 1992, ora in Id., *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, 2009, 430-431.

⁶ Si veda la notazione di M. Luciani, (voce) *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, III, Milano, 2010, 573, per cui i sistemi elettorali «replicano, più di quanto non anticipino, le strutture dei sistemi politici entro i quali agiscono», venendosi a instaurare, per tale via, una implicazione reciproca tra i due piani.

⁷ Cfr. L. Elia, (voce) *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, 650.

Costituzione spagnola del 1978 si è ispirata sul piano della razionalizzazione della forma di governo). Si è infatti assistito, per circa trent'anni, ad una sostanziale alternanza al governo tra socialisti e popolari, con la coincidenza tra *premiership* e *leadership* del partito di maggioranza relativa; e con investiture nella carica di Presidente del Governo che si sono realizzate sempre a vantaggio del primo candidato proposto dal Re, senza la necessità di esplorare gli altri percorsi prefigurati dall'articolo 99 della Costituzione. Senza entrare per ora nel merito della rottura di un siffatto andamento registratasi in tempi recenti, nelle quindici elezioni svoltesi dall'avvento della democrazia ad oggi solo in una occasione (nel 1982) è stato raggiunto (e superato) il 55 per cento dei seggi della Camera politica a vantaggio del partito «vincitore delle elezioni»; in tutti gli altri casi, quest'ultimo si è fermato al di sotto di quella soglia e per ben dieci volte al di sotto della maggioranza assoluta. Anche in questa esperienza, dunque, si riscontrano solidi incentivi alla governabilità (formula proporzionale a effetti selettivi in ragione della ridotta dimensione delle circoscrizioni provinciali; congegni costituzionali di stabilizzazione della relazione fiduciaria) ma non esiti elettorali normativamente precostituiti. Neanche può dirsi che l'idea di elezione contestuale affermata dal progetto governativo in discussione ricalchi alcune proposte formulate in passato da autorevoli studiosi quali Sandulli, Mortati e Galeotti, partendo dalla nota idea duvergeriana⁸. In tali proposte l'elezione del Presidente del Consiglio non aveva alcun effetto giuridico di trascinamento sulla composizione delle Camere; finanche in quella di Serio Galeotti, che si caratterizzava per una spinta particolarmente intensa in direzione della cd. democrazia immediata, si profilava una elezione parlamentare contestuale ma autonoma da quella del *Premier*, retta da una formula auspicabilmente maggioritaria (con una predilezione dello studioso per il doppio turno, ma senza disdegnare lo schema *plurality*, purché si giungesse al superamento del proporzionale)⁹. Il medesimo profilo assume rilievo nella considerazione del modello neoparlamentare in vigore in Israele tra il 1992 e il 2001, abbandonato proprio perché la separatezza dell'elezione parlamentare (retta da una formula proporzionale) non assicurava la governabilità che quel modello ricercava.

L'assetto prefigurato dal d.d.l. governativo rappresenta pertanto un *unicum*, quantomeno negli ordinamenti statali democratici a noi più vicini dal punto di vista della cultura politico-costituzionale¹⁰.

A ben vedere, la contestualità delineata nel progetto è esasperata al punto da negare se stessa. A rigore, si potrebbe infatti predicare la contestualità (o, come in Francia, l'avvicinamento) temporale di momenti elettorali pur sempre concepibili come autonomi e distinti (per l'organo che sono destinati ad eleggere; per le regole che li presiedono; per gli esiti che andranno a generare). Nella proposta ora avanzata, invece, siamo innanzi a una elezione nella sostanza unica: quella del Presidente del Consiglio con la sua maggioranza del 55 per cento preconfezionata in entrambe le Camere, con una certa indifferenza rispetto ai rapporti di forza tra liste contrapposte determinati dalla loro capacità di attrarre voti. In tale direzione,

⁸ Ne offre oggi una puntuale ricostruzione F. Furlan, *Il premierato elettivo è la strada giusta?*, in *Consulta online*, 3, 2023, 1021-1022.

⁹ Cfr. S. Galeotti, *Consonanze e dissonanze sulle riforme istituzionali*, in *Il Politico*, 2, 1991, 226-227. In merito si vedano le notazioni critiche formulate da B. Pezzini, *Un progetto di riforma istituzionale (a proposito delle tesi del «Gruppo di Milano»)*, in *Il Politico*, 1, 1984, 157 ss., oggi riprese in Id., *L'introduzione del premierato nel sistema costituzionale italiano*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2024, 3-4.

¹⁰ In tal senso, neanche la forma di governo della Repubblica di San Marino, pur costruita su una formula cd. *jackpot system*, potrebbe essere assunta a modello di riferimento: lo evidenzia M. Ruotolo, *Tra premierato*, cit., XXII ss., che ricorda come in quella esperienza non sia contemplata la elezione diretta dell'Esecutivo (che appare peraltro connotato da una spiccata collegialità).

solo la eventuale – e invero problematica – attuazione del disposto costituzionale novellato chiarirà se si tratterà di deformazione del consenso elettorale effettivamente ottenuto o di un sistema che costringerà la libertà di voto entro rigidi schemi.

Ulteriore singolarità della soluzione escogitata è che, rovesciando tanto la logica presidenziale (fondata sulla separazione) quanto – e ancor più – quella parlamentare (in cui l'esecutivo è pur sempre emanazione del legislativo), sarà la maggioranza parlamentare ad essere espressa dal Presidente del Consiglio eletto, privando di consistenza sostanziale la relazione fiduciaria.

2. Il noto: gli assetti organizzativi degli enti territoriali. Di modello Westminster «a polarità invertita» e di riduzione del rapporto fiduciario a «mero simulacro» si è parlato, nella dottrina costituzionalistica, in riferimento alla forma di governo regionale introdotta dalla l. cost. n. 1/1999¹¹. È allora evidente quale sia il paradigma cui è orientato il d.d.l. 935: neanche l'idea – tanto reclamizzata quanto «retorica e fuorviante»¹² – del «Sindaco d'Italia» ma piuttosto quella del «Governatore d'Italia», come rilevato dal Ministro per gli Affari Regionali e le Autonomie del Governo in carica¹³: è nella forma di governo regionale a «Presidente eletto» che si rinviene il tipo di contestualità che la proposta governativa intende introdurre. Nella relazione di accompagnamento di un altro d.d.l. costituzionale, che con quello qui considerato condivide l'ispirazione di fondo e ne incrocia temporalmente il percorso (A.S. n. 830), è esplicito il richiamo al «modello delle amministrazioni locali»¹⁴.

Oltre e prima che interrogarsi sulla opportunità di esportare l'assetto in questione dall'ambito regionale a quello nazionale – in ragione delle diverse connotazioni degli enti sulla cui organizzazione si interviene¹⁵ – occorrerebbe forse valutarne il rendimento nei contesti in cui esso è sperimentato da oltre un ventennio.

Da questo punto di vista, ci si potrebbe fermare – approccio non raro nel dibattito pubblico – alla considerazione della stabilità-durata che quel modello ha assicurato agli apparati governanti. Andrebbe però compiuto un passo ulteriore, nel solco della nota indicazione di Sartori per cui «la durata non dà efficienza; ne può essere una condizione facilitante, ma non certo una condizione sufficiente. Un governo può essere longevo e inetto, stabile e paralizzato»¹⁶. Andando ancora oltre, occorrerebbe non appiattire il discorso su di una diffusa

¹¹ Cfr., rispettivamente, A. Mangia, *Regioni, rappresentanza politica e rappresentanza di interessi*, in *Le Regioni*, 4, 2010, 770 («non è il capo del governo a dovere avere la fiducia della maggioranza dell'assemblea, ma – garantita questa fiducia già dalla legge – sono i singoli componenti della maggioranza a dovere avere il 'gradimento' del capo del governo che può determinare, in ogni momento, la dissoluzione dell'assemblea con le proprie dimissioni») e P. Ciarlo, *Il Presidenzialismo regional style*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2001, 131.

¹² In questi termini M. Luciani, *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'unità nazionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2011, 8.

¹³ Cfr. Calderoli: «Ora serve il governatore d'Italia, senza riforma dell'autonomia lascio la politica», intervista pubblicata in *La Repubblica* del 15 maggio 2023.

¹⁴ Il d.d.l. cost., recante *Disposizioni per l'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri in Costituzione*, è stato presentato dai senatori Renzi, Paita, Borghi, Fregolent, Sbröllini, Scalfarotto e Musolino, e comunicato alla Presidenza del Senato il 1° agosto 2023.

¹⁵ Al punto che è stata messa in discussione l'appropriatezza del riferimento alla categoria della forma di governo per ambiti territoriali diversi da quello statale: tra i tanti, M. Luciani, *Governo*, cit., 540 (nota 15); M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2010, 6; P. Costanzo, *Art. 30-38, l. n. 142/90*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 128 (supplemento)*, Bologna-Roma, 1996, 437 (nota 6); S. Staiano, *Il nuovo Sindaco. Riflessioni dopo la riforma*, Torino, 1998, 51 ss.; Q. Camerlengo, *Le fonti regionali del diritto in trasformazione. Considerazioni in margine alla L. Cost. 22 novembre 1999, n. 1*, Milano, 2000, 97 ss.

¹⁶ Cfr. G. Sartori, *Verso una Costituzione incostituzionale?*, in *www.astrid-online.it*, appendice alla 5^a edizione di *Ingegneria costituzionale comparata*, Bologna, 2004, 5; in senso analogo v. pure Id., *Le riforme istituzionali tra buone e*

«ideologia della efficienza» intesa «come valore in sé [...] prescindente dalla causa e dallo scopo, [...] da conseguire concentrando il potere nel singolo *leaders*»¹⁷.

Una valutazione sull'efficienza – distinta dalla stabilità e non fine a se stessa – richiede un'indagine che muova, prima di tutto, *ex parte civium*, attraverso l'individuazione di indicatori che consentano di stabilire in che misura quel modello sia stato in grado, in un quadro di equilibrato contemperamento tra responsività e responsabilità, di rappresentare istanze e bisogni delle comunità regionali, traducendoli in indirizzi intesi a dare ad essi risposte in termini, principalmente, di una più piena garanzia dei diritti implicati dalle competenze dell'ente¹⁸.

Una valutazione di questo tipo imporrebbe approfonditi itinerari analitici e appare dunque troppo complessa per essere condotta in questa sede, in cui ci si limita ad alcune minime osservazioni.

Quelle esperienze regionali che sono percepite come virtuose (nella chiave da ultimo indicata) non parrebbero manifestare rendimenti sensibilmente diversificati in ragione dei mutamenti prodottisi sul piano degli assetti istituzionali¹⁹: addirittura alcune di esse mostrano una spiccata attitudine alla stabilità degli esecutivi già prima delle innovazioni introdotte negli anni Novanta del secolo scorso.

Va poi notato che un consistente sentimento antiregionalista, in taluni frangenti demagogicamente cavalcato dalle forze politiche a livello statale²⁰, si è affermato in tempi

cattive, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1991, 384. Sui diversi significati che può assumere il concetto di *stabilità* v., di recente, G. Azzariti, *Appunto per l'audizione innanzi alla I Commissione – Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 5 dicembre 2023 sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri* (DDL nn. 935 e 830), in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2023, XCV ss.

¹⁷ Così S. Staiano, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 16.

¹⁸ Si tratta di una valutazione coerente con la connotazione *territoriale* (distinta da quella *plurinazionale*) dell'assetto autonomistico italiano, rivolto a definire una «forma di organizzare il potere [...] al fine di assicurare una maggior efficacia al governo, maggiore prossimità ai cittadini e una garanzia dei loro diritti quale risultato di una nuova divisione del potere» (secondo la definizione di E. Fossas Espadaler, *Estado autonómico: plurinacionalidad y asimetría*, in A. Mastromarino, J.M. Castellá Andreu [a cura di], *Esperienze di regionalismo differenziato. Il caso italiano e quello spagnolo a confronto*, Milano, 2009, 93 s., mia la traduzione). Sulla riconducibilità del regionalismo italiano a siffatto modello cfr. S. Staiano, *Costituzione italiana: art. 5*, Roma, 2017, *passim*.

¹⁹ Sul punto cfr. G. Tarli Barbieri, *La forma di governo nel nuovo statuto della Regione Toscana: prime osservazioni*, in *Diritto pubblico*, 2, 2004, 700-703; M. Olivetti, *Autonomia statutaria e forma di governo regionale a dieci anni dalle riforme del Titolo V*, in L. Vandelli (a cura di), *Il governo delle Regioni: sistemi politici, amministrazioni, autonomie speciali*, Bologna, 2012, 50; F. Musella, *Governi monocratici. La svolta presidenziale nelle regioni italiane*, Bologna, 2009, 230-231; S. Vassallo, *Introduzione. Ricchezza, civismo, forza dei governi: il divario in cerca di una spiegazione*, in S. Vassallo (a cura di), *Il divario incolmabile. Rappresentanza politica e rendimento istituzionale nelle regioni italiane*, Bologna, 2013, 7 ss.

²⁰ Si consideri, ad esempio, il d.d.l. cost. n. 3520, recante *Disposizioni di revisione della Costituzione e altre disposizioni costituzionali in materia di autonomia regionale*, presentato dal Presidente del Consiglio Monti, al Senato, in data 15 ottobre 2012 (per alcuni rilievi critici cfr. P. Bilancia, *La riforma dell'ordinamento regionale: verso una ricentralizzazione delle competenze*, 17 ottobre 2012, in www.csfederalismo.it; A. Ruggeri, C. Salazar, *Il Governo Monti e la riscrittura del Titolo V: "controriforma" o manovra gattopardesca?*, 23 ottobre 2012, in Giurcost.org; R. Bin, *Ma sono questi i tecnici del Governo tecnico?*, 26 ottobre 2012, in forumcostituzionale.it, 3 ss.; E. Balboni, M. Carli, *Stato senza autonomie e Regioni senza regionalismo*, in *Federalismi.it*, 21, 2012). La stessa revisione approvata dal Parlamento nella XVII legislatura, poi bocciata in sede referendaria, sembrava tracciare un passaggio «dalle Regioni senza Camera alla Camera senza Regioni» (F. Palermo, *Dalle Regioni senza Camera alla Camera senza Regioni?*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2, 2016, 463 ss., spec. 467: «il poco di rappresentanza territoriale attribuito al nuovo Senato rischia di perdere rilevanza, visto che andrebbe a rappresentare territori senza più reali poteri»), ovvero ad un assetto in cui «la riduzione degli spazi dell'autonomia è tale che un Senato delle regioni appare quanto meno inutile» (I. Ruggiu, *Il futuro del Senato della Repubblica: un contributo alla risoluzione dei problemi del bicameralismo, ma irrilevante, se non dannoso, per il regionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, 118). Nella stessa direzione, si consideri la portata quasi stigmatizzante delle previsioni introdotte da quella proposta di revisione sul divieto di trasferimenti monetari

tutto sommato recenti e comunque sotto la vigenza della «nuova» forma di governo regionale: anche questo potrebbe rappresentare un indicatore importante della percezione da parte dei cittadini dell'ente regione (e, appunto, della sua efficienza), sulla quale l'elezione diretta del Presidente della Giunta non sembrerebbe aver avuto una influenza di segno chiaramente positivo. In altre parole: ci troveremmo innanzi al paradosso di un ente diffusamente ritenuto inefficiente (al punto da richiederne, da parte di qualcuno, la soppressione)²¹ retto da una forma di governo che spicca per efficienza (con il singolare esito che si vedrebbe messa «in discussione la stessa esistenza delle Regioni, ma non l'elezione diretta dei loro presidenti»)²².

Spostando l'analisi su una prospettiva più ristretta, focalizzata sulle vicende degli apparati governanti, non vanno trascurate alcune tendenze riscontrabili a livello regionale che, replicate nella dimensione statale, potrebbero rivelarsi allarmanti.

Innanzitutto, la logica della democrazia di investitura non pare aver prodotto affatto la semplificazione dei sistemi partitici quanto piuttosto la loro deflagrazione (aggravando, anziché porre rimedio, a una crisi già in atto). Si consideri che nelle elezioni campane del 2020, il presidente eletto era collegato a ben quindici liste, di cui dodici hanno ottenuto seggi in Consiglio regionale: si sta parlando delle sole forze di maggioranza in un'assemblea composta da cinquanta membri²³.

Allo stesso modo, può essere sintomo di un andamento delle dinamiche rappresentative connotato da forti spinte plebiscitarie l'elezione di alcuni presidenti con un consenso prossimo o superiore al settanta per cento dei voti: il che, soprattutto nei contesti che non spiccano per l'efficienza degli apparati amministrativi regionali, dovrebbe indurre a interrogarsi su quanto di quel consenso sia ascrivibile a logiche «di influenza» e quanto a logiche «di dominio»²⁴.

A cavallo di questi due processi – la deflagrazione partitica e la plebiscitarizzazione – si colloca il fenomeno delle «liste dei presidenti»: sempre nelle elezioni del 2020, la lista «Zaia presidente» è di gran lunga la più votata in Veneto, con il 44,5 per cento (la «lista partito» del candidato alla presidenza – la Lega – si ferma al 17); la lista «De Luca presidente» ottiene il 13,3 per cento, un risultato che può apparire meno eclatante ma è comunque di grande rilievo considerato il quadro di frammentazione innanzi richiamato (nel quale fa meglio di quella

recanti oneri a carico della finanza pubblica in favore dei gruppi politici dei Consigli regionali e sui limiti degli emolumenti degli organi elettivi delle Regioni.

²¹ Su tali tendenze, cfr. S. Parisi, *Cinquant'anni di Regioni: cesure apparenti, ricorsività dei luoghi comuni*, in *Le Regioni*, 1-2, 2021, 185 ss.; F. Cortese, *Un check-up per il regionalismo italiano*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 1, 2021, 107 ss.

²² A. Morelli, *Quale futuro per il regionalismo italiano?*, in *Le Regioni*, 1-2, 2021, 164.

²³ Dati di analogo tenore si riscontrano, sempre nel 2020, nelle elezioni pugliesi, dove il Presidente eletto correva con il sostegno di una coalizione formata da quindici liste (accederanno complessivamente al riparto dei seggi consiliari – tra maggioranza e opposizione – otto liste). Nelle più recenti elezioni calabresi del 2021, a fronte di un Consiglio regionale di trenta componenti, a sostegno del candidato presidente di centrodestra – eletto – vi erano sette liste (di cui poi sei rappresentate), a sostegno di quello di centrosinistra sette (due rappresentate), a sostegno di un terzo candidato sei (una rappresentata).

²⁴ Occorrerebbe cioè comprendere attraverso «il modulo del 'network sociale' [...] quanto [...] appartenga al campo delle 'relazioni di influenza', cioè al campo della trasmissione intenzionale di comunicazione, al fine di modificare l'opinione dei destinatari; e quanto alle 'relazioni di dominio', nelle quali l'attore politico controlla il comportamento di altri attori promettendo premi o minacciando sanzioni»: cfr. S. Staiano, *Prolegomeni minimi a una ricerca forse necessaria su forma di governo e sistema dei partiti*, in *Federalismi.it*, 3, 2012, 20.

lista solo il Partito democratico, con il 17 per cento)²⁵.

Il dato di maggior significato (e attualità) che emerge dalle vicende della forma di governo regionale è però quello legato ad una certa insofferenza dei Presidenti – spesso dei presidenti delle regioni di maggior consistenza demografica – nei confronti di uno dei (pochi) limiti normativi al loro potere, quello del divieto di terzo mandato consecutivo (fissato dall'art. 2, lett. f), l. n. 165/2004). La previsione è stata superata in molteplici circostanze, con modalità che possono ritenersi più o meno ortodosse dal punto di vista giuridico²⁶ ma che evidenziano in ogni caso una tendenza meritevole di attenzione critica: i quattro mandati di Formigoni in Lombardia, tra il 1995 e il 2013; i tre di Errani in Emilia Romagna, tra il 2000 e il 2014; i tre di Galan (1995-2010) e di Zaia (dal 2010, con il terzo mandato oggi in fase di espletamento) in Veneto; i due di Spacca nelle Marche (2005-2015), con successiva – seppur infruttuosa – ricandidatura nel 2015.

È forse proprio quest'ultima vicenda ad assumere, ai fini del discorso sin qui condotto, un interesse peculiare: il presidente, sostenuto nei primi due mandati da una coalizione di centrosinistra, si ricandida una terza volta (dopo una modifica della legge elettorale regionale non impugnata in via diretta dal Governo) alla guida di una coalizione di centrodestra. Una dinamica che ben evidenzia quanto si sia lontani da una virtuosa logica contrappositiva, fondata sulla nitida distinzione tra responsabilità di governo della maggioranza e controllo politico dell'opposizione nella prospettiva dell'alternanza.

2.1. I (noti) tentativi di esportazione del modello a Presidente eletto nella dimensione statale. L'assetto delle forme di governo territoriali è invero oggetto, da tempo, di tentativi – giunti a vari stadi di avanzamento – di trasposizione a livello statale, combinando in diversi dosaggi interventi sulle regole costituzionali delle relazioni interorganiche e sulla legislazione elettorale.

Lasciando da parte l'ampio dibattito sviluppatosi sul punto, nelle sedi sia istituzionali sia scientifiche, si può rinvenire una certa continuità – quantomeno nella ispirazione di fondo – tra il processo riformatore intrapreso nel 2005-2006, quello intrapreso nel 2015-2016 e la proposta oggi in discussione.

Nel primo caso, si irrigidiva l'assetto parlamentare (con un conseguente ridimensionamento della posizione del Capo dello Stato) cristallizzando «la maggioranza espressa dalla elezioni»²⁷; maggioranza «collegata al candidato alla carica di Primo ministro» di cui la legge elettorale avrebbe dovuto «favorire la formazione»²⁸. In effetti, prima che la revisione giungesse ad esito, la l. n. 270/2005 introduceva, per la Camera dei deputati, il premio di maggioranza nazionale del 55 per cento, con il contestuale obbligo per le liste e coalizioni che si «candidano

²⁵ Sulle spiccate tendenze alla personalizzazione emerse nelle elezioni regionali nel 2020, nel quadro di più ampie tendenze di sistema, cfr. S. Cafiero, *I «governatori» e la pandemia. Il balzo della politica personale nelle elezioni regionali del settembre del 2020*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, 494 ss.

²⁶ Per una completa disamina sul punto cfr. S. Cafiero, *Elezione diretta del vertice dell'esecutivo e limiti al numero dei mandati. Alcune riflessioni a partire dal recente caso campano*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna Online*, numero speciale, 1, 2023, 161 ss.; più di recente, sempre in chiave critica, N. Lupo, *Il no al «terzo mandato» come garanzia costituzionale*, in *rivistailmulino.it*, 17 gennaio 2024.

²⁷ Si veda, in particolare, l'art. 27 – modificativo dell'art. 88 Cost. – del testo della legge costituzionale recante *Modifiche alla Parte II della Costituzione*, approvato in seconda votazione a maggioranza assoluta dei membri delle Camere (*Gazzetta Ufficiale*, Serie generale n. 269 del 18 novembre 2005).

²⁸ Si veda, di quel medesimo progetto, l'art. 30 (modificativo dell'art. 92 Cost.): «la legge disciplina l'elezione dei deputati in modo da favorire la formazione di una maggioranza, collegata al candidato alla carica di Primo ministro».

a governare» di dichiarare «nome e cognome della persona indicata come capo»²⁹.

Nel 2015, il grosso del lavoro era invece rimesso alla legge elettorale: era quest'ultima (la l. n. 52/2015) a imprimere una forte impronta di «direttismo» alla forma di governo, mantenendo il premio di maggioranza nazionale del 55 per cento a favore della lista di maggioranza relativa³⁰, da assegnare al primo turno (in caso di raggiungimento di almeno il 40 per cento di voti) o a un turno di ballottaggio tra le due liste più votate³¹. Sarebbe tuttavia erroneo trascurare il collegamento di quest'atto con il coevo tentativo di revisione approvato in sede parlamentare, sia dal punto di vista comunicativo e di metodo (i due interventi erano infatti presentati come pezzi di un'unica strategia riformatrice, promossa e sostenuta dall'Esecutivo del tempo), sia da quello più strettamente giuridico-costituzionale³². Sarebbero state infatti le modifiche della Carta, attraverso l'estromissione del Senato dal circuito fiduciario, a rendere funzionale una formula rivolta a disciplinare l'elezione della sola Camera dei deputati (e dunque altamente disfunzionale nel contesto del bicameralismo perfetto)³³.

Al di là delle strategie prescelte, gli elementi che oggi ricorrono nel d.d.l. 935 erano già tutti sul tappeto: il «capo» candidato a governare; la maggioranza del 55 per cento dei seggi normativamente precostituita (a termini di legge o di Costituzione); la cristallizzazione di tale maggioranza con vincoli più o meno stringenti, di natura giuridica (con diverso grado di intensità: revisione del 2006, d.d.l. 935) o meramente politica (l. n. 52/2015).

A fronte di tutto ciò, ci si potrebbe chiedere come mai si insista tanto su un assetto in definitiva respinto dai cittadini nei referendum costituzionali del 2006 e del 2016³⁴ e in qualche modo oggetto, in ragione di forzature sulla formula elettorale incompatibili con la conservazione del regime parlamentare, di due incisivi interventi caducatori della Corte costituzionale (sentt. nn. 1/2014 e 35/2017). Rovesciando la prospettiva, ci si può però porre anche una diversa domanda: innanzi ad un sostegno politico nel tempo così trasversale, per quale ragione il trapianto a livello statale del modello territoriale della forma di governo non si è ad oggi ancora realizzato?

Non si dimentichi, infatti, che quell'assetto è stato concepito e assecondato (a livello istituzionale ma anche culturalmente) da forze politiche di centrosinistra; e che i processi di riforma che ad esso si sono successivamente ispirati hanno trovato il sostegno di maggioranze di diverso orientamento: di centrodestra nel 2005-2006, di centrosinistra nel 2015-2016, ancora di centrodestra (a connotazione più estrema) oggi. Eppure tali forze, anziché convergere su soluzioni dalla matrice condivisa (come pure sarebbe auspicabile

²⁹ Così l'art. 1, c. 5, l. n. 270/2005, che aggiunge l'art. 14-*bis* al d.P.R. n. 361/1957.

³⁰ Si eliminava, dunque, la possibilità di formalizzare – ed eventualmente *premiare* – coalizioni di liste, che era invece prevista dalla l. n. 270/2005.

³¹ Nelle intenzioni del riformatore, un siffatto meccanismo avrebbe dovuto permettere di superare i profili di incostituzionalità della previgente normativa rilevati dalla sent. della Corte cost., n. 1/2014: esito poi smentito, come noto, dalla sent. n. 35/2017.

³² Come peraltro rileva chiaramente il differimento della propria applicazione disposto dalla l. n. 52/2015 (art. 1, lett. *i*).

³³ Da questo punto di vista, tanto la legge n. 270/2005 in rapporto alla revisione del 2005-2005, quanto la legge n. 52/2015 in rapporto alla revisione del 2015-2016, possono essere ritenuti espressione di quello che è stato efficacemente definito «riformismo performativo metacronico» (cfr. S. Staiano, *Metodo, merito, contesto*, in *Federalismi.it*, 15, 2016, 7-8): invertendo l'ordine logico (prima che giuridico) che dovrebbe orientare gli interventi normativi, la legge ordinaria introduce soluzioni altamente disfunzionali (o addirittura incostituzionali) nella prospettiva di recuperarne l'efficienza (e, forse, la conformità a Costituzione) all'esito di una prospettata ma non ancora realizzata (dunque incerta) revisione costituzionale.

³⁴ Su tale prospettiva si interrogava ad esempio, criticamente, G. Ferrara, *Attuare la Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2006, all'indomani del referendum costituzionale del 2006.

quando sono in gioco modifiche della Carta fondamentale così delicate) si sono di volta in volta scambiati il ruolo di riformatore e oppositore: in prima battuta, impedendo di chiudere la revisione nella dimensione parlamentare (per effetto del raggiungimento della maggioranza dei due terzi in entrambe le camere), poi contribuendo a determinarne la bocciatura in sede referendaria.

Per spiegare un siffatto andamento, può essere utile considerare alcuni elementi che accomunano, sul piano del metodo, i tre passaggi riformatori qui considerati: il protagonismo governativo e del Presidente del Consiglio in ispecie; l'approvazione parlamentare a maggioranza assoluta in seconda deliberazione, che implica – come anticipato – un dissenso delle opposizioni sulla prospettiva riformatrice; il ricorso allo strumento referendario da parte delle forze politiche fautrici della revisione, in chiave confermativa³⁵.

Tutto ciò potrebbe costituire una riprova della forte connotazione plebiscitaria – di quella connotazione plebiscitaria di cui, come detto, si riscontrano evidenti tracce nelle esperienze regionali – dell'assetto in questione. E non si tratta solo della carica plebiscitaria insita nella formula organizzativa in sé, quanto piuttosto – in una valutazione più legata all'opportunismo contingente – dell'abbrivio plebiscitario di cui beneficerebbe il leader-riformatore vittorioso nel referendum costituzionale (invero, anche qui di plebiscito si dovrebbe discorrere)³⁶, che potrebbe aprirgli la prospettiva di una lunga fase di governo in un assetto caratterizzato da una spiccata concentrazione e personalizzazione del potere (tanto più che – almeno nel testo originario – il d.d.l. 935 non stabilisce alcun limite al numero dei mandati del Presidente del Consiglio eletto). È forse questa la ragione per cui le innovazioni in questione sono convintamente sostenute se si vestono i panni della maggioranza governativa e altrettanto convintamente contrastate se ci si colloca invece sul versante delle opposizioni. Si tratta, in fin dei conti, di un rovesciamento della logica della decisione sotto il «velo di ignoranza» seguita saggiamente dai costituenti italiani, quando optarono per formule elettorali spiccatamente proporzionalistiche³⁷.

Se l'ambizione che anima il *leader* o il partito di turno è stata ricostruita, almeno in parte, correttamente, vi sarebbero dunque ulteriori ragioni per non percorrere la strada oggi tracciata dal d.d.l. 935: in tempi di continue scomposizioni e ricomposizioni del sistema partitico, con l'emersione di forze percepite come una minaccia per la tenuta democratica del sistema, andrebbero guardati con diffidenza congegni eccessivamente selettivi che possano consentire alle stesse di accedere al governo senza stringere alleanze che ne stemperino le posizioni più radicali. In altri termini: è la dinamica consensuale – in luogo di quella

³⁵ Per il referendum del 2006 occorre precisare che non vi è stata richiesta da parte dei parlamentari della maggioranza di centrodestra; l'iniziativa è stata però assunta – insieme ad altre regioni – dalla Lombardia, governata da quel medesimo blocco politico e che successivamente, con il Veneto, risulterà l'unica in cui prevarranno i voti referendari favorevoli alla revisione (in merito cfr. S. Mannozi, *La riforma della seconda parte della Costituzione: l'ultima fase del processo legislativo e il referendum costituzionale*, in AA. VV., *Quarto rapporto annuale sullo stato del regionalismo in Italia*, Milano, 2007, 18-19). Per la revisione oggi in atto non possono ovviamente confermarsi questi dati; la prospettiva referendaria – e dunque un voto favorevole alla revisione della sola maggioranza assoluta – è però ipotesi già strategicamente prefigurata dalla Presidente del Consiglio: si veda il video messaggio reperibile sul canale YouTube *Giorgia Meloni News*, nella rubrica *Gli appunti di Giorgia* trasmessa il 10 novembre 2023.

³⁶ Questa la conclusione cui dovrebbe giungersi se si condivide l'impostazione che fa leva, ai fini della distinzione tra referendum e plebiscito, non su elementi formali quanto piuttosto sul *concreto contesto politico*, risolvendosi il secondo in una votazione popolare rivolta, in definitiva, alla legittimazione di una *persona* o, al limite, di un *partito politico* o di un *organo costituzionale* (in tal senso M. Luciani, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*, tomo I, 2, Bologna-Roma, 2005, 138-140).

³⁷ In tema cfr. L. Paladini, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, 24 ss.

plebiscitario-contrappositiva – a risultare meglio in grado di favorire la progressiva integrazione democratica di tali soggetti, smussandone le connotazioni antisistema.

3. L'efficienza democratica secondo la comunicazione politica. I messaggi della politica (o, meglio, della comunicazione politica) sono talvolta, anche per le forme in cui vengono veicolati, tanto semplici e immediati da risultare difficilmente controvertibili, determinando un'ampia adesione nell'opinione pubblica. Eppure, dietro di essi possono celarsi semplificazioni ed equivoci fuorvianti, che rendono necessario provare a confrontarsi con essi sul piano tecnico (nel caso che interessa giuridico-costituzionale).

È proprio in questo tipo di messaggi che si trova enunciato il principale obiettivo oggi perseguito con la revisione in atto: porre «fine alla stagione dei giochi di palazzo, dei ribaltoni, delle maggioranze arcobaleno»³⁸. Anche su questo piano, le parole della Presidente del Consiglio in carica, pronunciate nella fase di avvio dell'iter di revisione, si collocano su una linea di forte continuità con il più vicino precedente degli interventi sulla forma di governo. Anche nel 2015-2016, il Presidente del Consiglio – da una posizione di assoluto protagonismo nel processo riformatore – celebrava *online* le virtù salvifiche del disegno che andava prendendo forma: «con la legge elettorale abbiamo cancellato ogni balletto post-elettorale [...]. Con la nuova legge elettorale [...] ci sarà un vincitore chiaro. E una maggioranza in grado di governare. Stabilità, buon senso, certezze. Punto»³⁹. Una prospettiva, quella enunciata, tradotta poi in alcuni slogan tuttora in voga («conoscere chi vince la sera stessa delle elezioni; un vincitore chiaro un minuto dopo i risultati»), a conferma della forza di questo tipo di messaggi; e che appariva talmente scontata nei suoi pregi da indurre il Presidente del Consiglio a lanciare una «scommessa» (*sic*): nel giro di cinque anni quella soluzione sarebbe stata copiata da «mezza Europa»⁴⁰.

In effetti, mezza Europa viveva (e vive) una fase in cui si manifestavano seri problemi di governabilità, anche in esperienze tradizionalmente caratterizzate da una spiccata stabilità: il Regno Unito sperimentava governi di coalizione (Governo Cameron, 2010-2015) o di minoranza (Governo May II, 2017-2019); la Spagna, a partire dalle elezioni politiche del 2015, conosceva una perdita di centralità dell'asse bipartitico su cui si era retta fino ad allora l'alternanza, che rendeva particolarmente complesse le negoziazioni preordinate alla formazione degli esecutivi e instabili le legislature (dal 2015 al 2023 la Spagna è andata al voto politico ben cinque volte)⁴¹. In Germania, ove oggi è al governo la coalizione «semaforo» (socialdemocratici, verdi e liberali), si giunse nel 2013 alla nascita dell'Esecutivo a circa tre mesi dalle elezioni del 22 settembre: il partito della Merkel, nonostante una maggioranza relativa di voti pari al 41,5 per cento (che si traduceva nel 49 per cento di seggi del *Bundestag*) era costretto ad aprire, il 31 ottobre, una fase di complesse trattative con la SPD per un

³⁸ Il passaggio è ripreso dal messaggio pubblicato sul canale YouTube *Giorgia Meloni News*, nella rubrica *Gli appunti di Giorgia* trasmessa il 10 novembre 2023.

³⁹ Così nella *eNews* n. 406 del 21 dicembre 2015, consultabile al link www.matteorenzi.it/enews-406-21-dicembre-2015/.

⁴⁰ Così in un intervento del Presidente del Consiglio riportato dal sito del *Corriere della sera* (*Corriere.it*, 23 marzo 2015), al link www.corriere.it/politica/15_marzo_23/renzi-mezza-europa-copiera-nostra-legge-elettorale-2bee7a9e-d17e-11e4-8608-3dead25e131d.shtml.

⁴¹ Nell'esperienza spagnola, la complessità dei processi di formazione degli esecutivi è testimoniata dalle più recenti vicende, che hanno portato alla nascita del III governo Sánchez: per alcuni spunti in tema, cfr. C. Vidal Prado, *L'investitura del nuovo governo in Spagna: amnistia e stato di diritto*; M. Benedetti, *Elezioni anticipate e conferma del governo di coalizione*; G. Ferraiuolo, *Accordi e disaccordi. Il patto di investitura PSOE-Junts per Catalunya nella crisi costituzionale spagnola*, tutti in *Federalismi.it*, 29, 2023.

governo di coalizione; il 27 novembre si raggiungeva un accordo tra le due forze, reso pubblico e poi sottoposto dai socialdemocratici ad una consultazione tra gli iscritti; il patto era a quel punto sottoscritto in maniera solenne il 16 dicembre e il giorno successivo Angela Merkel otteneva l'investitura. Ancora più articolato il percorso apertosi all'esito delle elezioni del 24 settembre del 2017: la CDU (partito di maggioranza relativa con il 32,9 per cento di voti e il 34 per cento di seggi) tentava in prima battuta la via di un governo con verdi e liberali (coalizione «Giamaica»). Rivelatasi non percorribile questa soluzione (per il ritirarsi dei liberali), si riapriva la prospettiva di *Große Koalition*: l'SPD, anche grazie alla mediazione condotta dal Presidente federale, superava la indisponibilità manifestata dopo i risultati elettorali e, prima, faceva votare la proposta di un nuovo esecutivo con la CDU in un congresso straordinario (56,4 per cento dei delegati a favore); poi, raggiunto l'accordo di coalizione, lo sottoponeva ad un referendum tra gli iscritti (66 per cento di voti favorevoli). Un percorso così complesso portava all'investitura di Angela Merkel alla guida del suo quarto governo il 14 marzo 2018, a circa sei mesi dal giorno delle elezioni.

Nelle vicende sinteticamente richiamate, le gravi «disfunzioni» democratiche denunciate dai riformatori italiani ci sono tutte: «giochi di palazzo, maggioranze arcobaleno, balletti post-elettorali». Si delineerebbe così uno scenario con, da una parte, il genio italico che possiede – almeno dal 2005 – la formula magica della governabilità, che attende solo di essere pronunciata; dall'altra, sistemi inefficienti e impallati ai quali quella formula non è stata ancora disvelata. Rappresentando invece la situazione in termini più seri e realistici, occorrerebbe prendere atto di due approcci molto diversi: il primo che, attraverso l'elezione diretta e «premiata» del Presidente del Consiglio, ritiene che il groviglio della rappresentanza, generato da società sempre più complesse e attraversate da nuove fratture, vada reciso con un colpo di accetta; il secondo che continua ad affidare ai partiti politici (a partiti del presente, non ai partiti novecenteschi) il compito di districare pazientemente quel groviglio⁴². In quest'ultima direzione, va forse ricordato che anche chi ha ragionato sull'odierno *vuoto* partitico non ha mancato di rilevare il ruolo ancora insostituibile di quei soggetti laddove i governi «devono essere formati in primo luogo attraverso i negoziati in seno alla coalizione tra attori potenzialmente in competizione tra di loro»⁴³.

4. Mutamento della forma di governo o nuovo tipo di ordinamento rappresentativo?

È nello snodo da ultimo richiamato che va dunque colto il senso più profondo delle proposte riformatrici qui criticamente analizzate, costruito sulla contrapposizione tra cittadini (*rectius*: elettori) e partiti: «Volete contare e decidere o stare a guardare mentre i partiti decidono per voi?»⁴⁴. Un approccio che si legge bene, in controluce, anche nella critica rivolta in sede

⁴²«I sistemi sociali occidentali sono attraversati da linee di tensione fortissime [...]. Sistemi così articolati e conflittuali hanno bisogno di una qualche riduzione della loro complessità, certo, ma non si governano con la sola semplificazione. E il disagio deve essere in qualche modo rappresentato, altrimenti trova pericolosi canali extraistituzionali di manifestazione»: così M. Luciani, *Bis in idem: la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 5; in tema, ora anche Id., *Questioni generali della forma di governo italiana*, in *Rivista AIC*, 1, 2024, 4 ss.; nonché A. Lucarelli, *Premiato e riforme costituzionali: il mito della governabilità*, in *Rivista AIC*, 4, 2023, 307 ss.

⁴³ Cfr. P. Mair, *Ruling the Void. The Hollowing of Western Democracy*, London, 2013, trad. it. *Governare il vuoto. La fine della democrazia dei partiti*, Soveria Mannelli, 2016, 101.

⁴⁴ Sono ancora parole riprese dal videomessaggio della rubrica *Gli appunti di Giorgia* (10 novembre 2023) in precedenza richiamato, su cui, criticamente, cfr. M. Calamo Specchia, *E, della Costituzione repubblicana, "Italiani! Voi cosa volete fare?"*. *Noterelle a margine di una revisione costituzionale che nasconde molto più di quanto non dica*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2023, XLVIII ss.

scientifica alla norma cd. «antiribaltone» nella configurazione proposta nel d.d.l. 935, che «in contraddizione rispetto agli obiettivi espressi dalla proposta di riforma [...] depotenzia fino ad annullare l'effetto 'stabilizzatore' della elezione diretta, visto che toglie lo scettro del potere all'elettorato per restituirlo ai partiti (cosa che invece si aspira più di tutto a evitare), che possono accordarsi per sostituirlo e annichilire dunque la volontà popolare a favore di quella delle forze di maggioranza»⁴⁵.

Ma proprio in questo snodo vi è, forse, anche l'equivoco di fondo su cui si è preteso di realizzare in Italia una transizione maggioritaria poi sfociata in un «fanatismo» per l'elezione diretta «che ha abbagliato [e abbaglia] troppi novatori»⁴⁶.

A venticinque anni dal referendum del 1993 sulla legislazione elettorale del Senato, un protagonista di quella stagione politica ha denunciato il «lavoro consapevole, lento, tenace e scellerato condotto dal sistema dei partiti» per distruggere un meccanismo maggioritario «che stava funzionando molto bene per la stabilità e il rapporto diretto tra cittadini-parlamentari»⁴⁷. Si riafferma dunque – come all'epoca della campagna referendaria del 1993 – l'idea di una democrazia (maggioritaria) che ha nei partiti i nemici da sconfiggere: partiti che inaridiscono – anziché nutrire – il rapporto tra cittadini ed eletti, che si vuole diretto e non mediato. Proprio su tale terreno, Norberto Bobbio segnalava, in tempi lontani, come «soltanto gli uninominalisti italiani guardano all'Inghilterra come a quel paese in cui il collegio uninominale costituirebbe un argine all'ingerenza del partito nelle elezioni e uno strumento idoneo a personalizzare le candidature; il collegio uninominale [...] non sposta neppure di un millimetro la lotta politica dal partito alla persona»⁴⁸. E anzi, nel Regno Unito – la culla di quel premierato che rappresenta l'orizzonte del riformatore italiano – sono in realtà «grandi partiti democraticamente organizzati al servizio della democrazia» a generare «il miraggio di un governo forte»⁴⁹. Proprio in ragione di ciò, il filosofo torinese denuncerà più tardi, negli anni del passaggio al maggioritario, la «contraddittorietà» di due campagne congiuntamente condotte in Italia: «per un governo stabile, da un lato, e contro il sistema dei partiti, dall'altro, mentre solo un riassetto delle forze politiche [...] sarebbe la prima condizione per una maggiore stabilità di governo»⁵⁰.

Sarebbe naturalmente intempestiva – oltre che poco utile – una polemica postuma sulla retorica antipartitica che ha segnato alcuni fondamentali passaggi delle vicende politico-istituzionali italiane; anche perché quell'atteggiamento può essere agevolmente compreso se calato nel contesto della profonda crisi di sistema esplosa nei primi anni Novanta. Fuori da quella temperie però (anche alla luce dei riscontri di un'esperienza che mostra come gli interventi nel tempo presentati come salvifici abbiano in molti casi aggravato, piuttosto che risolvere, le disfunzioni dei processi rappresentativi) quell'approccio meriterebbe oggi di essere rimeditato. E una resistenza – quantomeno una resistenza culturale – rivolta a recuperare e salvaguardare il necessario ruolo di intermediazione democratica dei partiti

⁴⁵ C. Bassu, *L'elezione diretta del Capo del Governo è sufficiente per valorizzare il principio democratico e garantire la stabilità?*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2024, 4.

⁴⁶ Così L. Elia, *Introduzione*, in M. Olivetti (a cura di), *Nuovi statuti e forma di governo delle regioni. Verso le Costituzioni regionali?*, Bologna, 2002, XIV.

⁴⁷ Cfr. Segni: *a 25 anni dal referendum i partiti hanno riportato il caos*, in *Corriere della sera*, 19 aprile 2018.

⁴⁸ N. Bobbio, *I partiti politici in Inghilterra*, in Id., *Tra due repubbliche. Alle origini della democrazia italiana*, Roma, 1996, 54.

⁴⁹ Ivi, 69; in quella esperienza, dunque, lo slittamento di potere negli equilibri della forma di governo si sarebbe prodotta non dal Parlamento al Governo (o al *Premier*) ma dal Parlamento ai partiti: sono Parlamento e partiti ad essersi *scambiati di posto* (64).

⁵⁰ N. Bobbio, *Tra due repubbliche*, cit., 121.

poteva (può?)⁵¹ essere forse esercitata. Invece, innanzi a soggetti «la cui struttura e funzionamento non corrisponde minimamente al metodo democratico di cui ragiona l'art. 49 della Costituzione [...] che non controllano i *leaders* ma sono sotto il loro pieno dominio, con riflessi molto negativi sull'andamento della vita costituzionale» (era il 2006 quando Elia rilevava tale dato)⁵², anziché contrastare siffatta involuzione si è scelto di assecondarla attraverso moduli organizzativi del potere di impronta «unidimensionale»⁵³ o «monarchica»⁵⁴. Così, la «fine dei partiti» (o – più realisticamente – la loro trasformazione in senso personale)⁵⁵, se è stata per una parte favorita da fenomeni di ampia portata⁵⁶, per l'altra rappresenta, nella specificità della vicenda italiana, una sorta profezia che si è progressivamente (e per qualcuno irreversibilmente) autoavverata.

In tale scenario vi è un passaggio di particolare significato nella relazione al d.d.l. A.S. n. 830 (quello presentato su iniziativa di senatori di una forza («Italia Viva») collocata all'opposizione, che del progetto governativo condivide però l'ideologia di fondo): «appare decisivo [si legge] permettere ai cittadini di incidere con il proprio voto sulla vita politica in modo diretto e non mediato. La «democrazia rappresentativa» ha svolto una funzione decisiva nei primi decenni del Dopoguerra anche in Italia, ma oggi è tempo di valorizzare con più forza la «democrazia decidente»» (mie virgolette alte).

La contrapposizione suggerita non è dunque, semplicemente, tra investitura e operazione, tra responsabilità e responsività, tra immanenza e trascendenza (coppie che dovrebbero fisiologicamente integrarsi, magari in chiave di prevalenza dell'una sull'altra, ma non escludersi dicotomicamente)⁵⁷ ma addirittura – magari inconsapevolmente – tra democrazia rappresentativa e democrazia decidente (non rappresentativa).

Se è questo è l'orizzonte – più o meno chiaro ed esplicitato – delle innovazioni proposte, ad essere in gioco non sarebbe tanto la revisione della forma di governo quanto piuttosto il mutamento del «tipo di ordinamento rappresentativo», ovvero di un profilo da ricondurre alle connotazioni della forma di Stato. Proprio in esso Mortati individuava uno degli snodi essenziali del passaggio dallo Stato liberale a quello di democrazia pluralista; l'introduzione del suffragio universale, infatti, non produceva «solo la trasformazione quantitativa del corpo elettorale [...], ma necessariamente anche una qualitativa, per l'eterogeneità che si introduce in seno al medesimo, e che determina l'esigenza di organizzare i vari orientamenti, così da elaborare nell'ambito stesso della società le sintesi politiche destinate ad influenzare l'azione

⁵¹ Alcune proposte concrete di intervento rivolte a recuperare l'irrinunciabile funzione di intermediazione dei partiti sono ora formulate da M. Luciani, *Questioni generali*, cit., 14 ss.

⁵² Cfr. L. Elia, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, vol. III, Milano, 2006, 2600.

⁵³ In riferimento alla forma di governo regionale, parla di «unidimensionalità del potere» S. Staiano, *Prefazione. Dai sindaci ai governatori*, in F. Pastore (a cura di), *I sistemi elettorali regionali tra complessità delle fonti, forma di governo e dinamiche partitiche*, Torino, 2012, XII.

⁵⁴ Cfr. N. Urbinati, *Me The People. How Populism Transforms Democracy*, Cambridge, 2019, trad. it. *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, 2020, 189 ss.; ancora con riferimento specifico alla forma di governo regionale, si esprime in termini di «monocrazia elettiva» A. Di Giovine, *Appunto sulla cultura espressa dalla legge costituzionale n. 1 del 1999*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2003.

⁵⁵ Sull'esito della morte dei partiti, si veda, criticamente, S. Staiano, *Democrazia dei partiti e forma di governo*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2023, 322.

⁵⁶ Li richiama, da ultimo, M. Luciani, *Questioni generali*, cit., 2 ss.

⁵⁷ Sulle coppie in tensione, richiamate nel testo, su cui dovrebbero reggersi gli equilibri rappresentativi si vedano, tra i tanti, P. Ridola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011, 63 ss.; A. Barbera, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2008, 879 ss.; G. Sartori, *Elementi di teoria politica*, Bologna, 1991, 229; P. Mair, *Governare*, cit., *passim*; S. Staiano, *La rappresentanza*, cit., 13; L. Elia, *Governo*, cit., 673 ss..

dello Stato»⁵⁸. La mediazione – con lo «sdoppiamento» del rapporto rappresentativo che ne discende⁵⁹ – è, in questo senso, tratto essenziale della rappresentanza politica su cui si reggono gli ordinamenti di democrazia pluralista. Nelle principali esperienze costituzionali europee, sono i partiti politici (i partiti politici del ventunesimo secolo) che continuano a realizzare quella mediazione, pur in contesti sociali e forme senz'altro diversi rispetto al passato.

L'elezione diretta del Presidente del Consiglio, combinata alla declinazione della contestualità accolta nel A.S. 935, potrebbe allora rappresentare, per l'Italia, un pionieristico passo verso una democrazia disintermediata, che rigetta – in termini talora fin troppo espliciti – il ruolo dei partiti. È chiaro che, in questa luce, il dibattito sulle riforme rischia di ridursi ad uno sterile confronto tra passatisti e visionari, con i primi che non sono in grado di cogliere le virtù insite nelle proposte oggi – in realtà da tempo – sul tappeto.

Anche in questo scenario di incomunicabilità si potrebbe tuttavia provare a fissare una qualche minima coordinata analitica. Negli ultimi anni si è molto discusso – lo ha fatto anche la dottrina costituzionalistica – intorno alla nozione di populismo; nozione «multiforme e porosa»⁶⁰, ben rappresentata dalla efficace immagine del «complesso di Cenerentola»: si cerca di individuare, sul piano analitico, i caratteri del populismo (la «scarpetta») senza che però si rinverano poi, sul terreno concreto, esperienze cui «calzi» adeguatamente la categoria elaborata⁶¹. Vi è però un tratto che, meglio di altri, esprime l'essenza della variegata fenomenologia populista, costituito proprio dalla tensione alla disintermediazione (che, in definitiva, è anche tendenza alla semplificazione): con il popolo che «sa» – direttamente – «ciò che vuole», e può dunque «governarsi da sé»⁶² (riducendo i rappresentanti, al limite, a meri «dipendenti»); oppure con il popolo – direttamente – «unificato sotto un leader»⁶³. Dopo quella delle «democrazie illiberali», un'altra formula estremamente ambigua, se non addirittura ossimorica, potrebbe così affacciarsi sulla scena degli studi costituzionalistici: quella della democrazia disintermediata e dunque, forse, della «democrazia populista». A questo punto, vi sarebbe da esplorare una terra davvero ignota; e, almeno nella prospettiva di chi scrive, non priva di insidie.

Abstract. il lavoro analizza criticamente il modello di contestualità tra elezione del Presidente del Consiglio dei ministri e camere parlamentari prospettato dal d.d.l. di revisione costituzionale, di iniziativa governativa, A.S. n. 935, proponendo alcuni spunti anche in chiave comparativa. Dietro tali innovazioni si intravede, prima che un intervento sulla configurazione delle relazioni interorganiche, una problematica ridefinizione di alcuni tratti della idea stessa di democrazia rappresentativa.

⁵⁸ C. Mortati, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, vol. II, Padova, 1957, ora in Id., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, Milano, 1972, 372-373.

⁵⁹ Cfr. C. Mortati, op. ult. cit., 379 ss.; in senso analogo N. Bobbio, *Rappresentanza e interessi*, in G. Pasquino (a cura di), *Rappresentanza e democrazia*, Roma-Bari, 1988, ora in Id., *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, 426-427.

⁶⁰ A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020, 56.

⁶¹ L'immagine, proposta da Isaiah Berlin in una conferenza del 1967, è stata ripresa da M. Tarchi, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Bologna, 2015, 27.

⁶² Cfr. I. Massa Pinto, *Rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 16 ss.

⁶³ Cfr. N. Urbinati, *Un termine abusato, un fenomeno controverso*, in J.W. Müller, *Cos'è il populismo?*, Milano, 2017, XVII.

Abstract. the paper proposes a critical analysis of the model of simultaneous election of the Prime minister and of the Houses of Parliament, as defined by the project of constitutional reform set forth by the Italian Government in the Senate's Act no. 935. This analysis is conducted also by making some suggestions from a comparative perspective. Behind such transformations it is possible to see - before a mere modification of the relations between governmental bodies - a problematic redefinition of some essential traits of the very idea of representative democracy.

Parole chiave. Forma di governo – riforme costituzionali – partiti politici – rappresentanza politica – populismo.

Key words. Government – constitutional reforms – political parties – political representation – populism.

ANNULLAMENTO D'UFFICIO, AFFIDAMENTO E TERMINE DI DODICI MESI*

di Nicola Di Modugno**

Sommario. 1. La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio: considerazioni introduttive. – 2. La disciplina dei termini per l'annullamento d'ufficio in Germania e in Francia. – 3. Perentorietà del termine previsto per l'annullamento d'ufficio e decadenza della P. A. dall'esercizio del relativo potere. – 4. Eccezione al termine: dolo o colpa grave del destinatario dell'atto oggetto di riesame. – 5. L'annullamento d'ufficio come autotutela spontanea della P. A. nettamente distinta dai rimedi giustiziali; il termine di dodici mesi come tappa essenziale nell'avanzamento dello Stato di diritto.

280

1. La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio: considerazioni introduttive. La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio: considerazioni introduttive.

Come ha osservato autorevole dottrina¹ l'affermazione del principio di legalità, quale fonte legittimante del potere pubblico, costituisce il frutto di un processo lento e difficile in quanto, ben diversamente dall'ambito della funzione giurisdizionale, anche dopo la formazione dello Stato liberale, la pubblica amministrazione, per lungo tempo, ha ritenuto di potersi auto legittimare sulla base delle proprie finalità istituzionali di polizia e di salvaguardia del bene pubblico.

Orbene, se vi è stato un settore in cui ancora più lento è stato l'affermarsi del principio di legalità questo è proprio quello dell'autotutela² delle P.A. in quanto, fino a ieri, si è ritenuto che, mentre l'autotutela esecutiva potesse esercitarsi soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge, l'autotutela decisoria costituiva, al contrario, oggetto di un potere generale spettante *naturaliter* alla P.A. sulla base dell'esecutorietà dei propri atti.

In altre parole, la generalità e le perpetuità della potestà di annullamento d'ufficio trovava il suo fondamento proprio nella inesauribilità³ del potere amministrativo.

Tale stato di cose, già nei primi anni trenta del Novecento, destava profonda insoddisfazione secondo autorevole dottrina⁴ a causa dell'utilizzo strumentale, da parte della P.A., dell'istituto

* Sottoposto a referendum.

** Ricercatore confermato di Diritto amministrativo – Università del Sannio.

¹ Il riferimento è ad A. Romano Tassone, *Brevi note sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in AA.VV., *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991, II, 403, nota n. 87, che osserva: «L'affermarsi del principio di legalità come fonte di legittimazione del potere pubblico passa per un processo né facile né breve: facilmente accolta nell'ambito della funzione giurisdizionale, l'idea di legalità stenta invece ad imporsi nei confronti dell'amministrazione che per lungo tempo dopo la formazione degli stati liberali continua a ritenere la propria legittimazione del fin di benintesa 'polizia'».

² Sul tema, è essenziale il saggio di B. G. Mattarella, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 6, 2007, 1223-1270.

³ Sul tema, cfr. il saggio di M. Trimarchi, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1, 2017. Sullo stesso tema, v. la successiva monografia di M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018.

⁴ Così, significativamente, A.C. Jemolo, *L'interesse come presupposto dell'annullamento di atti illegittimi. Licenziamento in via eventuale*, in *Foro It.*, 1931, III, 114, che osservava: «L'annullamento per illegittimità, adoperato a distanza di alcun anni e senza che gravi interessi pubblici lo reclamino, rischia troppo facilmente di mutarsi da garanzia

dell'annullamento d'ufficio, anche dopo anni, sovente per finalità estranee all'interesse generale. In tal modo, spesso, veniva colpito chi non aveva alcuna responsabilità dell'illegalità in cui *ab origine* la P.A. era incorsa.

Oltre cinquant'anni dopo la prassi ancora invalsa del tardivo esercizio del potere di annullamento d'ufficio venne criticata in dottrina con l'osservazione secondo cui l'eliminazione del provvedimento ritenuto illegittimo, dopo molti anni, aveva fatto assumere all'istituto un ruolo, in concreto, più simile a quello tipico dei procedimenti di revisione⁵.

2. La disciplina dei termini per l'annullamento d'ufficio in Germania e in Francia. La disciplina dei termini per l'annullamento d'ufficio in Germania e in Francia.

Come abbiamo visto, la recente riforma è stata ispirata dall'ordinamento comunitario⁶ secondo cui la regola del legittimo affidamento⁷ costituisce manifestazione del principio della

della legalità in mezzo per raggiungere scopi che sono estranei ad ogni intento del legislatore, rischia di turbare interessi vitali, colpendo chi della illegalità non ha responsabilità alcuna».

⁵ Il riferimento è a M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, 2^a Ed., Milano, 1988, Vol. II, 1015, che osservava: «Nel diritto positivo è invece aperto un grave problema, che è quello del tempo dell'annullamento d'ufficio. Se si sta alle regole del sistema, il procedimento di riesame dovrebbe svolgersi immediatamente dopo il procedimento di primo grado, ossia prima che, in fatto, le conseguenze del provvedimento di primo grado siano consolidate. Nella pratica però si danno procedimenti di riesame che si aprono molto tempo dopo la chiusura del procedimento di primo grado, sicché essi vengono ad assumere un ruolo, di fatto, di procedimenti di revisione».

⁶ Sul principio di affidamento nel diritto comunitario è essenziale la motivazione di Cass. SS. UU., n. 8236/2020, in cui, sul punto, significativamente, si legge: «La tutela dell'affidamento rientra tra i principi dell'ordinamento comunitario (ai quali l'attività amministrativa deve uniformarsi ai sensi della L. n. 241 del 1990, art. 1), come la Corte di giustizia ha dichiarato fin dalla sentenza CGUE 3 maggio 1978, C-12/77, Topfer, dove si affermò che «il principio della tutela del legittimo affidamento [...] fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario e la sua inosservanza costituirebbe, ai sensi del predetto articolo, «una violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione» (18 e 19). Secondo la Corte di Lussemburgo tale principio costituisce un corollario del principio della certezza del diritto (CGUE, 20 dicembre 2017, C-322/16, *Global Starnet*, p. 46). Osserva al riguardo il Collegio che, se è innegabile che tra il principio di affidamento e quello della certezza del diritto esistano ampi margini di sovrapposizione, la distinzione tra tali principi può essere tuttavia tracciata in relazione ai loro rispettivi contenuti, giacché, come sottolineato da attenta dottrina, nella tutela dell'affidamento appare centrale la dimensione soggettiva, che è rappresentata dalla pretesa di un soggetto qualificata dalla previsione di una regola (generale o speciale) precedente, mentre rispetto alla certezza del diritto si impone una dimensione oggettiva, che attinge alla identità del diritto e coinvolge, in ultima analisi, un valore intrinseco alla giuridicità. Nella stessa giurisprudenza di Lussemburgo, peraltro, non mancano espliciti riferimenti alla dimensione «soggettiva» dell'affidamento; nella sentenza CGUE 14 marzo 2013 C-545/11, *Agrargenossenschaft Neuzelle*, per esempio – dopo le affermazioni, corredate dai richiami ai pertinenti precedenti, che «secondo una giurisprudenza consolidata della Corte, il principio della tutela del legittimo affidamento rientra fra i principi fondamentali dell'Unione» (23) e che «il diritto di avvalersi del suddetto principio si estende ad ogni soggetto nel quale un'istituzione dell'Unione ha fatto sorgere fondate speranze» (24) si enuncia il principio secondo il quale «costituiscono un esempio di assicurazioni idonee a far nascere fondate aspettative, a prescindere dalla forma in cui vengono comunicate, informazioni precise, incondizionate e concordanti che promanano da fonti autorizzate ed affidabili (25)». Negli stessi termini, più di recente, Corte Giust. 23 gennaio 2019 in C-419/17, *Deza a.s.*

⁷ Sul principio di affidamento in diritto amministrativo va richiamato Cons. Stato Ad. Plen., n. 20/2021 in cui, sul punto, si legge: «Nella dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi si colloca anche l'affidamento. Esso non è infatti una posizione giudica soggettiva autonoma distinta dalle due, sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi. Più precisamente, l'affidamento è un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata. Dell'affidamento sono applicazioni concrete, tra le altre, la «regola possesso vale titolo» ex art. 1153 cod. civ., l'acquisto dall'erede apparente di cui all'art. 534 cod. civ., il pagamento al creditore apparente ex art. 1189 cod. civ. e l'acquisto di diritto di diritti dal titolare apparente ex artt. 1415 e 1416 cod. civ., il cui denominatore comune consiste

certezza del diritto sul piano oggettivo.

Non a caso l'ordinamento tedesco⁸ è caratterizzato dall'art. 48, c. 4, VwVfG che prevede il termine decadenziale di un anno per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

Tale termine decorre dal momento in cui la P.A. viene a conoscenza dei presupposti di fatto che giustificano l'annullamento del provvedimento oggetto del riesame.

Il termine ha una portata generale ed è derogabile soltanto in casi eccezionali nominativamente individuati dalla legge. Casi limitati alle sole ipotesi di provvedimenti ottenuti mediante dolo, minaccia o corruzione dell'agente, da parte del privato interessato, ovvero mediante dichiarazioni e informazioni inesatte o false.

Ancora più rigido l'ordinamento francese che, fino a tempi molto recenti, era regolato esclusivamente dalla giurisprudenza, sotto questo profilo, in modo simile all'ordinamento italiano.

Emerse però tra i due ordinamenti, già nei primi decenni del Novecento, una differenza di fondo.

Il nostro Consiglio di Stato, infatti, non ha mai individuato, in sede giurisprudenziale, un termine fisso all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio da parte della P.A. Potere di cui è stata sempre affermata la perpetuità quanto meno in linea di principio. La prassi si è, pertanto, limitata al mero sindacato di eccesso di potere in ordine alle valutazioni compiute dalla P.A. in sede di autotutela nelle ipotesi in cui le situazioni di fatto favorevoli al privato, derivanti dall'atto oggetto di riesame, si fossero consolidate.

Al contrario, in Francia⁹, per gli atti creativi di diritti, anticamente, si riteneva che questi non fossero neppure annullabili d'ufficio poiché vigeva il dogma dell'intangibilità assoluta, per l'amministrazione, dei diritti acquisiti¹⁰.

Tale orientamento venne modificato soltanto con l'*arret del Conseil d'Etat Abbé Blanc* del 16 febbraio 1912.

Successivamente con l'*arret Dame Cachet* del 3/11/2022 il *Conseil d'Etat* affermò che, anche

nell'attribuire effetti all'atto compiuto dalla parte che in buona fede abbia pagato o contrattato con chi ha invece ricevuto il pagamento o alienato senza averne titolo. Sorto in questo ambito, l'affidamento ha ad oggi assunto il ruolo di principio regolatore di ogni rapporto giuridico, anche quelli di diritto amministrativo». È in questo senso la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, che, con affermazione di carattere generale, ha statuito che l'affidamento «è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività» (Cons. Stato, VI, n. 5011/2020). Nella pronuncia ora richiamata non si è condiviso l'orientamento assolutamente prevalente nella giurisprudenza della Corte regolatrice secondo cui l'affidamento costituisce un diritto autonomo, con conseguente devoluzione al giudice ordinario delle controversie risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione per lesione da affidamento sulla stabilità del provvedimento favorevole poi annullato. Nella pronuncia in esame si è invece posto in rilievo che, in conformità alla sua origine quale istituto giuridico espressione di un principio più che di una situazione soggettiva, l'affidamento «contribuisce a fondare la costituzione di particolari rapporti giuridici e situazioni soggettive» e che nei rapporti con l'amministrazione essa si traduce nell'«aspettativa del privato alla legittimità del provvedimento amministrativo rilasciato», che se frustrata può essere fonte di responsabilità della prima».

⁸ Sull'ordinamento tedesco, cfr. la monografia di C. Napolitano, *L'autotutela amministrativa, nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018, 240, nota n. 9, e, in precedenza, C. Fraenkel, C. Haeberle, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento. Il caso tedesco*, Trento, 2008, 46 e 60.

⁹ Sull'ordinamento francese in materia è essenziale il saggio di D. Corletto, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, in D. Corletto (a cura di), *Procedimento di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007, 1-64.

¹⁰ In tal senso, D. Corletto, *Provvedimenti di secondo grado*, cit., 9, secondo cui il dogma dell'intangibilità assoluta dei diritti acquisiti rappresentava il «[...] corollario a sua volta del principio della riserva al solo giudice della garanzia dei diritti».

per la Pubblica Amministrazione in sede di *retrait* (corrispondente al nostro annullamento d'ufficio), vigeva, per gli atti amministrativi creativi di diritto, lo stesso termine di decadenza di due mesi prescritto al privato per impugnare col ricorso per eccesso di potere l'atto lesivo della propria sfera giuridica.

Tale giurisprudenza è stata superata soltanto con l'*arret Ternon* del 26/10/2001 quando il termine per l'esercizio del potere di *retrait* venne prolungato a quattro mesi sempre relativamente ai soli atti creativi di diritti. Quanto, invece, agli atti restrittivi della sfera giuridica dei privati non è stato mai previsto alcun termine per il loro ritiro da parte della P.A..

Tale disciplina, elaborata dalla giurisprudenza, è stata recepita dal legislatore francese con il Codice delle relazioni tra il pubblico e l'amministrazione di cui all'Ordinanza del 23/10/2015 n. 215-1341.

Il termine di decadenza di quattro mesi per il ritiro degli atti illegittimi creativi di diritti, però, è espressamente derogato in base all'art. 241-2 di detto Codice che stabilisce: «*Par dérogation aux dispositions du présent titre, un acte administratif unilatéral obtenu par fraude peut être à tout abrogé ou retiré*».

La norma stabilisce, infatti, che in tutte le ipotesi di frode, da parte del privato interessato, posta in essere al fine di ottenere il provvedimento amministrativo ad esso favorevole, quest'ultimo potrà essere abrogato o ritirato in qualsiasi momento.

Il testo della norma ci induce a soffermarci sui due istituti che caratterizzano l'autotutela in Francia che sono l'*abrogation* e il *retrait*.

Cominciamo dal *retrait* che, come si è innanzi accennato, corrisponde al nostro annullamento d'ufficio.

L'*abrogation*, invece, corrisponde alla nostra revoca per sopravvenienza.

In buona sostanza, al di là della differenza dei nomi, il nostro ordinamento presenta tuttora delle affinità con quello francese.

Va detto, però, che la ristrettezza del termine, tradizionalmente imposto alla pubblica amministrazione in Francia all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, ha caratterizzato il *retrait* in chiave di autoimpugnazione in perfetto parallelismo con il ricorso per eccesso di potere proposto dal privato.

Al contrario, nel nostro ordinamento, l'assenza di un termine di decadenza, fino al 2015, per l'annullamento d'ufficio ha fatto sì che tale istituto assumesse un carattere diverso come manifestazione di amministrazione attiva volta, più che al ripristino della legalità intesa in senso astratto, alla cura dell'interesse pubblico specifico perseguito dalla P.A..

Non a caso, infatti, la giurisprudenza è stata sempre ferma nel ritenere che l'accertamento dell'illegittimità dell'atto, oggetto di riesame, costituisce condizione necessaria ma non sufficiente per annullare d'ufficio un provvedimento.

Ad ogni modo, la nuova formulazione dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, caratterizzata dal termine decadenziale di dodici mesi previsto per l'annullamento d'ufficio, costituisce un evidente avvicinamento del nostro ordinamento a quello tedesco che, come si è visto, prevede l'analogo termine di un anno.

Vi è però una differenza: *il dies a quo* di tale termine, nel nostro ordinamento, va individuato, in linea generale, nel momento dall'emanazione del provvedimento ampliativo oggetto di riesame, ben diversamente dall'ordinamento tedesco. Ordinamento nel quale, al contrario, il termine decorre dalla conoscenza, da parte della pubblica Amministrazione, degli elementi di fatto da cui derivano i vizi di legittimità che costituiscono i presupposti di diritto dell'annullamento d'ufficio.

L'ordinamento francese, invece, prevede che il termine di quattro mesi per l'esercizio del *retrait* decorre dall'emanazione del provvedimento creativo di diritti. Soltanto nell'ipotesi di condotta fraudolenta del destinatario dell'atto l'Amministrazione potrà sempre ritirarlo o abrogarlo.

Pertanto, al di là della maggior brevità del termine, che in Francia, come si è visto, è di quattro mesi per il *retrait*, a fronte dei dodici mesi previsti in Italia per l'annullamento d'ufficio, i due ordinamenti sono, invece, simili per quanto concerne il *dies a quo* del termine. Ed infatti, in entrambi esso è previsto con decorrenza dal tempo di emanazione dell'atto, oggetto di riesame, mentre, nel caso di comportamenti fraudolenti, l'annullamento d'ufficio sarà possibile a partire dalla scoperta di tali fatti.

3. Perentorietà del termine previsto per l'annullamento d'ufficio e decadenza della P. A. dall'esercizio del relativo potere. Perentorietà del termine previsto per l'annullamento d'ufficio e decadenza della p. A. dall'esercizio del relativo potere.

Come è noto, l'art. 63, d.l. n. 77/2021, conv. in l. n. 108/2021, ha novellato l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, abbreviando a dodici mesi l'originario termine di diciotto mesi per l'esercizio dell'autotutela fissando, in tal modo, dal momento dell'adozione del provvedimento oggetto di riesame¹¹, il termine ragionevole¹² che la riforma del 2005 aveva omissa¹³ di determinare sul piano temporale¹⁴ per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio¹⁵ dell'atto amministrativo illegittimo.

Tale norma costituisce, per un verso, attuazione dell'ordinamento comunitario¹⁶ chiaramente ispirato, secondo un recente contributo dottrinale¹⁷, dalla tutela dell'affidamento legittimo

¹¹ Sul tema, v. la monografia di A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991.

¹² Sul concetto di termine «ragionevole», introdotto dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, novellata nel 2005, v. il saggio di V. Antonelli, *Articolo 21 nonies Annullamento d'ufficio* in N. Paolantonio, A. Police e A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione, Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 662-666.

¹³ Cfr. il saggio di D.U. Galetta, *I procedimenti di riesame*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 401, che all'indomani della novella del 2005 alla l. n. 241/1990 scriveva: «Questa scelta finale del legislatore, di non indicare all'amministrazione un termine massimo per l'annullamento d'ufficio non va esente da critiche. Ciò soprattutto ove si consideri che - aldilà dei tentativi di sistematizzazione compiuti dalla dottrina - a livello giurisprudenziale si registrano pericolose oscillazioni che non rappresentano certo una adeguata garanzia della certezza del diritto [...]».

¹⁴ Sul tempo nell'esercizio del potere di autotutela v. il saggio di G. Barone, *Autotutela e decorso del tempo*, in A.A.V.V., *Tempo, spazio e certezza amministrativa*, Milano, 2003, 209 ss.

¹⁵ Sull'annullamento d'ufficio va detto che l'interesse della dottrina si è risvegliato subito dopo l'entrata in vigore della l. n. 124/2015 che ha introdotto il termine di diciotto mesi per l'esercizio del relativo potere. Il riferimento è alle monografie di S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015; M. Allena, *L'annullamento d'ufficio dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018; C. Napolitano, *Autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018; M. Silvestri, *Potere pubblico e autotutela amministrativa. I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2022. Nel quadro della dottrina meno recente, va ricordata, innanzitutto, la monografia di U. Baldi Papini, *L'annullamento degli atti amministrativi invalidi*, Firenze, 1939 cui fecero immediatamente seguito le due monografie di G. Codacci-Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, e di V.M. Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939. Successivamente v. i saggi di E. Cannada-Bartoli, *Annullabilità (e annullamento)*, in *Enc. Dir.*, vol. II, Milano, 1958 di M. Ali, *Osservazioni sull'annullamento di ufficio degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 527 ss. e di G. Coraggio, *Annullamento d'ufficio di atti amministrativi*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988.

¹⁶ Sul punto v. D. Corletto, *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007 e M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008.

¹⁷ Il riferimento è al recente saggio di A. Profeta, *Osservazioni sui principi generali del diritto dell'Unione europea: la tutela del legittimo affidamento*, in *Amministrazioneincammino.luiss.it*, 2023. Sul tema, con riferimento all'ordinamento

inteso come manifestazione del principio di certezza del diritto. È proprio da tale principio che nasce la necessità della fissazione di un termine rigido sul piano temporale all'esercizio del potere di autotutela¹⁸. Orbene, la nuova disciplina dell'istituto rappresenta una vera e propria svolta sul piano del diritto interno in quanto implica il definitivo superamento dell'idea che i termini fossero da prefiggere soltanto al ricorrente per l'esercizio dell'azione di annullamento ma non mai alla Pubblica Amministrazione¹⁹ per l'esercizio dell'autotutela. Si riteneva, infatti, che il potere di autotutela²⁰, proprio in quanto modalità di cura dell'interesse pubblico, non dovesse soggiacere ad alcun limite temporale al suo esercizio²¹ e che, se mai, l'unico limite²² era rappresentato dall'eventuale consolidazione dell'atto oggetto di riesame. Consolidazione derivante dall'inoppugnabilità, ovvero, secondo la dottrina più recente, dall'incontestabilità²³.

Come, peraltro, è stato autorevolmente rilevato, vi era, sotto questo profilo, un evidente elemento²⁴ di asimmetria tra i termini di decadenza previsti a carico del privato ricorrente e la possibilità, finora riconosciuta alla P.A., di annullare d'ufficio l'atto anche oltre un determinato lasso di tempo.

Tale peculiare caratteristica dell'istituto non era sfuggita, già nel 1940, ad autorevole dottrina²⁵.

L'idea della perpetuità della potestà di autotutela emerge dalla disciplina dell'annullamento straordinario²⁶, attualmente prevista dall'art. 138 T.U.E.L. di cui al d.lgs. n. 267/2000 che, come è noto, stabilisce: «In applicazione dell'articolo 2, comma 3, lettera p, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo, a tutela dell'unità dell'ordinamento, con decreto del

italiano, vanni richiamati i saggi di F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2018, III, p. 823 ss.; G. Comporti, *La responsabilità relazionale a tutela degli affidamenti dei cittadini*. Nota a Cass. SS.UU. Ord. 28/04/2020, n. 8236/2020, in *Giur. It.*, 11, 2020, 2530 ss.; A. Simonelli, *Affidamento legittimo e illegittimo, brevi riflessioni sul ruolo sociale della P.A., due rimessioni all'Adunanza Plenaria*, in *Amministrazione in cammino*, luis.it, 2021.

¹⁸ Sulla nozione di autotutela è tuttora attuale il saggio di F. Benvenuti, *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, Vol. IV, 529-537. Nel quadro della più recente dottrina v. il saggio di P. Otranto, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in *Federalismi.it*, 14, 2020. In precedenza v. G. Ligugnana, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004 e M. Ragazzo, *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006.

¹⁹ Sul punto v. l'approfondito studio di G. Falcon, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in A.A.V.V., *Tempo, spazio e certezza amministrativa*, cit., 167 ss.

²⁰ B. G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 417, afferma che l'annullamento d'ufficio è «...un privilegio, almeno una deviazione rispetto al normale regime dei poteri giuridici».

²¹ In tal senso v. P. Stella Richter, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, 202, che scrive: «I privati, invero, sono sempre esposti...alla eventualità dell'annullamento d'ufficio dell'atto produttivo dell'effetto che interessa [...]».

²² Scriveva, infatti, P. Virga, *Il provvedimento*, cit., 508: «Con la consolidazione conseguente alla inoppugnabilità, l'atto non acquista una nuova qualità sostanziale, né vengono ad essere eliminati i vizi che lo inficiano; tuttavia viene a determinarsi una nuova situazione processuale, che si risolve in un rafforzamento del provvedimento».

²³ Il riferimento è a M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, V^a Ed., Bologna, 2022, 168, secondo cui «[...] sarebbe meglio dire oggi, incontestabilità».

²⁴ Scrive, sul punto, M. Clarich, *Manuale*, cit., 168: «Emerge qui un ulteriore elemento di asimmetria tra le parti del rapporto giuridico amministrativo, l'inoppugnabilità garantisce la stabilità del rapporto giuridico amministrativo solo sul versante delle possibili contestazioni da parte del soggetto privato».

²⁵ Il riferimento è alla fondamentale trattazione di A.M. Sandulli, *Il procedimento*, cit., 319, che, significativamente, osservava: «Né resta senza rilievo la circostanza che l'invalidità di un atto amministrativo può essere fatta valere dall'interessato, ai fini dell'annullamento, entro un ben ristretto termine, nel mentre che l'autorità può farla in qualunque tempo: fenomeno assolutamente inconcepibile nel sistema dei rapporti privatistici».

²⁶ Sull'annullamento straordinario secondo il vigente T.U.E.L. n. 267/2000 v. G. M. Racca, *Art. 138*, in R. Cavallo Perin e A. Romano, (a cura di), *Commentario breve al Testo Unico sulle Autonomie locali*, Padova, 2006, 748 ss.

Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno, ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare, d'ufficio o su denuncia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti degli enti locali viziati da illegittimità».

Il riferimento all'annullamento governativo appare, sul punto, di fondamentale importanza. Tanto ove si consideri che dalla legge di unificazione amministrativa del 1865 alla novella del 2005 alla l. n. 241/1990, è mancata, nel nostro ordinamento, una disciplina normativa *ad hoc* dell'istituto dell'annullamento d'ufficio.

Pertanto, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato pretoriamente la disciplina dell'istituto proprio partendo dall'annullamento straordinario o governativo²⁷ degli atti degli enti locali²⁸. Va detto che, come è stato esattamente affermato²⁹, la giurisprudenza, ormai ultrasecolare, del Consiglio di Stato pose un limite al potere di annullamento d'ufficio ma senza prevedere un termine al suo esercizio, termine che, chiaramente, nel silenzio della legge, il giudice non avrebbe potuto prefiggere.

Il Consiglio di Stato, infatti, ritenne di poter risolvere il problema dell'avvenuto consolidamento della situazione di fatto attraverso il sindacato di eccesso di potere³⁰ individuando l'obbligo, per l'autorità amministrativa, di motivare il provvedimento di annullamento d'ufficio in ordine alla sussistenza in concreto di un interesse pubblico attuale da perseguire mediante la caducazione dell'atto oggetto di riesame.

A ben vedere, un primo tentativo ricostruttivo di tale giurisprudenza era stato felicemente delineato, già nel 1932, avrebbe, sempre, con l'individuazione del limite alla perpetuità del potere di autotutela nell'avvenuto consolidamento di una situazione di fatto ritenuta meritevole di considerazione da parte del giudice amministrativo il quale avrebbe sempre potuto accertare nella singola fattispecie se l'atto di annullamento d'ufficio fosse in concreto fondato su una giusta causa³¹.

²⁷ Sul tema cfr. G. Cugurra, *L'annullamento governativo come atto di alta amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 604 ss.

²⁸ Sull'annullamento governativo va ricordata l'autorevole tesi di M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, 1036 ss. che inquadrava l'istituto nell'ambito dei provvedimenti di revisione, analogamente alla revoca, ritenendolo ben diverso dall'annullamento d'ufficio che considerava, invece, il prototipo dei procedimenti di riesame.

²⁹ Il riferimento è a V. Caianiello, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisprudenza amministrativa*, in *Scritti in onore di Aldo Bozzi*, Padova, 1992, 62-63, che, significativamente, scrive: «Una rapida scorsa ai primi anni della giurisprudenza è significativa dell'intento di dare corpo alla potenzialità espressa dalla legge Crispi, come ad esempio le decisioni pronunciate dalla IV Sezione fin dagli inizi del secolo (Sez. IV, 31 maggio 1901, in *Giust. amm.*, 1901, I, 313; 10 luglio 1903, id. 1903, I, 379; 16 luglio 1905, id., 1905, I, 316) dirette ad assicurare certezza agli interessi individuali radicati su atti amministrativi, sottraendole all'arbitrio dell'amministrazione. Si intende alludere a quella giurisprudenza che limita il potere di auto-annullamento di atti amministrativi illegittimi, sui quali si siano innestate situazioni consolidate, alla sola ipotesi in cui attraverso l'annullamento sia possibile soddisfare il medesimo interesse pubblico protetto dalla norma che si assume violata con l'atto da annullare».

³⁰ Osserva Merusi, *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti per Mario Nigro*, Vol. II, *Problemi attuali di diritto amministrativo*, Milano, 1991, 218, proprio con riguardo all'annullamento d'ufficio, che: «Il Consiglio di Stato, con riferimento a queste fattispecie, offriva soluzioni favorevoli alla tutela degli affidamenti anche se per lungo tempo non ebbe una precisa consapevolezza del fenomeno lungi dal darne una spiegazione dommaticamente fondata, lo faceva rientrare nell'ambito della figura dell'eccesso di potere, che, com'è noto, si prestava ad amplissime applicazioni».

³¹ Il riferimento è al saggio di N. Pappalardo, *L'eccesso di potere amministrativo secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Studi in occasione del Centenario*, Vol. II, Roma, 1932, 453-454, che, significativamente, scriveva: «La prima cosa da accertare in materia di annullamento d'ufficio è se l'atto da annullarsi fosse illegittimo. Qualora risulti veramente tale, è chiaro che su di esso il terzo non può fondare diritti». Proseguiva l'insigne Magistrato: «Però, avviene talvolta che, in virtù dell'atto annullato, si è venuta consolidando, a favore del terzo, una situazione di fatto tale, che merita di essere tenuta in considerazione. Abbiamo, dunque, un contrasto fra il legittimo potere

In tempi più recenti, com'è noto, in giurisprudenza³² venne rafforzandosi l'estensione di tale obbligo di motivazione anche alla ponderazione,³³ da parte della P.A., dell'interesse pubblico perseguito, nell'ambito del procedimento di annullamento d'ufficio, con le situazioni giuridiche soggettive³⁴ dei destinatari e dei controinteressati.³⁵

dell'amministrazione di annullare l'atto, da una parte, e la situazione di fatto del terzo, che è degna di riguardo, dall'altra. In questo stato di cose, l'elemento decisivo è dato dalla rilevanza della causa dell'atto di annullamento. Il giudice amministrativo accerta se l'atto di annullamento risponda ad un concreto interesse pubblico, accerta, cioè, se speciali circostanze, in quel singolo caso, per ragioni di tempo, di materia, renderebbero improvvido l'esercizio del potere di annullamento. In termini più tecnici, il giudice amministrativo accerta se l'atto di annullamento sia fondato su una giusta causa».

³² Sull'evoluzione progressiva di questa giurisprudenza v. L. Merusi, *Il principio*, cit. 219: «[...] il Consiglio di Stato acquistò progressivamente una più precisa consapevolezza del fondamento giuridico delle sue decisioni in materia di tutela degli affidamenti, giungendo ad esplicitare in alcune decisioni degli anni '60 il principio che nei casi in cui la pubblica amministrazione crea un affidamento, essa deve tenerne conto in occasione dell'emanazione di un successivo: l'affidamento può essere superato soltanto se la pubblica amministrazione, nel motivare il provvedimento successivo, riesca a dimostrare che vi è un interesse pubblico prevalente rispetto all'affidamento stesso».

Sulla giurisprudenza creativa del Consiglio di Stato v. il recente saggio di E. Follieri *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in Follieri e Barone (a cura di), *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Lavis (TN), 2016, 25 ss.

³³ Sul punto, v. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. 5^a, n. 446/1996, in *Giur. it.*, III, 1, 1996, 449, che così statuisce: «L'utilità dovrà essere verificata a fronte dell'assetto, pur divergente creatosi a seguito dell'attività edificatoria assentita e dei costi e benefici anche in termini di sacrifici da imporre al privato, che complessivamente derivano dal perseguire una *restitutio in integrum* rispetto ad una situazione materiale più o meno consolidata, correlata ad un affidamento nei confronti della pubblica amministrazione». In sintesi, secondo tale decisione l'annullamento d'ufficio della concessione edilizia, rilasciata in violazione della normativa urbanistica vigente non può prescindere dall'apprezzamento della situazione di fatto e dall'effettiva utilità perseguita.

³⁴ La ponderazione degli interessi coinvolti, richiesta dall'art. 21-*nonies*, presuppone la loro adeguata e completa presa in considerazione da parte della P.A. procedente teorizzata, nel quadro di una originale ricostruzione dell'interesse legittimo come pretesa alla presa in considerazione della posizione della singola persona, come profilo di ulteriore rilevanza dei diritti fondamentali riconosciuti dall'art. 2 Cost., da L. Iannotta, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della p.a. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984, monografia seguita dal saggio *I motivi di ricorso tra giurisdizione e controllo (dai motivi alla situazione giuridica personale)*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, e del successivo libro *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi*, Napoli, 1989. In tempi più recenti tale tematica è stata ulteriormente approfondita in L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 299 ss. e in L. Iannotta, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2006, 354 ss. e con il saggio *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 935 ss., particolarmente 947-948, che precisa: «Il vincolo (di adeguata e completa considerazione dei diritti) in rapporto alle diverse tipologie di poteri e di beni si verrà caratterizzando di volta in volta come vincolo...di rispetto (di mancato sacrificio) dei diritti se non ricorrano i presupposti di pubblico interesse di segno contrario». Secondo tale impostazione è chiaro che vanno in tal senso qualificati gli interessi rilevanti, nel procedimento di autotutela, derivanti dal consolidamento della situazione di fatto: essi vanno rispettati qualora l'interesse pubblico e loro sacrificio non si riveli assolutamente prevalente.

³⁵ Osserva M. Corradino, *Il diritto amministrativo alla luce della recente giurisprudenza*, Padova, 2007, 662: «Quanto all'art. 21 *nonies* è interessante notare che, imitando altre previsioni normative (v. art. 14 D.Lgs. n. 190/2002), il legislatore ha codificato la figura dei "controinteressati sostanziali" che si aggiungono all'omologa figura di stampo processuale. Il legislatore della l.n. 15/2005 ha in tal modo recepito l'elaborazione dottrinale della figura del controinteressato essenzialmente dovuta al pensiero di F. Pugliese, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo I: per la tutela cautelare*, Napoli, 1989, 161 ss., il cui terzo capitolo è, per l'appunto, intitolato *Verso la nozione di controinteressato in senso sostanziale*. L'illustre autore che scriveva prima della l.n. 241/1990, già allora con grande lungimiranza affermava: «Le norme di diritto positivo che sembrano offrire una qualifica meramente legalistica di contraddittore formale, fanno da sfondo al ragionamento svolto; ma come qualsiasi testo normativo, sono condannati al mutamento del loro significato in presenza di mutati principi, purché l'interpretazione evolutiva le ricomponga in un sistema unitario con le altre disposizioni». (Così F. Pugliese, *Nozione di controinteressato*, cit., 163). I "mutati principi" secondo F. Pugliese, op. ult. cit., 195, derivano dall'art. 113 Cost. che «[...] può essere

In buona sostanza, la novella alla l. n. 241/1990, introdotta nel 2005 dalle ll. nn. 15 e 80, che vi hanno aggiunto l'art. 21-*nonies*, ha canonizzato tale giurisprudenza aggiungendovi la previsione del c.d. «termine ragionevole», che solo con la l. n. 124/2015 ha avuto una prima precisa individuazione sul piano temporale del termine allora fissato in diciotto mesi.

Orbene, mentre la novella del 2005, ora esaminata, si poneva in piena continuità³⁶ con detta giurisprudenza consolidata, ben diversamente, invece, l'art. 63, d.l. n. 77/2021, conv. in l. n. 108/2021, introducendo il termine di dodici mesi, ha impresso a questo tradizionale istituto del diritto amministrativo, caratterizzato, fino al 2015, da un'ampia discrezionalità nel quando³⁷, una radicale modificazione.

Né vi possono essere dubbi sulla natura perentoria³⁸ del termine di dodici mesi fissato dalla nuova norma di legge³⁹ per l'esercizio della potestà di annullamento d'ufficio.

Invero, l'art. 63, d.l. n. 177/2021 si limita a stabilire alla lett. d) che all'art. 21-*nonies* dopo le parole: «entro un termine ragionevole» è inserita la seguente precisazione: «comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione di provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20». Prosegue il novellato art. 21-*nonies*, l.n. 241/1990 prescrivendo che: «I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti e di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi di cui al comma 1».

È chiaro, infatti, che tale norma introduce un'eccezione a detto termine la cui previsione, qualora, invece, la norma lo avesse ritenuto meramente ordinatorio, non avrebbe avuto proprio alcun senso.⁴⁰

Deve, nella specie, pertanto, applicarsi la fondamentale regola ermeneutica⁴¹ secondo cui bisogna comunque scegliere, fra due possibili opzioni interpretative, quella che consente di

considerato norma di tutela materiale (prima che processuale) dell'interesse legittimo perché la realizza fuori dal processo (e prima del processo) [...]».

³⁶ Osservano R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, II Ed. 2017, 628: «L'art. 21 nonies della legge n. 241/1990 ha previsto in generale l'istituto e ne ha dettato la disciplina, recependo, in parte, i cosiddetti orientamenti giurisprudenziali in materia. Se, dunque, prima era consentito porsi il problema del fondamento del potere di annullamento d'ufficio, trattandosi di potere unilaterale dell'amministrazione di tipo autoritativo, che richiedeva un'espressa previsione normativa, la riforma del 2005 risolve una volta per tutte siffatta questione».

³⁷ Sulla discrezionalità nel quando v. la monografia di A. Angiuli, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988.

³⁸ Sulla complessa problematica della natura dei termini nell'ambito del procedimento amministrativo è tuttora fondamentale la monografia di M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 54-55, che, com'è noto, afferma la necessità di «[...]ribaltare la regola tradizionale: ritenere cioè che il termine finale dei procedimenti amministrativi che si concludono con provvedimenti che restringono la sfera giuridica del destinatario sono perentori, almeno che la legge espressamente non li qualifichi come ordinatori».

³⁹ Su tutta questa tematica con specifico riguardo alla legge n. 241/1990 e alla giurisprudenza formatasi su di essa v. il saggio di M. Lipari, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in AA.VV., *Tempo, spazio*, cit., 67 ss.

⁴⁰ Sull'interpretazione della legge è sempre attuale il libro di V. Frosini, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, 1998.

⁴¹ Sull'ermeneutica giuridica v. il saggio L. Benvenuti, *Il metodo giuridico tra ermeneutica ed epistemologia*, in L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, 1-61.

dare un senso alla norma piuttosto che l'altra che non gliene attribuirebbe alcuno⁴².

Non vi è dubbio che, qualora il termine fosse da considerarsi, in ipotesi, ordinatorio, la P. A. potrebbe, comunque, annullare l'atto anche dopo la sua scadenza e, di conseguenza, il c. 2-*bis* non avrebbe alcun senso.

Peraltro, come vedremo, la previsione del termine di dodici mesi, che riguarda tutti gli atti autorizzatori e, in generale, ampliativi della sfera giuridica del privato, non si limita a garantire una più che adeguata tutela giuridica all'affidamento⁴³ del cittadino che ha ottenuto un provvedimento a sé favorevole, ma implica degli effetti ben più radicali nel quadro complessivo dell'evoluzione dell'ordinamento⁴⁴.

Si pensi, soltanto, alla convinzione, finora indiscussa, secondo cui la scadenza del termine per ricorrere, in sede giurisdizionale, amministrativa o straordinaria, contro un atto amministrativo non potesse, in alcun caso, produrre un effetto di convalida⁴⁵ tacita o presunta⁴⁶ dell'atto illegittimo⁴⁷. Effetto di convalida tacita che, invece, è pacifico, per il negozio giuridico di diritto privato nelle ipotesi nelle quali l'annullabilità non sia deducibile neppure in via di eccezione come, ad es., per il matrimonio civile annullabile⁴⁸.

Appare evidente, infatti, che, una volta scaduto il termine di dodici mesi, decorrenti dall'emanazione del provvedimento, questo, non sarà più annullabile d'ufficio dall'autorità che lo ha emanato o da altro organo previsto dalla legge (art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990).⁴⁹

Pur prevedendo la stessa norma che resti impregiudicata la eventuale responsabilità del funzionario che ha sbagliato, in ogni caso, gli effetti dell'atto dovranno ritenersi incontestabili. In altre parole, il decorso del termine di dodici mesi, senza che tale potere sia stato validamente esercitato, implica la decadenza⁵⁰, impedendo definitivamente l'annullamento

⁴² In tal senso è tuttora attuale quanto scrive sul punto G. Capograssi, *Polemiche sull'interpretazione* (1941), in G. Capograssi, *Opere*, II, Milano, 1959, 359: «Chi ha partecipato alla controversia giuridica tra due parti ... sa che in ultima analisi il dubbio si riduce, per usare le parole del fondamentale art. 1132 codice civile (cui ora corrisponde il vigente art. 1367, c.c. n.d.r.), a scegliere tra dare un senso qualunque esso sia ad una clausola o non darle nessun senso. Sembra ovvio, anzi, una inutile banalità quello che dice l'art. 1132: Come può dubitarsi che una clausola possa interpretarsi in modo che non abbia nessun senso?».

⁴³ Sul tema è essenziale la monografia di F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" alla "alternanza"*, Milano, 2001.

⁴⁴ Sul concetto di evoluzione dell'ordinamento è sempre fondamentale il saggio di S. Romano, *Interpretazione evolutiva*, in S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, ristampa, Milano, 1983, 119-125.

⁴⁵ Sulla convalida dell'atto amministrativo v. la monografia di E. Michetti, *La motivazione del provvedimento amministrativo impugnato, La convalida e l'integrazione*. Presentazione di Alfredo Contieri, Milano, 2011.

⁴⁶ È essenziale ricordare che già Ravà, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937 201, affermò che va «Esclusa pertanto, sotto questo aspetto, la possibilità di una forma presunta di convalida a mezzo della prescrizione della potestà di annullamento».

⁴⁷ Osserva suggestivamente G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 304-305, che l'amministrazione non abbandona mai al loro destino gli atti che essa ha emanato in tempi anteriori, riservandosi di valutarne la legittimità in qualsiasi momento.

⁴⁸ V. sul punto R. Tommasini, (voce) *Sanatoria (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XLI, Milano, 1989, 242 secondo cui «[...] nell'ambito del regime matrimoniale il decorso dei termini prescritti determina la automatica sanatoria dell'atto viziato (cfr. art. 117 comma 4)».

⁴⁹ Sul piano sistematico è tutt'ora attuale il pensiero di C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, Vol. I, 279-280: «L'atto annullabile è suscettibile di "sanatoria" cioè può acquistare la validità di cui mancava, o, comunque, rimanere in vita validamente nonostante il vizio originario. Ciò può avvenire con effetti limitati a determinati soggetti come [...] nel caso del decorso dei termini di decadenza posti al potere di far dichiarare l'invalidità».

⁵⁰ Sul concetto di decadenza in diritto amministrativo cfr. N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003, 139, che scrive: «[...]all'inerzia amministrativa può nondimeno seguire un effetto estintivo del potere, sub specie di vera e propria decadenza. Questa situazione, secondo la

d'ufficio⁵¹ dell'atto oggetto di riesame.

Sotto questo profilo va ricordato l'antico autorevole insegnamento secondo cui l'invalidità dell'atto amministrativo cessa per decadenza dell'organo competente dal potere di annullamento d'ufficio.⁵²

È altamente significativo che tale dottrina sia ascrivibile al più eminente teorico dell'inesauribilità del potere amministrativo.

Il classico insegnamento ora richiamato potrebbe indurci a ritenere che l'introduzione tra termine decadenziale di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio implichi la cessazione dell'invalidità dell'atto amministrativo.

Va detto, però, che la stessa evoluzione che, nell'arco di quasi un secolo, vi è stata del concetto d'inoppugnabilità dell'atto amministrativo da qualifica oggettiva, che veniva ad aggiungersi al provvedimento⁵³, a fatto ad efficacia preclusiva⁵⁴ per il singolo soggetto legittimato ad

giurisprudenza, si verifica ogni qual volta la legge fissi un termine perentorio, da intendersi per tale quel termine stabilito in una previsione normativa inequivocabile a garanzia del soggetto amministrato che dalla conseguente decadenza dell'amministrazione si avvantaggerebbe, sicché la decadenza stessa risulti strumentale al soddisfacimento di quell'interesse».

⁵¹ Come osserva con estrema chiarezza G. Falcon, *Validità*, cit., in AA.VV., *Tempo, spazio*, cit., nota 189, la «[...] convalescenza dell'atto per mero decorso del tempo [...] non rende affatto l'atto valido, ma semmai costituisce ostacolo efficace al suo annullamento d'ufficio».

⁵² Il riferimento è a S. Romano, *Corso*, cit., 285, che osserva: «L'invalidità dell'atto cessa, infine, quando sono trascorsi i termini utili per farla valere, cioè per decadenza dalla facoltà di ricorso o dall'azione o anche dal potere di annullamento d'ufficio. Ma, poiché, spesso, per quest'ultimo non è prescritto alcun termine, come vedremo, così di una completa sanatoria per decadenza dalle facoltà accennate non si può sempre parlare». È chiaro che il Maestro scriveva in un'epoca in cui la perpetuità del potere di annullamento d'ufficio, sul piano del diritto positivo allora vigente, era indiscutibile. Ma evidentemente la sua grande sensibilità di giurista già presagiva che sarebbe venuto il tempo in cui il legislatore avrebbe introdotto un termine per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio presumibilmente più lungo di quelli previsti per ricorrere in sede amministrativa, giurisdizionale e straordinaria e per tale eventuale innovazione già si soffermava a delinearne gli effetti in termini di cessazione dell'invalidità in conseguenza «[...] di una completa sanatoria per decadenza dalle facoltà accennate [...]». Non è chi non veda la grande attualità di tale autorevole insegnamento.

⁵³ Il riferimento è al saggio di M. Bracci, *L'atto amministrativo inoppugnabile e i limiti dell'esame del giudice civile*, in AA.VV., *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933, I, 151 ss., secondo cui l'atto amministrativo inoppugnabile è pur sempre revocabile o annullabile d'ufficio ma non è più soggetto alla possibilità di impugnativa da parte del privato interessato. Secondo Bracci, quindi, l'inoppugnabilità costituisce una qualifica che viene ad aggiungersi al provvedimento.

⁵⁴ Il riferimento è al pensiero di P. Stella Richter, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, 200 e ss., secondo cui: «L'inoppugnabilità si risolve, invero, ed è in ciò la sua specifica natura dogmatica, in un fatto ad efficacia preclusiva, per un certo soggetto, della possibilità di contestare l'effetto, cui l'inoppugnabilità stessa inerisce, mediante impugnativa giurisdizionale dell'atto imperativo che lo ha prodotto». Pertanto «[...] l'inoppugnabilità si risolve in quella funzione di garanzia dell'efficacia di un atto della pubblica amministrazione che il Giannini ha riconosciuto all'acquiescenza dell'interessato al provvedimento. Garanzia dell'efficacia, e più precisamente della stabilità di certi effetti, però, per la sola pubblica amministrazione e nei confronti di soggetti specificamente individuati e non della generalità degli amministrati e, quel che preme ora rilevare, è assicurata alla sola pubblica amministrazione e non anche ai privati eventualmente interessati al mantenimento dell'effetto (cosiddetti controinteressati all'annullamento dell'atto. I privati, invero, sono sempre esposti da un lato all'eventualità di un annullamento d'ufficio dell'atto produttivo dell'effetto che interessa, e dall'altro e soprattutto...alla ulteriore disciplina autoritativa del rapporto amministrativo, all'emanazione cioè di nuovi atti di esercizio del medesimo potere della pubblica amministrazione». In tal modo, l'inoppugnabilità viene concepita: «[...] come garanzia di relativa stabilità della singola modificazione del rapporto amministrativo in conseguenza della sopravvenuta preclusione di ogni possibilità di contestazione al riguardo da parte dell'eventuale titolare del potere di chiederne l'eliminazione [...]». Orbene, è chiaro che la garanzia di relativa stabilità di cui parla Stella Richter, una volta introdotto il termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio, può dar luogo a una consolidazione degli effetti del provvedimento ben più consistente rispetto a quella derivante dall'inoppugnabilità del singolo interessato.

impugnarlo, ci induce ad escludere tale ipotesi.

Anche qualora, infatti, si dovesse ritenere che anche le due specie di annullamento straordinario soggiacciano al termine di dodici mesi per l'esercizio di detti poteri di autotutela, resta la difficoltà di raggiungere la certezza in ordine all'avvenuta scadenza dei termini di impugnazione per tutti i singoli interessati.

Certo è probabile che data la maggior lunghezza del termine di dodici mesi alla sua scadenza il termine di impugnativa che, anche a voler considerare il ricorso straordinario, non vanno oltre i centoventi giorni, in ogni caso non si potrebbe escludere l'eventualità che alcuni interessati ad impugnare il provvedimento oggetto di riesame abbiano piena conoscenza del medesimo dopo il decorso dell'anzidetto termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio. Pertanto, il decorso del termine perentorio previsto per l'annullamento d'ufficio implica che il provvedimento non è più annullabile dalla stessa amministrazione ma di per sé solo non esclude la possibilità di un annullamento in sede giurisdizionale o anche giustiziale.

Alla luce di tali considerazioni, deve escludersi l'idea che il decorso del termine per l'annullamento d'ufficio implichi la convalida dell'atto che presuppone la convalida tacita vale a dire il venir meno dei vizi del provvedimento oggetto di riesame.

Tanto non esclude la configurabilità di una consolidazione del provvedimento conseguente all'intervenuta decadenza della P.A. dal potere di annullamento d'ufficio.

Consolidazione che, certamente, se non implica l'eliminazione dei vizi, non è neppure limitata al solo piano processuale come, invece, l'inoppugnabilità derivante dall'omessa proposizione del ricorso da parte dei privati interessati.

In tale tipo di consolidazione, infatti, l'atto, comunque, acquista una nuova qualità sostanziale derivante dall'impossibilità, da parte della P.A., di annullarlo di ufficio anche se non può configurarsi, per le ragioni ora indicate, una convalida tacita.

A ben vedere, infatti, l'art. 21-*nonies*, c. 1 e c. 2-*bis*, l. n. 241/1990, ha attribuito al destinatario del provvedimento ampliativo una presunzione di incontestabilità *iuris tantum*. Presunzione che l'organo amministrativo, competente all'annullamento d'ufficio, può superare soltanto ove riesca a dimostrare che il provvedimento è stato ottenuto dal privato mediante una condotta dolosa o gravemente colposa idonea ad indurre in errore la P.A. con false rappresentazioni della realtà o con false dichiarazioni.

4. Eccezione al termine: dolo o colpa grave del destinatario dell'atto oggetto di riesame. Eccezione al termine: dolo o colpa grave del destinatario dell'atto oggetto di riesame.

Come si è ora accennato, l'art. 21-*nonies*, c. 2 *bis*, l. n. 241/1990, prevede come eccezione al termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio la falsa rappresentazione della realtà da parte del destinatario del provvedimento ampliativo oggetto di riesame.

Il legislatore del 2015, sotto questo essenziale profilo, ha recepito la pluridecennale giurisprudenza⁵⁵ secondo cui, anche di fronte a situazioni di fatto consolidate, il destinatario dell'atto ampliativo che lo aveva ottenuto mediante condotte dolose o anche solo gravemente

Pertanto, la stessa possibilità di emanare nuovi atti di esercizio del medesimo potere amministrativo per quanto concerne gli atti ampliativi non ha più la consistenza che aveva un tempo, ove solo si consideri che la revoca degli atti ampliativi (art. 21-*quinquies*, l.n. 241/1990) è attualmente limitata alla sola sopravvenienza di nuove circostanze non note all'epoca di emanazione del provvedimento.

⁵⁵ Sul punto, è essenziale ricordare quanto statuito da Cons. Stato, Sez. V, n. 6554/2004: «La giurisprudenza ha anche affermato che non occorre la presenza di preminenti ragioni di interesse pubblico quando il soggetto nei cui confronti si esercita il potere di annullamento non sia in buona fede». Nello stesso senso, cfr., tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, n. 2648/2000, n. 2544/2000, n. 1213/1999, Cons. Stato, Sez. IV, n. 942/1983.

colpose non ha un interesse meritevole di considerazione nell'ambito del procedimento di annullamento d'ufficio.

La giurisprudenza ora richiamata, a ben vedere, non richiede neppure l'esistenza del dolo da parte del beneficiario dell'atto oggetto di riesame, bastando che l'illegittimità sia derivata anche da un semplice errore del diretto interessato o di professionisti eventualmente da lui incaricati di attività propedeutiche al rilascio dell'atto favorevole.

L'esempio di più frequente accadimento, nella prassi, come è noto, è rappresentato dal rilascio dei titoli abilitativi edilizi⁵⁶.

Si pensi ad un permesso di costruire rilasciato sulla base di un errore delle tavole progettuali nella rappresentazione dei luoghi.

Poniamo il caso in cui viene rappresentata un'area libera appartenente allo stesso proprietario che chiedi di essere autorizzato alla realizzazione di una costruzione con un'area contigua da destinare a parcheggio che, nella realtà effettuale, ha una dimensione insufficiente alla realizzazione di tale destinazione d'uso. Orbene, appare evidente che ove l'Amministrazione avesse potuto rendersene conto, non avrebbe mai rilasciato il permesso di costruire richiesto. In tale ipotesi la giurisprudenza, prescindendo dalla prova dell'intenzionalità dell'errore commesso dal progettista, ha sempre ritenuto possibile l'annullamento d'ufficio del permesso di costruire indipendentemente dall'avvenuto completamento della costruzione.

Sul piano dei principi, tale impostazione, tuttora indiscussa, trova la propria giustificazione nel fatto che colui che non ha rappresentato fedelmente i luoghi, essendo in mala fede, non potrebbe, di certo, ritenersi titolare di alcun affidamento meritevole di tutela da parte della P.A.

Tale giurisprudenza è stata integralmente recepita dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 8/2017.⁵⁷

L'art. 6, l. n. 124/2015, nel prevedere tale eccezione rispetto alla previsione del termine di diciotto mesi, da essa introdotto, per l'annullamento d'ufficio, ha recepito tale consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Ed infatti, l'art. 21-*nonies*, c. 2-*bis*, nel testo novellato dall'art. 6, c. 1, lett. d), n. 2, l. n. 124/2015, stabilisce: «I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazioni o dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passate in giudicato, possono essere annullate dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di 18 mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali, nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445».

Fin da un primo esame di tale norma, il Consiglio di Stato⁵⁸ in sede consultiva si pose il

⁵⁶ Sul tema v. la monografia di P. Stella Richter, *I titoli abilitativi in edilizia (Commento al T.U. in materia edilizia in vigore dal 30 giugno 2003)*, Torino, 2003.

⁵⁷ Si legge in Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/2017: «[...] la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte [...]».

⁵⁸ Cfr. Cons. Stato, parere n. 839/2016 in cui, significativamente, si legge: «[...] quale sia la esatta delimitazione della (unica) fattispecie di deroga ai 18 mesi prevista dall'art. 21 nonies, comma 2/bis, (ad esempio, se tra le 'false rappresentazioni dei fatti' in deroga ai 18 mesi rientri anche la difettosa indicazione del sistema normativo di riferimento; ovvero se si possa aggiungere la possibilità di superare i 18 mesi, al di là delle condanne penali passate in giudicato, in tutti i casi in cui il falso è immediatamente evincibile dal contrasto con pubblici registri,

dubbio se fosse possibile in sede ermeneutica rilevare il falso immediatamente evincibile da contrasto con pubblici registri anche nella ipotesi in cui fosse mancata la condanna penale passata in giudicato.

Orbene, a nostro sommo avviso, non è possibile ignorare questa parte del testo novellato dell'art. 21-*nonies*, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990, nella parte in cui fa riferimento alle sanzioni previste dal capo VI del d.P.R. n. 445/2000.

La norma si riferisce, chiaramente, all'art. 75 del citato d.P.R. n. 445/2000, la cui rubrica è intitolata in modo inequivocabile «Decadenza dai benefici», che, come è noto, stabilisce: «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 76, qualora dal controllo di cui all'articolo 71 emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera».

Orbene, al di là di un possibile ulteriore chiarimento da parte del legislatore, ci sembra possibile, già da ora, fornire un'interpretazione di tale norma che, comunque, riconosca un adeguato significato al rinvio di cui all'art. 21-*nonies*, c. 2-*bis*, innanzi richiamato, all'art. 75, d.P.R. n. 445/2000⁵⁹.

In questo quadro appare subito chiaro che la norma di rinvio all'art. 75, d.P.R. n. 445/2000 costituisce un'eccezione rispetto alla regola generale, ora rappresentata dalla previsione del termine di dodici mesi per l'esercizio dell'autotutela.

Alla luce di tale indispensabile premessa, è possibile chiarire cosa debba intendersi per «decadenza dai benefici» nel senso previsto dall'art. 75, d.P.R. n. 445/2000, richiamato dall'art. 6, c. 2-*bis*, l. n. 124/2016.

Tale norma va chiaramente coordinata con l'art. 21-*nonies* che, nel testo novellato, ricollega il termine perentorio (ora di dodici mesi) al «[...] momento dell'adozione di provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici».

E' chiaro che la portata della decadenza di cui all'art. 75 va ancorata sul piano sistematico a tale fondamentale norma che si riferisce sia agli atti autorizzativi sia a quelli attributivi di vantaggi economici.

Va, peraltro, rilevato che la locuzione «decadenza» di cui all'art. 75, d.P.R. n. 445/2000 costituisce espressione di eloquio improprio essendo chiaro che, secondo noti principi, non

come nel caso di percezione di pensione a nome di persona defunta; ovvero quale sia l'esatta portata del riferimento alle 'sanzioni penali, nonché delle sanzioni previste dal capo VI del Testo Unico di cui al d.P.R. 445 del 2000', che più d'uno tra i primi commentatori ha considerato come il frutto di un errore di *drafting*».

⁵⁹ Totalmente contraria all'applicabilità dell'istituto della decadenza dai benefici anche in tali ipotesi M.A. Sandulli, *Postilla*, cit., 2-3, che scrive: «[...] a pena di frustrare gli obiettivi della riforma i benefici di cui l'inciso vuole far salva la decadenza per falsa dichiarazione, a prescindere dall'essere 'effetto di condotte costituenti reato accertate con sentenza passata in giudicato' non possono essere nè quelli attribuiti da provvedimenti autorizzatori, nè, in ogni caso quelli attributivi di 'vantaggi economici', che il comma 1 è diretto a stabilizzare».

di decadenza possa parlarsi⁶⁰ ma di annullamento d'ufficio⁶¹ dell'atto ampliativo o di attribuzione di vantaggi economici.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato già con la nota sentenza della Quinta Sezione n. 3940/2018⁶², ha affermato che «le false rappresentazioni dei fatti», ben diversamente dalle dichiarazioni sostitutive, avrebbero potuto essere autonomamente accertate sia dalla P.A. in sede di autotutela sia dal giudice amministrativo successivamente adito dalla parte interessata. La Quinta Sezione è pervenuta a tale conclusione sulla base di una interpretazione⁶³ della norma secondo cui il presupposto del definitivo accertamento in sede penale della commissione dei relativi reati è da ritenersi riferibile esclusivamente alla distinta ipotesi del mendacio in «dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà».

Tale soluzione ermeneutica è stata criticata da una parte della dottrina⁶⁴.

A nostro avviso, però, tale giurisprudenza, che si è consolidata nel successivo quinquennio⁶⁵

⁶⁰ Coglie con estrema chiarezza tale differenza P. Virga, *Il provvedimento*, cit., 479 secondo cui la decadenza «[...] si differenzia dagli altri atti di ritiro, perché non comporta un riesame dell'atto, alla stregua della sua legittimità o opportunità bensì una valutazione del comportamento tenuto dal destinatario durante lo svolgimento del rapporto o un nuovo accertamento dei requisiti di idoneità per la titolarità dell'atto ampliativo. Quindi l'oggetto dell'indagine si sposta dall'atto, in sé e per sé considerato, al comportamento o alla personalità del destinatario». Precisa, altresì, Virga, op. cit., 480, che questa tipologia di decadenza che viene definita accertativa non sanzionatoria: «[...] trova il suo presupposto nel sopravvenuto venir meno dei requisiti di idoneità, richiesti sia per la costituzione sia per la prosecuzione del rapporto».

⁶¹ Cfr. sul tema M.A. Sandulli, *Postilla all'editoriale "Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela"*, 2, che definisce tale decadenza fondata, «[...] analogamente all'annullamento, su un'illegittimità originaria del titolo».

⁶² Cons. Stato, Sez. V n. 3940/2018 ha interpretato l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 nel senso che il superamento del termine di decadenza, allora di diciotto mesi, è consentito «a) sia nel caso in cui la falsa attestazione, inerenti i presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante (indipendentemente dal fatto che siano state all'uopo rese dichiarazioni sostitutive): nel qual caso sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale; b) sia nel caso in cui l'(acclarata) erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte: nel qual caso – non essendo parimenti ragionevole pretendere dalla incolpevole Amministrazione il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa rimotiva – si dovrà esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco».

⁶³ Sul punto, è essenziale la monografia di F. Caringella e G. Rovelli, *Il ragionamento giuridico. Argomentazione, interpretazione, principi, organizzazione, scrittura*, Barletta, 2021, 137-138, in cui, significativamente, si legge: «La sentenza distingue tra 'rappresentare' e 'dichiarare', coglie la differenza sul piano semantico dove la dichiarazione si riferisce a un soggetto che consapevolmente induce la modifica della realtà a differenza del dichiarare, che si riferisce a una semplice presa d'atto di una divergenza tra ciò che è e ciò che non è. La conseguenza è che le false rappresentazioni sono diverse dalle false dichiarazioni rese in atti di notorietà, perché solo in queste ultime si pone il problema della sussistenza di un reato. In relazione a questa norma la lettera non aiuta perché l'interprete deve utilizzare la logica: il privato che induce in errore l'amministrazione non può giovare del termine dei 18 mesi. Questa sentenza dimostra che la lettera non è sufficiente: bisogna far reagire la lettera, di per sé ambigua, con la ratio perché altrimenti si premia il dolo della parte che ha indotto in errore l'amministrazione».

⁶⁴ Il riferimento è all'autorevole dissenso di M.A. Sandulli, *Autoannullamento dei provvedimenti ampliativi e falsa rappresentazione dei fatti: è superabile il termine di 18 mesi a prescindere del giudicato penale?* in *L'amministrativista.it*, 3 luglio 2018.

⁶⁵ L'indirizzo inaugurato da Cons. Stato, Sez. V n. 3940/2018 e proseguito con Cons. Stato, Sez. III, n. 4392/2020 e Cons. Stato, Sez. VI n. 2207/2021 cui è seguita, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI n. 6615/2023, in cui, significativamente, si legge: «È opportuno rammentare che, secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, "L'art. 21 nonies, l. 7 agosto 1990, n. 241 si interpreta nel senso che il superamento del rigido termine di diciotto mesi [oggi dodici mesi nd.r.] — entro il quale il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato

sino a tutt'oggi, ci sembra s'inserisca armonicamente nella logica complessiva del nostro ordinamento caratterizzato dal principio di cui all'art. 64, c. 4, c.p.a., secondo cui «Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento».

Con tale norma, come è noto, il legislatore del Codice del processo amministrativo del 2010 ha recepito la previsione di cui all'art. 116, c. 1, c.p.c. il cui contenuto è quasi identico, sul piano letterale, differenziandosi soltanto per l'ulteriore locuzione «salvo che la legge disponga altrimenti» che, invece, manca nel corrispondente su richiamato art. 64, c. 4, c.p.a.

In altre parole, nel diritto e nel processo amministrativo, la regola generale è quella secondo cui le prove sono soggette alla valutazione del giudice secondo il suo prudente apprezzamento.⁶⁶

Ne discende che norme derogatorie rispetto a tale disciplina, che, come abbiamo ora visto, la lettera del codice esclude, sono comunque di stretta interpretazione rappresentando delle eccezioni rispetto a tale principio.

Se tale è la regola generale del sistema, bene ha fatto il Consiglio di Stato a dare dell'art. 21-*nonies*, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990, nella parte in cui prevede il previo accertamento della falsità delle dichiarazioni sostitutive in sede penale, una interpretazione restrittiva.

Tale giurisprudenza, infatti, costituisce puntuale applicazione dell'art. 14 Preleggi⁶⁷ che, come è noto, stabilisce: «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in essi considerati».

Va, peraltro, rilevato che tale interpretazione giurisprudenziale della norma è conforme alla disciplina dei due maggiori ordinamenti europei innanzi esaminati: quello francese e quello tedesco.

Ed infatti, tali ordinamenti, pur prevedendo entrambi termini rigidi all'esercizio del potere di autotutela per quanto concerne gli atti ampliativi della sfera giuridica dei privati, ambedue stabiliscono che, in tutte le ipotesi nelle quali tali provvedimenti sono stati ottenuti dai privati interessati attraverso condotte fraudolente, sia possibile il loro ritiro indipendentemente dall'avvenuto decorso dei termini di decadenza.

Condotte fraudolente che, infatti, in entrambi gli ordinamenti, sono autonomamente accertabili dalla pubblica Amministrazione indipendentemente da eventuali procedimenti penali.

d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, è consentito: a) sia nel caso in cui la falsa attestazione, inerenti i presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante (indipendentemente dal fatto che siano state all'uopo rese dichiarazioni sostitutive): nel qual caso sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale; b) sia nel caso in cui l'(acclarata) erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte: nel qual caso – non essendo parimenti ragionevole pretendere dalla incolpevole Amministrazione il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa rimotiva – si dovrà esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco» (Cons. Stato, Sez. V, n.3940/2018). Nello stesso senso si pone anche la giurisprudenza di primo grado che osserva: «La falsa rappresentazione dei fatti da parte del privato, che comporta l'inapplicabilità del termine di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio, si configura quando l'erroneità dei presupposti del provvedimento non è imputabile (neppure a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ma esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave) del privato, dato che anche sul cittadino incombe pur sempre un obbligo di comportamento corretto ed in buona fede in adempimento dei doveri di solidarietà imposti dall' art. 2 Cost.» (T.A.R., Venezia, Sez. I, n. 539/2022).

⁶⁶ Cfr., sul punto, N. Di Modugno, *Prove legali e processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 12 luglio 2023.

⁶⁷ Sulle Preleggi v. il saggio di A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 1, *Premesse e disposizioni preliminari*, 2^a Ed., Torino, 1999, 377 ss.

5. L'annullamento d'ufficio come autotutela spontanea della P. A. nettamente distinta dai rimedi giustiziali; il termine di dodici mesi come tappa essenziale nell'avanzamento dello Stato di diritto. L'annullamento d'ufficio come autotutela spontanea della P. A. nettamente distinta dai rimedi giustiziali; il termine di dodici mesi come tappa essenziale nell'avanzamento dello Stato di diritto.

Le implicazioni della recente novella dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 sono tali da imprimere all'annullamento d'ufficio delle caratteristiche diverse da quelle finora prevalenti.

Ed infatti, l'annullamento d'ufficio, dovendo necessariamente essere disposto, ai sensi del testo vigente dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, nel termine di dodici mesi dall'emanazione dell'atto, il più delle volte, interverrà prima del consolidamento della situazione di fatto derivante dall'atto ampliativo della sfera giuridica del privato⁶⁸.

Va, peraltro, ricordato che, qualora il consolidamento degli interessi pubblici e privati, derivanti dall'atto illegittimo, non sia ancora avvenuto l'interesse pubblico attuale, perseguito dalla P.A. con l'annullamento d'ufficio, se pronunciato a breve distanza di tempo dall'emanazione dell'atto⁶⁹, sovente coincide perfettamente con la finalità assegnata alla stessa Amministrazione dalla norma attributiva del potere già esercitato con l'atto oggetto di riesame⁷⁰.

Ne deriva che, in tutte queste ipotesi, la motivazione dell'atto di annullamento di ufficio sarà incentrata, innanzitutto, sulla sussistenza, in concreto, del vizio di legittimità riscontrato.⁷¹

Epperò la P.A. deve, anche in tali ipotesi, in ogni caso, prendere in considerazione gli interessi di destinatari e controinteressati ai sensi dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990.

Sul punto bisogna evitare di confondere la tutela dell'affidamento, che costituisce la *ratio legis* dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, con il consolidamento della situazione di fatto favorevole al

⁶⁸ Osserva, significativamente, F. Bassi, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 133, che la giurisprudenza amministrativa: «[...] distingue tra esercizio del potere di annullamento in un lasso di tempo molto vicino al momento in cui il provvedimento è stato emanato ad esercizio dello stesso potere in un tempo lontano rispetto all'ammissione del provvedimento viziato ed afferma nel primo caso la natura dovuta del provvedimento amministrativo di annullamento, cioè il carattere vincolato del relativo potere, e nel secondo caso il carattere largamente discrezionale del potere in questione». Prosegue l'illustre Autore (*Lezioni*, cit., 134): «Si è detto che la posizione giurisprudenziale è sostanzialmente analoga a quella della dottrina dominante perché anch'essa emana le proprie massime sul punto basandosi sulla persistenza di un interesse pubblico alla rimozione del mondo giuridico di un provvedimento amministrativo invalido, anche se nel primo dei casi ritiene tale pubblico interesse senz'altro esistente, giungendo a considerare l'annullamento d'ufficio come un atto dovuto. A tale conclusione, del resto, ove fosse raffrontata con la recente pratica, non sfuggirebbe nemmeno la dottrina dominante, specie per la circostanza che l'attività amministrativa appare istituzionalmente tesa al soddisfacimento dell'interesse pubblico, la cui sussistenza tende a scemare con il decorso del tempo».

⁶⁹ Osserva G. Corso, (voce) *Autotutela (dir. amm.)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 611: «L'interesse pubblico viene in realtà in rilievo anche in questi casi. Nel primo caso l'interesse pubblico curato (illegittimamente) con il primo dei due provvedimenti esclude che, a fronte di quell'interesse pubblico, si sia consolidato un interesse privato antagonistico (l'interesse che, invece, quando i due atti sono separati da un certo lasso di tempo, l'amministrazione è tenuta a prendere in considerazione)».

⁷⁰ In tal senso vanno richiamate le fondamentali considerazioni di A. Contieri, *Il riesame*, cit., 124: «L'aspetto più rilevante dell'impostazione che si suggerisce va individuato, tuttavia, nella configurazione dell'interesse pubblico che induce l'amministrazione ad annullare. Essa va, infatti, ricercata nell'interesse primario tutelato dalla norma attributiva del potere di adozione dell'atto annullato. Si tratta, dunque, dell'interesse curato (o mal curato) in primo grado».

⁷¹ Cfr. sul tema G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2004, 240, che osserva: «è significativa la giurisprudenza in tema di annullamento della concessione edilizia. L'annullamento disposto a breve distanza dal rilascio, quando i lavori non sono comunicati o sono cominciati da poco, è ammesso senza che sia necessario motivare in modo particolare sull'interesse ad annullare».

beneficiario del provvedimento oggetto di riesame nel procedimento di annullamento d'ufficio.

Tale confusione, che, sovente, si verifica tuttora nella pratica, è dovuta alla precedente giurisprudenza, innanzi richiamata, formatasi in un'epoca in cui, in linea di principio, l'annullamento d'ufficio era un potere inesauribile dell'amministrazione.

E' chiaro che, una volta previsto nell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 l'obbligo da parte della P.A. di prendere in considerazione gli interessi del destinatario del provvedimento, e anche quelli dei controinteressati, la motivazione, in ordine alla ponderazione di tali interessi con l'interesse pubblico specifico curato dalla P.A., è, comunque, indispensabile indipendentemente dal maggiore o minore consolidamento della situazione di fatto del destinatario del provvedimento essendovi, in tal senso, una espressa previsione di legge.

Né appare concepibile che l'interprete possa distinguere laddove il legislatore non ha distinto. La questione non è meramente astratta in quanto, sovente, la posizione del destinatario dell'atto ampliativo, oggetto di riesame in sede di annullamento d'ufficio, è da ritenersi meritevole di considerazione indipendentemente dall'eventuale consolidamento della situazione di fatto.

Ad esempio, il rilascio di un permesso di costruire può dar seguito alla stipulazione di un contratto di vendita dell'immobile oggetto di tale titolo abilitativo rilasciato ma non ancora eseguito con l'effettiva realizzazione del previsto intervento edilizio.

Appare evidente l'iniurità sostanziale in cui incorrerebbe l'amministrazione qualora, approfittando della mancata esecuzione dei lavori, annullasse d'ufficio detto titolo abilitativo senza previamente valutare l'interesse dell'acquirente che, in buona fede, ha acquistato l'immobile proprio in ragione dell'affidamento in esso ingenerato dalla stessa P. A. mediante il rilascio del permesso di costruire.

Se, poi, l'acquirente si è anche obbligato, ottenendo ad es. un mutuo bancario per l'acquisto, il danno che deriverebbe dall'annullamento d'ufficio sarebbe ancora più grave anche al di là della non ancora effettuata esecuzione dei lavori.

Ne discende la necessità, da parte della P.A., di ponderare, in ogni caso, tali interessi con l'interesse pubblico primario.

Tale necessaria valutazione discrezionale, di per sé sola, vale a distinguere nettamente tale istituto dai rimedi giustiziali nei quali, secondo principi pacifici, l'autorità decidente non procede mai d'ufficio ma solo ad istanza di parte.

L'annullamento d'ufficio è stato oggetto di una profonda evoluzione a partire dall'entrata in vigore della l. n. 241/1990. Epperò la conseguente procedimentalizzazione dell'istituto, pur avendo comportato l'introduzione del contraddittorio, non ha modificato il dato di fondo, innegabile sul piano sistematico, che, ben diversamente dalle decisioni pronunciate in sede giustiziale,⁷² il provvedimento di annullamento d'ufficio è sempre un atto emanato dalla P.A. come parte nel rapporto di diritto sostanziale che la vede contrapposta al destinatario del provvedimento oggetto di riesame.

Ciò non significa, peraltro, sottovalutare la portata innovativa di tale evoluzione dell'istituto,

⁷² Dopo la riforma del 2015 è emerso un orientamento dottrinale favorevole al riconoscimento anche di una funzione giustiziale degli atti di autotutela compreso l'annullamento d'ufficio. In tal senso, cfr. M. Allena, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018. In senso parzialmente conforme, v. la monografia di M. Silvestri, *Potere pubblico e autotutela amministrativa. I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2021, 44 ss. che si esprime a favore di una configurazione mista dell'annullamento d'ufficio cui viene riconosciuta anche una funzione giustiziale.

come si è visto, ha avuto inizio già con l'introduzione della partecipazione⁷³ al procedimento amministrativo da parte della l. n. 241/1990.

Ed infatti, già l'applicazione degli artt. 7 e 8, l. n. 241/1990 all'annullamento d'ufficio⁷⁴ ha introdotto, in tale procedimento di riesame, il contraddittorio⁷⁵ tra l'Amministrazione e il beneficiario⁷⁶ dell'atto annullando con il conseguenziale superamento del tradizionale carattere di unilateralità⁷⁷ tipico, fino ad allora, dell'istituto.

In tal modo, come si è visto, l'annullamento d'ufficio, pur potendo essere utilizzato, sul piano pratico, mediante una denuncia, dal titolare dell'interesse legittimo,⁷⁸ appare tuttora, chiaramente, finalizzato alla salvaguardia dell'imparzialità e del buon andamento della P.A.

⁷³ Sulla partecipazione al procedimento amministrativo v. la monografia di A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1966, seguito dal medesimo A., *Profili funzionali del procedimento*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina*, cit., 159 ss., particolarmente, 163 ss. Più di recente v. la monografia di G. Sorrentino, *Diritti e partecipazione nell'Amministrazione di risultato*, Napoli, 2003.

⁷⁴ L'applicabilità dell'art. 7, l.n. 241/1990 al procedimento di annullamento d'ufficio venne stabilita da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 20/1992, decisione resa in materia di annullamento d'ufficio finalizzato al recupero di somme non dovute nell'ambito del pubblico impiego.

⁷⁵ Su tale essenziale profilo evolutivo dell'istituto v. il saggio di G. Abbamonte, *Annullamento d'ufficio e partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Guarino*, Padova, 1998, 1 ss.

⁷⁶ Questa linea evolutiva del provvedimento di annullamento d'ufficio venne subito colta da A. Contieri, *Il riesame*, 195, che significativamente scrive: «Per quanto riguarda [...] le posizioni favorevoli sorte dal provvedimento di primo grado, nel procedimento di riesame esse possono trovare adeguata tutela grazie all'art. 7 della legge n. 241 che impone all'amministrazione di comunicare ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti l'avvio del procedimento».

⁷⁷ Prima dell'entrata in vigore della l.n. 241/1990, era pacifico in giurisprudenza che il provvedimento di annullamento d'ufficio non dovesse essere preceduto dal contraddittorio con i controinteressati a differenza della decisione sul ricorso gerarchico (v., infatti, in tal senso, Cons. Stato, Sez. IV, n. 345/1970, in *Cons. Stato*, I, 1970, 828).

Sul punto in dottrina v. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 454, che scriveva: «Il provvedimento di annullamento, a differenza della decisione su ricorso gerarchico, non deve necessariamente essere preceduto dal contraddittorio con gli interessati e quindi non è necessario che l'autorità amministrativa renda nota la propria intenzione di procedere all'annullamento a soggetti che potrebbero avere interesse al mantenimento dell'atto, allo scopo di consentire a questi ultimi di fornire le proprie deduzioni».

⁷⁸ Osserva P.M. Vipiana Perpetua, *Invalitù, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi alla luce della legge n. 15 del 2005*, Padova, 2007, 83-84: «[...] l'annullamento in via di autotutela può essere assai vantaggioso anche dal punto di vista degli interessi dei privati. Si pensi ai casi dei destinatari di provvedimenti che ne restringono la sfera giuridica: ad esempio, di provvedimenti sanzionatori. Nel caso in cui si tratti di provvedimenti viziati, è evidente l'utilità, per i destinatari di essi, del loro annullamento d'ufficio. A tal fine, può essere opportuno, da parte di privati, un atto di richiesta dell'esercizio dell'autotutela amministrativa, che si può denominare esposto o segnalazione o in altro modo: con l'avvertenza di evitare di lasciar decorrere il termine decadenziale per la proposizione di ricorsi in sede giurisdizionale oppure in sede contenziosa amministrativa. Di conseguenza, anche se tradizionalmente si insegna che l'annullamento d'ufficio serve a tutelare l'interesse pubblico – mentre l'annullamento posto in essere dal giudice amministrativo oppure dall'autorità amministrativa adita con ricorso amministrativo è previsto per la tutela delle situazioni giuridiche dei privati –, bisogna ammettere che, in una serie rilevante di ipotesi, l'annullamento d'ufficio è funzionale alla salvaguardia anche di interessi privati».

(art. 97, c. 2, Cost.)⁷⁹ con ciò differenziandosi dai procedimenti di tipo giustiziale⁸⁰.

Va tenuta ferma, pertanto, la distinzione fra l'annullamento d'ufficio ed i rimedi tipici dell'amministrazione giustiziale.⁸¹

Invero il principale carattere, che differenzia l'annullamento d'ufficio rispetto alla disciplina dei ricorsi amministrativi,⁸² come già la dottrina meno recente lucidamente aveva rilevato,⁸³ è rappresentato dall'insussistenza di alcuna pretesa, in capo al singolo, all'esercizio, da parte della P.A., della potestà di autotutela.

Certo, l'autorità competente può anche servirsi della segnalazione di privati. Epperò, in tale ipotesi, l'istanza del privato assume la veste di una mera denuncia⁸⁴ che, come tale, non implica alcun obbligo di provvedere in capo all'organo amministrativo che la riceve.⁸⁵

Di recente è stata elaborata in dottrina, nell'ambito del più ampio *genus* della denuncia, la categoria della denuncia qualificata⁸⁶, che è quella presentata da titolari di specifici interessi,

⁷⁹ Considera l'art. 97, c. 2, Cost., come traccia dell'antica presenza di un momento giustiziale nell'ambito del procedimento amministrativo G. Berti, *Interpretazione costituzionale. Lezioni di diritto pubblico*, IV Ed., 574: «[...] amministrazione e giurisdizione hanno sempre trovato punti di convergenza o addirittura momenti di sovrapposizione giacché l'amministrazione come diritto o come garanzia, attraverso l'emanazione di provvedimenti autoritari ma legali e legittimi, altro non può essere che giustizia amministrativa. Prima dell'avvento delle giurisdizioni amministrative, la giustizia era nell'amministrazione, nel senso che questa doveva procurare garanzie nel momento stesso che provvedeva ad un bisogno (del che vi è traccia ancora nell'art. 97, oltretutto nell'art. 100 Cost.: mettere insieme buon andamento e imparzialità è infatti un modo per pretendere che l'amministrazione pubblica sia giusta quanto efficiente, sia cioè essa stessa fonte di giustizia)».

⁸⁰ Sulla tutela giustiziale è tuttora attuale la monografia di V. Caputi Jambrenghi, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991, soprattutto 247-249, che lucidamente evidenziava le «necessità nuove di tutela giustiziale» nel quadro del procedimento efficace. Necessità di tutela giustiziale che, a tutt'oggi, sono rimaste totalmente inappagate.

⁸¹ Sull'amministrazione giustiziale v. il saggio M. Calabrò, *Ricorsi amministrativi e funzione giustiziale. Prospettive di riforma del ricorso gerarchico improprio*, in G. Clemente Di San Luca (a cura di), *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, II "La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale", Napoli, 2011, 27 ss.

⁸² Sui ricorsi amministrativi per una originale trattazione anche con riferimento agli ordinamenti regionali è tuttora essenziale la monografia di A. Meale, *Ricorsi amministrativi e ordinamento regionale*, Padova, 2005.

⁸³ Il riferimento è a G. Codacci-Pisanelli, *L'annullamento*, cit., 151, che osserva che tale carattere distintivo dell'annullamento d'ufficio rispetto ai ricorsi amministrativi è costituito dal fatto che l'annullamento d'ufficio «[...] viene disposto senza che altri possa accampare alcuna pretesa alla emanazione della pronuncia in cui è contenuto».

⁸⁴ Cfr. F. D'Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Vol. I, Torino, 1934, 310-311: «Qualunque subietto (persona fisica o giuridica) può con un atto che si chiama denuncia, e citare nel proprio o nell'altrui interesse ed anche soltanto nel pubblico interesse l'esercizio della facoltà di annullamento, riforma o revoca degli atti amministrativi, che è riconosciuta spettante alla pubblica amministrazione. Il provvedimento di annullamento, di riforma o di revoca, per quanto è citato da tale denuncia resta sempre un provvedimento emanato d'ufficio e spontaneamente (senza cioè averne un obbligo giuridico) dalla pubblica amministrazione. Essa denuncia quindi prescinde logicamente da qualsiasi requisito subiettivo o formale. Può essere presentata da chi non abbia alcun interesse diretto o indiretto o anche da chi non abbia i requisiti relativi alla capacità giuridica di diritto pubblico. Essa prescinde da qualsiasi prescrizione di termini e di forme. Può essere anche verbale. Essa non attribuisce a chi la presenta alcun diritto ad ottenere una risposta e non crea nell'amministrazione alcun dovere giuridico di prenderla in esame e dare una decisione in merito».

⁸⁵ Osserva, in modo inequivocabile A. De Roberto, (voce) *Denuncia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Vol. XII, Milano, 1964, 149, che la denuncia «[...] non costituisce un rimedio giuridico posto a presidio delle ragioni del privato e non sussiste, perciò, l'obbligo dell'amministrazione di pronunciare su di essa».

⁸⁶ Cfr. L. De Lucia, *Profili strutturali*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 141, che scrive: «La denuncia qualificata è caratterizzata da ciò, che si ha in capo al denunciante una situazione intermedia tra l'interesse di fatto e quello qualificato (che si esprime nel potere d'iniziativa). Infatti, a costui è consentito di aprire la preistruttoria, che dunque può essere sia ad iniziativa d'ufficio sia ad

che l'autorità ha l'obbligo di esaminare.

E però, come ognuno vede, non si può far rientrare nell'ambito di detta categoria la denuncia volta ad ottenere l'annullamento d'ufficio. Tanto proprio in ragione dell'impossibilità di configurare⁸⁷, secondo il nostro ordinamento, un obbligo⁸⁸ dell'autorità competente a pronunciarsi su di essa.

Ciò, peraltro, non significa che a tale regola generale non vi possano essere delle eccezioni come, ad es., quella derivante dal potere di raccomandazione dell'ANAC previsto dall'art. 211, c. 2, del recente codice dei contratti⁸⁹.

L'art. 6, l. n. 124/2015, la cui rubrica è intitolata «Autotutela amministrativa», denota la perdurante vitalità della categoria tradizionale dell'autotutela amministrativa che, però, nella originaria concezione, tipica della migliore dottrina⁹⁰ del primo Novecento, era circoscritta ai

iniziativa di parte. In altri termini, tale tipo di denuncia costituisce il diritto in capo al denunziante, non già all'avvio del procedimento, quanto a una pronuncia esplicita dell'amministrazione nell'avvio del procedimento. In questa evenienza, la preistruttoria perde dunque la natura di attività interna, per assumere una potenziale rilevanza interna. Tanto è vero che, in caso di inerzia dell'amministrazione in relazione alla denuncia, deve ritenersi ammissibile il rimedio di cui all'art. 21 bis, L. 6 dicembre 1971 n. 1034 (es. Cons. St., V, 14.2.2003, n. 808; per ipotesi di esposti di un terzo con riguardo denunce di inizio attività es. TAR Liguria, I, 22.1.2003 n. 113; TAR Lombardia, Brescia, 1.1.2001, n. 197).

⁸⁷ Cfr. A. Angiuli, *Studi sulla discrezionalità nel quando*, cit., 83, nota 4: «É perciò, ormai pacifico, ad esempio, che l'Amministrazione non ha alcun dovere di assumere provvedimenti modificativi di precedenti atti divenuti inoppugnabili ma solo la facoltà di porvi luogo, in presenza di presupposti» (Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 1987 n. 775; 1987, I, pag. 1758; da ultimo 7 luglio 1988 n. 595; ivi, 1988, I, pag. 813) e che tra questi ultimi vada, tra l'altro, annoverata la sopravvenienza di una nuova e diversa disciplina della materia de qua (Cons. Stato, Sez. V, 1 settembre 1986, n. 411, ivi, 1986, I, pag. 1184).

⁸⁸ Critica tale impostazione M. Immordino, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 338, che osserva: «In un sistema in cui, con la legge n. 15/2005, sono stati tipicizzati il potere di annullamento e quello di revoca e sono stati altresì, ulteriormente potenziati – secondo una prospettiva volta a riconoscere carattere tendenzialmente collaborativo ai rapporti tra amministrazione e cittadini – il principio partecipativo e il principio di contrattualità [...] il dovere dell'amministrazione di aprire un procedimento di riesame (al fine di rimuovere un precedente assetto di interessi sfavorevole per l'istante e contestualmente illegittimo e non più adeguato alla cura dell'interesse pubblico) dovrebbe oggi costituire, e indipendentemente dall'intervenuta scadenza del termine per impugnare, un dato incontestabile. Tanto più che l'obbligo di avviare il procedimento (art. 2 legge n. 241/1990) non reca seco anche quello di provvedere nel senso richiesto dall'istante, rimanendo infatti ferma la discrezionalità, che è tipica dei provvedimenti di secondo grado, in ordine al contenuto della scelta medesima. Sicché ben potrà il procedimento di riesame concludersi con un provvedimento, motivato, di diniego dell'annullamento o della revoca richiesti dal privato interessato. Il principio di inoppugnabilità, pertanto, può cedere al principio di efficacia inteso come adeguatezza costante dell'azione amministrativa all'interesse pubblico, ma ciò non comporta una diminuzione della tutela dell'interesse pubblico, ma semplicemente una estensione delle garanzie delle quali esso gode all'interesse del privato». Da ultimo sul punto, nello stesso senso, ma in termini problematici, v. il saggio di S. Tuccillo, *Autotutela: Potere doveroso?*, in *Federalismi.it*, 10 agosto 2016.

⁸⁹ Su tale importante disciplina di settore v. S. Tuccillo, *Autotutela*, cit., 14 ss.

⁹⁰ Sul punto va ricordato il pensiero di F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo, ristampa con note di aggiornamento*, Padova, 1960, 611: «L'amministrazione fa valere le invalidità dei suoi atti con una propria dichiarazione (autoimpugnazione) in forma di revoca per motivi di illegittimità da parte dell'autorità che ha emesso l'atto invalido o di annullamento per parte dell'autorità superiore». Il concetto di autoimpugnativa in cui il Maestro inquadrava l'annullamento d'ufficio e la revoca non ricomprendeva nella sua concezione i ricorsi amministrativi. Ed infatti, la trattazione dell'autotutela viene svolta nel Corso nel libro II (652-658) che ha come titolo «Autotutela di diritti ed interessi» mentre la materia dei ricorsi amministrativi è trattata nel libro III intitolato «Tutela dei diritti e interessi dei cittadini mediante ricorsi amministrativi» (659-670). Precisava, sul punto, Cammeo, op. cit., 655-656 che: «L'annullamento può avvenire per qualsiasi vizio di invalidità. Essi non incontrano né limiti di diritti quesiti, che non possono sorgere da atti invalidi, né limiti di tempo, ma debbono aver causa in un pubblico interesse: e se per il lungo tempo questo è cessato, la revoca e l'annullamento sono

soli istituti dell'annullamento d'ufficio e della revoca in quanto la disciplina dei ricorsi amministrativi⁹¹ venne inquadrata nel diverso ambito dei rimedi giustiziali.

Questa impostazione venne ripresa e approfondita dal massimo esponente della teoria istituzionalistica del diritto che nettamente distinse l'annullamento d'ufficio dalla diversa categoria dell'annullamento di giustizia⁹², nozione in cui tale autorevole dottrina inquadrò sia quello derivante dalla proposizione di ricorsi amministrativi sia l'annullamento giurisdizionale.

Già in tale insegnamento era ben chiaro che l'annullamento d'ufficio costituisce il frutto non della mera applicazione del diritto oggettivo ma dell'esercizio di un potere discrezionale che poteva essere esercitato soltanto in presenza di un interesse pubblico⁹³, in tal senso, altrimenti l'atto sarebbe stato, a sua volta, inficiato da eccesso di potere⁹⁴.

invalidi per eccesso di potere. La revoca e l'annullamento si pronunciano d'ufficio e sono facoltativi». F. Cammeo, *Corso*, cit., 659-660, precisava inoltre che «Gli stessi istituti che servono a tutelare d'ufficio gli interessi o diritti dell'amministrazione come la revoca, la riforma, l'annullamento possono servire a tutelare gli interessi dei cittadini. Qualunque cittadino può con un atto che si chiama denuncia e citare nel proprio ed altrui interesse, l'esercizio di tali facoltà d'ufficio». Precisa però che: «La denuncia diversamente dal ricorso: a) non da diritto a risposta; b) può non proporsi dall'interessato; c) non ha termini o forme». Ciò posto può dirsi che nel pensiero di Cammeo l'autotutela, proprio sulla base della distinzione tra denuncia e ricorso, si caratterizzava per il non riconoscere alcun diritto alla risposta in favore dell'autore della denuncia ben diversamente dal ricorso sul quale già allora l'autorità amministrativa aveva l'obbligo di pronunciarsi.

⁹¹ Sul pensiero di F. Cammeo sulla disciplina dei ricorsi amministrativi, è tuttora fondamentale il saggio di A. Travi, *Cammeo e i ricorsi amministrativi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 22 (1993), per Federico Cammeo, Milano, 1994, 437-474.

⁹² Il riferimento è al pensiero di S. Romano, (voce) *Annullamento degli atti amministrativi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. I, Torino, 1957, 643, che osserva: «Si può, anzitutto, avere un annullamento di giustizia, il quale ha luogo quando è pronunciato in seguito ad un apposito rimedio contro l'atto amministrativo invalido concesso agli interessati. Tale annullamento sarà esso stesso un atto amministrativo, se occasionato da un ricorso amministrativo semplice; sarà un atto giurisdizionale, se emanato da una giurisdizione amministrativa, che può essere di mera legittimità o anche di merito».

⁹³ Cfr. F.G. Scoca, *Il provvedimento amministrativo. Nozione, elementi, classificazione*, in F.G. Scoca (a cura di) *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 273: «[...] con i provvedimenti autorizzatori, viene perseguito l'interesse privato in quanto non contrastante con l'interesse pubblico; in altri termini, a differenza di quanto avviene con la concessione e, con maggiore evidenza, con i provvedimenti ablatori, l'interesse privato assume il ruolo di interesse principale (e da perseguire con il provvedimento) e l'interesse pubblico il ruolo di interesse di contenimento o di impedimento [...]».

⁹⁴ Già in tale autorevole insegnamento, come abbiamo visto, è chiara la distinzione tra l'annullamento di giustizia, pronunciato su ricorso degli interessati, e l'annullamento d'ufficio a proposito del quale S. Romano, (voce) *Annullamento degli atti amministrativi*, cit., 644, che osserva: «Particolarmente questa specie di annullamento, ma talvolta anche l'annullamento che è operato da un organo diverso da quello che ha emanato l'atto che si annulla, purché sia un organo dello stesso Ente, si qualifica dalla dottrina come un atto di autotutela. Ciò è esatto, purché s'intenda in senso che non ingeneri degli equivoci, riavvicinando più di quanto non sia giusto l'annullamento di cui è parola a quello che abbiamo detto di giustizia, e, viceversa, contrapponendolo non adeguatamente all'altro che è pronunciato da un Ente diverso a meri fini di controllo. Di autotutela può parlarsi in quanto i privati, di regola, per fare annullare un atto, è necessario che si rivolgano all'Autorità competente, mentre le pubbliche Amministrazioni possono ciò fare direttamente, salvo i controlli cui vanno soggette siffatte loro pronunce». Il vero senso di tale distinzione tra annullamento di giustizia e annullamento d'ufficio viene ulteriormente chiarito dal Maestro nell'ulteriore passaggio dello scritto ora richiamato: «In ogni caso, è da tenersi presente che anche quando l'annullamento può seguire soltanto per illegittimità, l'accertamento di tale illegittimità è condizione, oltre che necessaria, sufficiente, se si tratta di uno di quegli annullamenti obbligatori, di cui si è fatto cenno ma non è, viceversa, sufficiente se si ha una semplice facoltà di annullamento. Allora occorre, altresì, valutare se l'esercizio di tale facoltà giovi, nel caso concreto, agli interessi della pubblica Amministrazione e sia conforme in genere a tutti i requisiti che si richiedono per l'uso di poteri discrezionali. In altri termini: la pubblica Amministrazione, nella ipotesi di cui è parola, non pronuncia l'annullamento per

Tale concezione dell'annullamento d'ufficio è stata approfondita da un autorevole insegnamento che ha ribadito la piena validità, sul piano sistematico, della distinzione tra tale istituto e l'annullamento di giustizia correlando il primo al concetto di discrezionalità e il secondo a quello di obbligatorietà⁹⁵.

Questa fondamentale distinzione, pur facendo rientrare i due istituti in una nozione più ampia di autotutela, è rimasta intatta anche nella dottrina post-bellica con l'inquadramento dell'annullamento d'ufficio nell'ambito dell'autotutela spontanea⁹⁶ e dell'annullamento pronunciato a seguito di ricorso amministrativo nel diverso quadro dell'autotutela contenziosa.

Secondo un autorevole insegnamento, la distinzione va correlata, rispettivamente, pur nell'ambito di una nozione generale di autotutela, ai due concetti di autotutela amministrativa (in senso stretto) e di autodichia corrispondente alla disciplina dei ricorsi amministrativi⁹⁷.

l'imparziale tutela del diritto oggettivo, ma solo se e quando questa tutela sia un'esigenza della specifica funzione amministrativa che le è affidata o, almeno, non sia contraria ai propri interessi. In breve: ci deve essere un interesse, e un legittimo interesse, all'annullamento; altrimenti questo è un atto che può, a sua volta, essere viziato di eccesso di potere. Dottrina e giurisprudenza sono oramai su questo punto quasi concordi».

⁹⁵ Tali differenze sono tuttora quelle delineate, con estrema chiarezza, già da G. Zanobini, *Ricorso amministrativo e annullamento di ufficio*, in *Giur. it.*, III, 1942, III, ora in G. Zanobini, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 477 ss., precisamente 480: «L'annullamento degli atti illegittimi in seguito a ricorso è un preciso obbligo giuridico per le autorità cui tale ricorso sia stato ritualmente presentato; l'annullamento d'ufficio degli atti viziati è una semplice facoltà discrezionale, facoltà il cui esercizio deve essere giustificato a ragioni di pubblico interesse». Prosegue Zanobini, op. ult. cit., «Questi due caratteri, l'obbligatorietà e la discrezionalità, che principalmente valgono a separare le due specie di annullamento, sono una conseguenza, e al tempo stesso una dimostrazione, della loro diversa funzione giuridica. L'annullamento di ufficio trova la sua causa esclusivamente nell'interesse pubblico; l'annullamento sopra ricorso nella tutela degli interessi individuali, in quella stessa tutela che costituisce l'essenza della giurisdizione amministrativa. Il primo fa parte dell'amministrazione attiva, in quanto suo scopo è la cura di quegli interessi sociali che sono le ragioni d'essere dell'amministrazione pubblica in generale; il secondo fa parte piuttosto di una funzione di giustizia, esercitata dall'amministrazione in forma amministrativa».

⁹⁶ Il riferimento è al pensiero di F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, parte generale, V Edizione, Padova, 1987, 150-151, che scrive: «In primo luogo viene in rilievo l'autotutela spontanea che corrisponde agli atti con cui l'Amministrazione decide sui propri provvedimenti agendo con poteri d'ufficio. A questo genere appartengono le decisioni costitutive che risolvono un conflitto potenziale in senso sfavorevole per l'Amministrazione». Precisava il Maestro: «Appartengono, pertanto, a questo gruppo le seguenti decisioni: l'annullamento, con il quale l'amministrazione pone nel nulla, con efficacia retroattiva (ex tunc), gli atti amministrativi illegittimi; e la revoca, con cui l'amministrazione pone nel nulla, ugualmente con efficacia dal momento del loro sorgere (ex tunc) gli atti amministrativi inopportuni. Si noti però che per provvedere all'annullamento o alla revoca di un provvedimento in via di autotutela spontanea non basta la sussistenza di un vizio di legittimità o di merito originari, ma si richiede altresì la sussistenza e la dimostrazione di un interesse pubblico attuale all'eliminazione dell'atto. Ciò si giustifica pensando che si è in presenza dell'esercizio di una funzione amministrativa che deve sempre tendere a soddisfare un interesse attuale dell'amministrazione e non solamente a restaurare l'ordine giuridico violato...e che se un interesse deve essere soddisfatto, questo non può essere semplicemente quello perseguito dall'atto oggetto dell'autotutela ma quello diverso e appunto attuale che muove l'amministrazione all'esercizio della stessa».

⁹⁷ Il riferimento è a A.M. Sandulli, *Ricorso amministrativo*, ora in A.M. Sandulli, *Scritti giuridici, V. Diritto amministrativo*, Napoli, 1990, 528-529, che, significativamente, scrive: «Il carattere giustiziale vale poi a differenziare le procedure in esame da quelle procedure di autotutela, in virtù delle quali la Pubblica Amministrazione può (d'ufficio o su semplice denuncia) eliminare o correggere, per ragioni di interesse pubblico inerenti alla funzione amministrativa – e valutate anteriormente e discrezionalmente dall'autorità competente –, gli atti illegittimi o inopportuni venuti in essere nell'ambito della sua sfera d'azione. Anche le procedure su ricorso sono manifestazioni dell'autotutela amministrativa; ma, mentre le forme di autotutela cui da ultimo si accennava ineriscono alla funzione di amministrazione attiva, le procedure su ricorso, sono forme di autotutela inerente all'amministrazione giustiziale [...]». Prosegue il Maestro: «Attraverso questa via di

Più di recente, anche la dottrina,⁹⁸ che ritiene superata la tradizionale categoria dell'autotutela, distingue nettamente⁹⁹ l'annullamento d'ufficio dall'annullamento giustiziale e da quello giurisdizionale in quanto in esso la decisione di annullare costituisce esercizio di un potere discrezionale ed è ispirata alla tutela dell'interesse pubblico piuttosto che all'esigenza di ripristinare la legalità violata.

Tale distinzione tra autotutela spontanea e ricorsi amministrativi è tuttora attuale ed è stata recepita dalla Corte costituzionale, sentenza n. 181/2017¹⁰⁰, che ha delineato le caratteristiche dell'autotutela tributaria proprio sulla base della tradizionale configurazione dell'autotutela

giustizia "autonoma" (autodichia), l'ordinamento si propone...da un lato...di consentire all'Amministrazione di correggere da sé, nel proprio seno, quando ne venga richiesta dagli interessati, gli errori in cui un'autorità amministrativa sia potuta incorrere nelle questioni suscettibili di sfociare in un giudizio [...].

⁹⁸ Il riferimento è a G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 186-187, che scrive: «Dal discorso che precede può essere tratta questa conclusione. Non c'è un potere di annullamento o di revoca dei provvedimenti amministrativi, a sua volta espressione di un più comprensivo potere di autotutela. Esistono poteri di autorizzazione, di concessione, di ordine, di ablazione che possono essere (ri)esercitati in senso opposto a quelli in cui sono stati esercitati nel passato; con la conseguenza che i provvedimenti (positivi) già adottati vengano tolti di mezzo, nelle forme e con gli effetti che sono tipici dell'annullamento e della revoca».

⁹⁹ G. Corso, *L'attività amministrativa*, cit., 186-187, autorevolmente osserva: «L'annullamento è una figura che ricorre in altri campi (l'annullamento giurisdizionale da parte del giudice amministrativo, su ricorso amministrativo). Rispetto a queste specie di annullamento, l'annullamento d'ufficio ha un effetto comune (la rimozione dell'atto con efficacia retroattiva) è un presupposto comune (un vizio di legittimità dello atto da annullare); ma si caratterizza per un presupposto ulteriore che manca negli altri tipi di annullamento. La decisione di annullare costituisce esercizio di un potere discrezionale ed è ancorata alla tutela dell'interesse pubblico. Il giudice amministrativo che accoglie il ricorso giurisdizionale annullando l'atto impugnato, l'autorità amministrativa che accoglie il ricorso gerarchico, l'organo di controllo che nega il visto alla delibera sottoposta al suo esame (nel linguaggio abituale, annulla la delibera) non devono farsi carico di alcun interesse pubblico; anzi devono separare la loro decisione da ogni commistione con gli interessi, pubblici o privati che siano. Devono puramente e semplicemente annullare ove ne ricorrano i presupposti (la fondatezza del motivo di ricorso, l'illegittimità della delibera). L'autorità amministrativa che instaura un procedimento di annullamento d'ufficio deve non solo accertare il vizio dell'atto sottoposto a riesame, ma deve anche valutare se l'annullamento corrisponda a un interesse pubblico concreto e attuale (così la giurisprudenza). Concreto perché si tratta dell'interesse pubblico specifico che corrisponde alla competenza attribuita all'organo, e non del generale (e astratto) interesse alla legalità dell'azione amministrativa. Attuale perché l'autorità deve aver riguardo al momento in cui decide di annullare e non al momento in cui fu adottato l'atto che viene proposto per l'annullamento. Sinteticamente l'autorità può annullare il provvedimento non per restaurare la legalità violata, ma per curare l'interesse pubblico, quando a questo si ponga un precedente atto che sia anche illegittimo».

¹⁰⁰ È altamente significativo che la Corte nel dichiarare infondate le censure di legittimità costituzionale sollevate sul punto ha così motivato: «Le censure si fondano sull'idea che l'autotutela costituisca un rimedio di carattere sostanzialmente giustiziale, in quanto tale idoneo a formare oggetto di una pretesa azionabile in sede giurisdizionale, e hanno l'obiettivo di renderne la disciplina coerente con tale funzione, operando una "mutazione genetica" dell'annullamento d'ufficio, da strumento di rivalutazione da parte dell'amministrazione delle proprie decisioni a strumento di protezione delle aspettative del privato, in modo non dissimile da quanto avviene nel caso dell'annullamento su ricorso». Osserva, sul punto, la Corte: «A differenza di quest'ultimo, tuttavia, l'annullamento d'ufficio non ha funzione giustiziale, costituisce espressione di amministrazione attiva e comporta di regola valutazioni discrezionali, non esaurendosi il potere dell'autorità che le adotta unitamente nella verifica della legittimità dell'atto e nel suo doveroso annullamento se ne riscontra l'illegittimità». Prosegue la Corte: «Anche in un contesto così caratterizzato, tuttavia nel quale l'interesse pubblico ha la rimozione dell'atto acquista specifica valenza e tende in una certa misura a convergere con quello del contribuente non va trascurato il fatto che altri interessi possono e devono concorrere nella valutazione amministrativa, e fra essi certamente quello alla stabilità dei rapporti giuridici di diritto pubblico, inevitabilmente compromessa dall'annullamento di un atto inoppugnabile. Tale interesse richiede di essere bilanciato con gli interessi descritti e con altri eventualmente emergenti nella vicenda concreta sulla quale l'amministrazione tributaria è chiamata a provvedere – secondo il meccanismo proprio della valutazione comparativa. Sicché si conferma in ogni caso, anche in ambito tributario, la natura pienamente discrezionale dell'annullamento d'ufficio».

amministrativa come ulteriore manifestazione di amministrazione attiva.

Tali principi, autorevolmente delineati dalla Corte costituzionale nell'ambito dell'autotutela tributaria, a maggior ragione valgono nel quadro dell'autotutela amministrativa che, pertanto, va tuttora nettamente distinta dai rimedi di tipo giustiziale¹⁰¹.

Questi, infatti, sono improntati alla finalità di tutela degli interessi legittimi mentre, come si è visto, l'annullamento d'ufficio ha come finalità istituzionale il buon andamento¹⁰² dell'amministrazione.

Nel quadro di tale principio deve ritenersi che, sulla base dell'insegnamento di Corte costituzionale, n. 181/2017, rivesta un valore assolutamente rilevante quello della stabilità dei rapporti giuridici di diritto pubblico. Valore che coincide pienamente con la *ratio legis* dell'introduzione del termine di dodici mesi per l'esercizio della potestà di annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo.

Orbene, come si è visto, la recente riforma si contraddistingue per un avvicinamento del nostro ordinamento ai due maggiori ordinamenti dell'Europa continentale.

Il nuovo tratto comune è rappresentato dal termine fisso, sul piano temporale, per l'annullamento d'ufficio che, nel nostro ordinamento, coincide con quello previsto dall'ordinamento tedesco.

Tale disciplina trova la propria ispirazione proprio nella concezione, tipica dell'ordinamento comunitario, dell'affidamento legittimo come manifestazione del principio di certezza del diritto sul piano oggettivo.

Ciò non toglie che anche il valore della buona fede sul piano soggettivo venga riconosciuto ma come limite alla salvaguardia del principio di certezza del diritto.

A ben vedere, infatti, il principio di certezza del diritto trova attuazione nel nostro ordinamento proprio nella previsione del termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio. Invece il principio di buona fede rappresenta la *mens legis* ispiratrice dell'eccezione a tale regola generale. Eccezione prevista dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 che, come si è visto, stabilisce che tale termine non si applica in tutti i casi in cui il provvedimento ampliativo sia stato ottenuto dal privato mediante dichiarazioni o rappresentazioni false o comunque gravemente erranee.

¹⁰¹ Alla luce dell'insegnamento della Corte Costituzionale può ritenersi quanto mai attuale il pensiero di G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. II, *La giustizia amministrativa*, VII Edizione, Milano, 1954, 58-59, che, autorevolmente, osserva: «[...] è da ricordare che il riesame d'ufficio dei provvedimenti e l'eventuale loro annullamento costituiscono delle semplici facoltà dell'amministrazione; laddove lo stesso riesame e la conseguente pronuncia in seguito a ricorso rappresentano per la medesima una funzione obbligatoria ossia un dovere giuridico». Prosegue Zanobini, *Corso*, cit., 56-57: «Per queste ragioni, il fondamento dei due poteri deve ritenersi distinto. Se l'uno e l'altro sono diretti ad assicurare la regolarità e l'ordine dell'azione amministrativa, nell'annullamento e nella revoca d'ufficio un tale fine ha per causa, unica o almeno prevalente, l'interesse pubblico, il buon andamento della pubblica Amministrazione: la relativa funzione è strettamente amministrativa nell'annullamento e nella revoca in seguito a ricorso lo stesso fine deve essere curato come mezzo di tutela indiretta degli interessi individuali, e la funzione rientra, più che nel concetto di amministrazione, in quello di giustizia, intesa l'espressione in senso ampio. Tale funzione, prevalentemente di tutela degli interessi individuali, giustifica la precisa disciplina che i ricorsi e le relative decisioni trovano nella legislazione positiva. Al dovere dell'amministrazione di decidere sul ricorso corrisponde il diritto del singolo alla decisione: diritto di natura analoga a quello, assai più noto, all'amministrazione della giustizia».

¹⁰² Sul principio di buon andamento della P.A., stabilito dall'art. 97 Cost., è tuttora attuale il pensiero di M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 86, che autorevolmente osserva: «[...] il criterio di efficienza si risolve (a nostro giudizio, integralmente) in un principio di elasticità e puntualità dell'azione amministrativa ed è tale principio che l'art. 97 intende porre e salvaguardare con pieno valore giuridico quando assegna alle norme d'organizzazione il compito di assicurare il buon andamento dell'amministrazione».

Poste tali premesse, è possibile soffermarsi sulle caratteristiche di fondo dell'autotutela, non a caso, autorevolmente definita¹⁰³ come un vistoso privilegio della P.A.

A nostro avviso la natura privilegiata di tale istituto si spiega agevolmente in ragione della deroga al divieto di *aedere contra factum proprium*¹⁰⁴ che costituisce un principio generale del nostro ordinamento giuridico. Principio generale di cui costituisce coerente manifestazione l'art. 157, c. 3, c.p.c., che, come è noto, stabilisce: «La nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa, né da quella che vi ha rinunciato anche tacitamente».

Tale norma nel processo civile riguarda esclusivamente le nullità relative che possono essere eccepite soltanto ad istanza di parte, come precisa il c. 1 dello stesso art. 157 c.p.c.: «Non può pronunciarsi la nullità senza istanza di parte, se la legge non dispone che sia pronunciata d'ufficio».

Chiaramente, sul piano pratico, le nullità relative nel processo civile hanno una rilevanza centrale nel sistema in quanto il campo delle nullità assolute è molto limitato.

Ben diversamente, in diritto amministrativo anche se la regola è rappresentata dall'annullabilità dell'atto e l'eccezione dalla sua nullità anche i vizi che conducono all'annullamento e non alla declaratoria di nullità vanno ricondotti in assoluta prevalenza alla violazione di norme imperative e non dispositive.

Pertanto, anche la P.A. che ha emanato l'atto annullabile può far valere l'annullabilità proprio nella misura in cui la stessa deriva dalla violazione di norme imperative.

Da tali principi deriva la vera *ratio* «del vistoso privilegio» rappresentato dall'annullamento d'ufficio.

¹⁰³ Il riferimento è a M. Nigro, *L'azione dei pubblici poteri: lineamenti generali*, ora in M. Nigro, *Scritti giuridici*, Tomo III, Milano, 1996, 1614-1615, che osserva: «Per autotutela si intende quello che forse è il più vistoso privilegio dell'amministrazione, la capacità di farsi, in prima battuta (salvo cioè il sindacato giurisdizionale), giustizia da sé, di risolvere da sé il conflitto con gli amministratori; di decidere da sé della legittimità ed opportunità dei propri atti e di dare da sé esecuzione alle proprie disposizioni. Si tratta di un campo assai vasto di attività amministrativa, la quale assicura l'effettiva e immediata operatività dell'attività di autarchia e dell'attività di autonomia, e dalla quale appartengono figure molto varie, di cui è stata offerta di recente una suggestiva classificazione [Benvenuti]. Qui basterà dire che nell'attività di autotutela rientrano, per fare degli esempi, l'irrogazione di sanzioni, generali (ad es. le sanzioni per violazione di regole della circolazione sulle strade) o speciali (sanzioni disciplinari); l'eliminazione, da parte della stessa amministrazione, di atti che essa riconosca non conformi alle leggi o a criteri di opportunità (annullamento); ed è, infine, l'attività diretta ad eseguire materialmente un comando amministrativo anche contro la volontà di chi vi è soggetto (autotutela esecutiva)».

¹⁰⁴ Sulla rilevanza di tale principio, cfr. Cass. SS.UU., sentenza n. 21260/2016, in cui significativamente si legge: «Con l'impugnata sentenza, i giudici amministrativi hanno ritenuto che 'non può trovare accoglimento' il motivo di impugnazione con il quale la parte ricorrente ha messo in discussione la giurisdizione del TAR, da lei stessa adito, al fine di ribaltare l'esito negativo nel merito del giudizio, ponendosi una siffatta prospettazione in contrasto con il divieto di venire *contra factum proprium* e con la regola di correttezza e buona fede prevista dall'art. 1175 c.c.. Secondo il Consiglio di Stato, «integra un abuso del processo la contestazione della giurisdizione da parte del soggetto che abbia optato per quella giurisdizione e che, pur se soccombente nel merito, sia risultato vittorioso, in forza di una pronuncia esplicita o di una statuizione implicita, proprio sulla questione di giurisdizione». La sentenza è espressione dell'orientamento invalso nella giurisprudenza del Consiglio di Stato dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, e ribadito anche di recente (Sez. 4^a, 7 novembre 2015, n. 5484; Sez. 6^a, 29 febbraio 2016, n. 856). Su tale base le SS.UU. hanno affermato il seguente principio di diritto: «L'attore che abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito non è legittimato a interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto». Come abbiamo visto, le Sezioni Unite con tale fondamentale sentenza hanno recepito, sul punto, l'orientamento del Consiglio di Stato che, pur riguardando una questione quale l'individuazione del giudice competente, appartenente all'ambito del diritto processuale, è stata ricondotta alla regola *iuris nemo potest aedere contra factum proprium* che si fonda sul principio di diritto sostanziale di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 c.c.

A ben vedere, però, un'ulteriore distinzione, a nostro avviso, è costituita proprio dalla previsione di cui all'art. 21-*nonies*, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990 che, come si è visto, prevede l'ipotesi di falsa rappresentazione della realtà, da parte del destinatario dell'atto, come ipotesi derogatoria del termine di dodici mesi previsto per il suo annullamento d'ufficio.

Ed infatti, in tutte tali ipotesi, l'atto amministrativo è stato adottato in seguito al dolo¹⁰⁵ o all'errore grave commesso dal privato nei confronti della P.A.

Di fronte a condotte siffatte da parte del destinatario non può, ovviamente, parlarsi di deroga al divieto di *venire contra factum proprium* in quanto i fatti dolosi o gravemente colposi che hanno dato origine al provvedimento sono ascrivibili alla condotta del privato interessato e non certo a quella dell'organo competente che ha solo adottato l'atto sulla base delle erronee rappresentazioni o delle false dichiarazioni del beneficiario dell'atto oggetto di riesame.

In linea generale il vizio di legittimità che inficia il provvedimento è ascrivibile non alla condotta del privato ma soltanto a quella dell'autorità che lo ha emanato, anche se non è possibile, per le ragioni sistematiche innanzi esposte, escludere la legittimazione della P.A. a far valere l'annullabilità del provvedimento cui la stessa P.A. ha dato causa, l'esercizio di tale potere deve avvenire nel rispetto del termine di dodici mesi previsto dall'art. 21-*nonies*, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990.

Come abbiamo visto, però, permane il carattere della discrezionalità del provvedimento anche dopo la previsione dell'anzidetto termine. Termine che costituisce indubbiamente il punto di equilibrio tra l'esercizio del potere di autotutela e l'affidamento che l'ordinamento riconosce in favore del destinatario dell'atto oggetto di riesame.

La P.A., quando valuta la possibilità di annullare d'ufficio il provvedimento, deve tener conto, al tempo stesso, di due contrapposte esigenze: il principio di legalità, che, di fronte all'atto illegittimo, ne implicherebbe sempre l'annullamento, e la salvaguardia dell'affidamento del destinatario di tale atto che lo escluderebbe.

Tale potere discrezionale¹⁰⁶ va esercitato nel rispetto dei principi di imparzialità¹⁰⁷ e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, c. 2, Cost.), buon andamento in cui, secondo

¹⁰⁵ Secondo P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 431, il dolo, come falsa rappresentazione della realtà, è da inquadrarsi nell'ambito dell'eccesso di potere e rende l'atto annullabile «[...] allorché il medesimo sia stato adottato in seguito al raggiro esperito dal privato nei confronti dell'amministrazione».

¹⁰⁶ Sul tema è fondamentale il saggio di F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2000, 1059-1060 ss., che, autorevolmente, osserva: «La garanzia di imparzialità e buon andamento, e pertanto la verificabilità della destinazione dell'attività alla cura dell'interesse pubblico, e, via dicendo, la necessità che l'interesse pubblico sia rettamente ponderato, sono aspetti inalienabili dello statuto giuridico delle amministrazioni pubbliche. Non solo per disposizione costituzionale, ma per la posizione stessa che l'amministrazione ha assunto (e per la funzione che svolge) rispetto ai cittadini (o, se si preferisce, rispetto al popolo sovrano)».

¹⁰⁷ Scrive M. Nigro, *L'azione*, cit., 1619-1620: «Cosa significa imparzialità? Non certo neutralità o indifferenza rispetto allo scopo della propria azione (che invece è la condizione del giudice), ma potere-dovere dell'ufficio pubblico di non privilegiare pregiudizialmente nell'iter della sua scelta, nessun interesse (neppure il proprio interesse primario), ma di identificare e valutare tutti gli interessi coinvolti sicché la scelta risulti il frutto di una esatta e completa rappresentazione e ponderazione di tali interessi (l'imparzialità si dimostra così come strettamente collegata alla discrezionalità ed anzi come 'causa' ed effetto insieme delle regole che reggono l'azione amministrativa discrezionale)». Prosegue M. Nigro, *L'azione*, cit., 1620: «Fanno quindi capo al principio di imparzialità tutti gli istituti che assicurano la completezza e la genuinità della ponderazione degli interessi: in primo luogo, l'esistenza e la disciplina del procedimento come sede di confronto e conflitto degli interessi con le regole sul contraddittorio, sulla pubblicità degli atti, sulla possibile ricusazione degli amministratori 'partigiani' ecc.».

autorevole dottrina¹⁰⁸, già è incluso il principio di proporzionalità¹⁰⁹.

Tale norma prevede, inoltre, la previa valutazione non solo dell'interesse pubblico primario ma anche degli interessi del destinatario dell'atto oggetto di riesame e dei controinteressati, valutazione da compiersi secondo il principio di proporzionalità. Per valutazione proporzionale deve intendersi il riconoscimento, da parte della P.A., del giusto peso in concreto ascrivibile ai vari interessi pubblici e privati emergenti dal procedimento.

In altre parole, la scelta di annullare d'ufficio il provvedimento deve essere adottata nel rispetto del principio¹¹⁰ del minor sacrificio dell'interesse privato con il massimo conseguimento del risultato.

È essenziale precisare che il principio del risultato,¹¹¹ frutto dell'elaborazione di un autorevole insegnamento,¹¹² è stato, di recente, recepito dal d.lgs. n. 36/2023, il cui art. 1, c. 3, stabilisce: «Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea».

Prosegue l'art. 1, precisando al c. 4, che: «Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso

¹⁰⁸ Il riferimento è a Nigro, *L'azione*, cit., 1619-1620, che, significativamente, osserva: «Cosa significa buon andamento? Significa efficienza dell'amministrazione, rispondenza della sua azione all'interesse che deve curare e quindi elasticità e puntualità della medesima. (Nella scienza dell'organizzazione si distingue l'efficienza come rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti dall'efficacia, come rapporto fra risultati ottenuti e obiettivi prestabiliti, ma qui intendiamo l'efficienza in modo generale come rapporto trilatero tra risorse, obiettivi e risultati, che sono elementi sotto questo profilo strettamente collegati)». Prosegue il Maestro: «Fanno capo al principio di buon andamento i mezzi e gli strumenti che hanno per scopo l'efficienza dell'azione amministrativa: in primo luogo il potere dell'ufficio amministrativo di auto organizzarsi per meglio adeguare tale azione al suo obiettivo [...]». Ancora: «Imparzialità e buon andamento sono principi distinti, ma è nella loro combinazione che trovano la maggiore efficacia. Proprio la considerazione del maggior numero possibile d'interessi esige una struttura organizzativa elasticamente adeguata e viceversa».

¹⁰⁹ Sul principio di proporzionalità va, innanzitutto, ricordata la monografia di D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 102 ss. Successivamente, va richiamato il contributo di A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998. Più recenti sono le due monografie di S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008, 89 ss., e di S. Cognetti, *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011, 64 ss.

¹¹⁰ Tale principio è stato, di recente, recepito da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 22/2020 in cui, significativamente, si legge che il procedimento amministrativo «[...] si apre, prosegue e si chiude all'insegna del principio per cui l'amministrazione deve curare l'interesse pubblico datogli in attribuzione dalla legge in maniera da raggiungere il massimo risultato possibile con il minimo mezzo».

¹¹¹ Per un commento all'art. 1 del nuovo codice dei contratti pubblici, è essenziale il saggio di S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *L'amministrativista.it*, gennaio 2023. Sul tema si veda, altresì, l'autorevole contributo di M. A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 21 dicembre 2022.

¹¹² Il riferimento è al pensiero di L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1998, 299 ss.; L. Iannotta, *Previsioni e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, I, 1999, 57 ss.; L. Iannotta, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, I, 2005, 1 ss.; L. Iannotta, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento*, Milano, 2000, 38 ss.; A. Romano Tassone, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *AA.VV., Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813 ss.; A. Romano Tassone, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 1, 2007, 63, ss.; M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2002, 107 ss.; S. Cassese, *Presentazione del volume di D. Osborne e T. Gaebler, Dirigere e governare. Una proposta per reinventare la pubblica amministrazione*, Milano, 1995; R. La Barbera, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento*, Torino, 2001; M. R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

concreto».

Nel perseguimento del risultato, peraltro, l'autorità competente dovendo preferire la misura più mite, secondo il principio di proporzionalità, sarà essenziale la valutazione della possibilità dell'adozione della convalida e soltanto nell'ipotesi in cui ci si trovi di fronte a vizi sostanziali non convalidabili si dovrà giungere alla decisione di annullare d'ufficio il provvedimento.

Siffatta conclusione trova fondamento nella stessa previsione dell'art. 21-*nonies*, c. 2, l. n. 241/1990 che fa espressamente «salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole».

Il fatto stesso che l'art. 21-*nonies* preveda la salvezza del potere di convalida d'ufficio dell'atto amministrativo annullabile nello stesso contesto legislativo della disciplina dell'annullamento d'ufficio consente all'interprete di ritenere che vi sia una preferenza¹¹³ dell'ordinamento per la conservazione del provvedimento, preferenza da cui discende la limitazione dell'annullamento d'ufficio ai soli casi in cui vi siano vizi sostanziali per i quali la convalida non è ammissibile¹¹⁴.

Del resto tale preferenza per la convalida costituisce ulteriore espressione del principio di proporzionalità in base al quale va preferita la misura più mite e non vi è dubbio che la convalida, da cui consegue la correzione e la conservazione del provvedimento, debba ritenersi più mite rispetto all'annullamento d'ufficio che, al contrario, conduce all'eliminazione dell'atto.

In conclusione, può dirsi che tale preferenza legislativa per la correzione e la conservazione del provvedimento, piuttosto che per la sua eliminazione, può considerarsi il punto di arrivo di un processo evolutivo dell'ordinamento che prende le mosse da un insegnamento molto autorevole¹¹⁵ secondo cui una saggia amministrazione doveva sempre avere riguardo all'equità e considerare, innanzitutto, se il danno non fosse superiore al vantaggio che dall'annullamento d'ufficio sarebbe potuto derivare.

Abstract. Il saggio è imperniato sul carattere derogatorio del potere amministrativo di autotutela rispetto al principio del divieto di *aedere contra factum proprium*.

La recente modifica dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 che ha ridotto il termine per

¹¹³ Nello stesso senso, M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, cit., 23-24, che, significativamente, osserva: «Dovrebbe sempre essere preferibile, pur in presenza di un'illegittimità, conservare ed eventualmente emendare l'atto ampliativo e i suoi effetti, piuttosto che rimuoverlo. Il suggerito favore per l'autotutela conservativa/conformativa costituisce un'opzione che altera nella misura minore possibile l'assetto degli interessi consolidato e permette di mantenere fermo il provvedimento nel caso in cui il pregiudizio per l'interesse pubblico al suo mantenimento sia di gran lunga inferiore di quello del privato di fronte all'annullamento dello stesso, a seguito di una valutazione della sostenibilità della situazione esistente».

¹¹⁴ In tal senso, con estrema chiarezza, Cons. Stato, Sez. VI, n. 3385/2021, in cui, significativamente, si legge: «[...] la collocazione della norma nel medesimo articolo dedicato all'annullamento d'ufficio, conferma la comune ambientazione dei due istituti nell'ambito dell'autotutela. Tale correlazione appare altresì espressiva di un principio di preferenza per la scelta amministrativa volta alla correzione e alla conservazione – ove possibile – di quanto precedentemente disposto, rispetto all'opzione eliminativa».

¹¹⁵ Il riferimento è a S. Romano, *Annullamento degli atti amministrativi*, cit., 645, che osserva: «In siffatte valutazioni sono da considerarsi elementi che variano secondo i casi: condizioni e situazioni di fatto consolidate; la convenienza che consiglia *quieta non movere*; il riguardo che una saggia Amministrazione deve sempre avere all'equità; il danno superiore al vantaggio che dall'annullamento può derivare, ecc. Per tale via la giurisprudenza ha ammesso vari temperamenti all'assolutezza della potestà di annullamento che sono da ridursi tutti al concetto accennato». Non è chi non veda come nel riferimento alla necessità di valutare se il danno derivante al destinatario del provvedimento oggetto di riesame sia o no superiore al vantaggio che deriverebbe dall'annullamento d'ufficio costituisce una evidente anticipazione dell'applicazione all'autotutela del principio di proporzionalità.

l'annullamento d'ufficio da 18 mesi a 12 mesi rappresenta una essenziale evoluzione del nostro ordinamento amministrativo in quanto implica un rafforzamento dei principi di legalità e di affidamento.

Rimane fermo che le pubbliche amministrazioni devono rispettare il principio di proporzionalità che implica il ragionevole bilanciamento dell'interesse pubblico con le differenti posizioni individuali dei privati interessati.

Abstract. It remains firm, that the Public Administration, in exercising the power of ex officio annulment, must still respect the principle of proportionality, which requires it to weigh the public interest against the different positions of the private individuals concerned. The power of public authorities to withdraw the unlawful administrative decision, is an exception of the principle of prohibition of *aedere contra factum proprium*.

The term of 18 months - established by art. 21-*nonies* of Italian administrative procedure act has been reduced to 12 months.

This modification constitutes an essential development of Italian administrative system, strengthening the supremacy of law and protection of legitimate expectations.

Public authorities must respect the principle of proportionality which implies the reasonable balance between the public interest and the conflicting positions of the private individuals concerned.

Parole chiave. Principio di proporzionalità – primato della legge – legge sul procedimento amministrativo – bilanciamento ragionevole.

Key words. Principle of proportionality – supremacy of law – administrative procedure law – reasonable balance.

I PERSISTENTI DUBBI DI CONFORMITÀ A COSTITUZIONE DEL D.D.L. RECANTE «DISPOSIZIONI PER L'ATTUAZIONE DELL'AUTONOMIA DIFFERENZIATA DELLE REGIONI A STATUTO ORDINARIO AI SENSI DELL'ARTICOLO 116, TERZO COMMA, DELLA COSTITUZIONE» (ATTO CAMERA N. 1665, GIÀ APPROVATO IN PRIMA LETTURA DAL SENATO DELLA REPUBBLICA IL 23 GENNAIO 2024)*

310

di Lorenzo Chieffi**

Sommario. 1. Premessa. – 2. La funzionalizzazione dei LEP alla promozione della persona umana nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. – 3. La difficoltosa definizione e quantificazione dei LEP. – 4. I dubbi avanzati dalla Commissione Cassese sulla possibile ricognizione delle materie LEP dotate di copertura finanziaria. – 5. Il problematico riequilibrio tra i territori in presenza della clausola di invarianza dei saldi di bilancio. – 6. L'indeterminatezza della compartecipazione al gettito di uno o più tributi erariali maturati nel territorio regionale. – 7. Il ricorso allo strumento di democrazia diretta o alla via giudiziaria per far valere i diritti negati dalla legge.

1. Premessa. L'auspicata valorizzazione delle autonomie regionali, nella misura consentita dal disposto costituzionale (Titolo V, come riformato dalla l. cost. n. 3/2001), dovrà necessariamente conformarsi al catalogo assiologico in esso contenuto a cominciare dall'unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5) che non potrebbe, in alcun modo, consentire una legislazione ordinaria che intendesse mettere in discussione principi quali la solidarietà dello Stato verso gli individui più bisognosi ovvero l'eguaglianza, da considerare in una proiezione intersoggettiva oltre che interregionale.

La mutuazione di modelli regionali, anche se ampiamente diffusi in altri sistemi ordinamentali, dovrà perciò adattarsi alle peculiarità socio/economiche di un Paese, come il nostro, caratterizzato da un persistente divario tra i suoi territori. Un possibile approfondimento delle autonomie territoriali, come previsto dall'ultimo comma dell'art. 116 Cost., che non voglia rappresentare una deroga ai principi contenuti nella Parte Prima di questo testo normativo non potrebbe, in alcun modo, trascurare lo svolgimento di una significativa azione di riequilibrio (sull'esempio di quanto avvenuto in Germania dopo la caduta del muro di Berlino) resa possibile proprio dalla garanzia di uniformi livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, c. 2, lett. m), Cost.) e dallo svolgimento da parte dello Stato di significativi interventi perequativi (anche di tipo infrastrutturale) a favore dei territori con minore capacità fiscale per abitante (art. 119, c. 3, Cost.).

Nonostante il ripetuto richiamo nel d.d.l. n. 1665, qui in esame, dei suddetti principi

* Testo dell'audizione svolta il 4 marzo 2024 presso la Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati nell'ambito dell'esame, in referente, del disegno di legge C. 1665 Governo, approvato dal Senato, recante «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione».

** Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania Luigi Vanvitelli.

fondamentali, in quanto funzionali alla coesione economica, sociale e territoriale (art. 1, «Finalità», art. 2, n. 2, «Procedimento di approvazione delle intese tra Stato e Regione», ecc., ecc.), permangono insuperati dubbi di costituzionalità, per l'incertezza che persiste sui criteri da utilizzare per la definizione e soprattutto la quantificazione dei LEP rimessi, di fatto, a fonti governative (decreti delegati e D.P.C.M.) o, in caso di eccessivi ritardi, a Cabine di regia e a Commissari, sempre di nomina governativa, che verrebbe a mortificare oltre misura il ruolo riservato all'organo parlamentare, cui è attribuito in questa materia la potestà legislativa esclusiva (art. 117, c. 2, lett. m)).

Dall'insieme delle disposizioni contenute nell'articolato progettuale emerge una scarsa padronanza con le più elementari regole di alfabetizzazione costituzionale. Il che induce a fare nostre le preoccupazioni manifestate, pure in altri contesti, da due autorevoli giuristi, come Stefano Rodotà e Luigi Ferrajoli, che ricorrevano sovente a espressioni quali «derive decostituzionalizzanti» e «analfabetismo costituzionale», in presenza di un inaccettabile comportamento, tenuto da maggioranze politiche, incuranti dei bilanciamenti imposti dallo spartito costituzionale.

L'esperienza vissuta nel settore sanitario avrebbe dovuto, peraltro, rappresentare un utile esempio dei rischi che potrebbero derivare, pure riproducibili per il trasferimento di altre materie, da una eccessiva frammentazione tra le Regioni, in assenza di adeguati interventi di riequilibrio anche di tipo perequativo. Nonostante la previsione dei LEA già dal 2001 (d.P.C.M. 29 novembre 2001) e la successiva revisione del 2017 (d.P.C.M. 12 gennaio 2017), permangono profonde asimmetrie tra le Regioni proprio a causa di un insufficiente impiego di risorse (il 6,8% del Pil, per l'Italia, al di sotto della media Ocse e di quella europea dello 7,1%) e di una iniqua ripartizione del Fondo sanitario nazionale (nonostante il lieve incremento dello 0,75% del parametro della deprivazione sociale, recentemente introdotto). Soprattutto al Sud continuano, conseguentemente, ad emergere dati negativi per una maggiore mortalità infantile e minori speranze di vita in buona salute.

Una inadeguatezza infrastrutturale (ospedali non a norma, posti letto) e tecnologica, accompagnata da una minore percentuale (rispetto alla popolazione residente) di personale sanitario, sono state le principali cause dell'eccessivo allungamento delle liste d'attesa che hanno condotto alla rinuncia alle cure per ragioni economiche da parte dell'8,2 % dei nuclei familiari meridionali (a fronte del 4/6 % nel resto del Paese), della carenza di programmi di prevenzione (*screening* di massa) accanto ad una ininterrotta migrazione verso strutture pubbliche o private convenzionate del Centro/Nord soprattutto per la cura di malattie rare o particolarmente delicate

Altrettanto critica, in questa parte del Paese, è la rete di strutture assistenziali (consultori, *hospice*, RSA, case famiglia) che possa consentire, a conferma della simbiosi tra diritti prestazionali e diritti soggettivi, l'effettivo esercizio di scelte esistenziali, da parte della donna, del malato terminale, degli anziani, nel rispetto dei diritti di autodeterminazione

Nonostante il forte impulso offerto dalla giurisprudenza costituzionale per un'equa definizione e erogazione di livelli prestazionali uniformi in tutto il territorio nazionale, persistono ancora ingiustificati ritardi, solo in parte imputabili alle inefficienze amministrative riscontrate in alcune Regioni, pure costrette a severi piani di rientro e a opportuni commissariamenti, a cui una attuazione (con legge ordinaria) dell'art. 116, ult. c., Cost. dovrebbe porre rimedio e giammai provocare aggravii e peggioramenti delle aspettative sociali delle rispettive popolazioni.

Un eccessivo approfondimento degli ambiti di autonomia, seguendo il percorso previsto dall'art. 116, ult. c., Cost., potrebbe inesorabilmente condurre, se non accompagnato da presidi unificanti, ad uno svuotamento della previsione contenuta nell'art. 32 Cost. che riconosce alla Repubblica, nelle sue diverse articolazioni (dello Stato, delle Regioni e degli

enti locali) il compito di tutelare «la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività», oltre a garantire «cure gratuite agli indigenti».

Il pericolo di uno scivolamento di questo genere, non rispettoso della garanzia dell'unitarietà della Repubblica, sarebbe quello di approfondire una disarticolazione autonomistica che già oggi ha condotto a ventuno sistemi sanitari regionali che, soprattutto durante l'emergenza pandemica, hanno dato, in più di una occasione, pessima prova di funzionamento.

2. La funzionalizzazione dei LEP alla promozione della persona umana nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Qualunque approfondimento dell'autonomia regionale dovrebbe trarre insegnamento dagli indirizzi interpretativi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale. L'esigenza di assicurare «adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti», in quanto «strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana», nonostante la presenza di un «sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto», è stato infatti ripetutamente ribadito nelle pronunce del nostro giudice delle leggi (sentt. n. 88/2003 e n. 10/2020).

Per questo autorevole interprete della Costituzione, invero, rientra nei poteri dello Stato definire la «soglia di spesa costituzionalmente necessaria per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, nonché il 'nucleo invalicabile di garanzie minime'» che renderanno «effettivi tali diritti» (sentt. n. 220/2021, n. 62/2020 e n. 142/2021).

Il ritardo nella definizione dei LEP rappresenterebbe, per ciò stesso, «un ostacolo non solo alla piena attuazione dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali, ma anche al pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti sociali» (sent. n. 220/2021).

La garanzia, in ogni parte del territorio nazionale, di eguali livelli e standard «quantitativi e qualitativi delle singole prestazioni sanitarie [...], con carattere di generalità, a tutti gli aventi diritto» (sent. n. 231/2017) consentirà, per questo «custode» dei valori costituzionali, di scongiurare un assoggettamento dei soggetti ad un «regime di assistenza sanitaria inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato» (sent. n. 72/2020).

Da qui una «visione trascendente della garanzia dei LEA», cui perviene la Consulta, «che vede collocata al centro della tutela costituzionale la persona umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione della comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario» (sent. n. 62/2020).

Tale garanzia, da assicurare su tutto il territorio nazionale in modo «uniforme, appropriato e tempestivo, mediante una regolamentazione coerente e congrua rispetto allo scopo» (sent. n. 10/2020), e senza «discriminazione alcuna tra le Regioni» (sent. n. 22/2022), rappresenta una precondizione per qualunque devoluzione del sistema delle autonomie, certamente non derogabile né dalla legge, che deriverà dal d.d.l. in esame, e tanto meno dalle successive leggi rinforzate (ex art. 116, ult. c.) di approvazione delle intese che interverranno tra il Governo e le Regioni richiedenti una maggiore autonomia.

La necessaria uniformità della previsione dei LEP, indipendentemente dal luogo di residenza dell'interessato, non potrebbe tuttavia impedire alle Regioni più virtuose, in considerazione dei vantaggi assicurati dall'efficienza amministrativa o da un incremento delle imposte, di garantire «livelli aggiuntivi» (sent. n. 91/2020) attraverso l'erogazione di prestazioni «ampliative rispetto a quelle previste dallo Stato» (sent. n. 161/2022).

Nel rispetto del «limite» invalicabile rappresentato dalla «prestazione essenziale da assicurare su tutto il territorio dello Stato», grazie all'«azione trasversale della normativa statale», la Regione potrà, per così dire, riappropriarsi della «generale competenza [...] sulla materia, residuale, oggetto di disciplina (sent. n. 222/2013)» (sent. n. 91/2020), a condizione di non

trovarsi «in costanza del piano di rientro» che precluderebbe la possibilità per questi enti di «erogare prestazioni ‘non obbligatorie’» (sent. n. 190/2022 e sent. n. 161/2022), «posto che un impiego di risorse per prestazioni ‘non essenziali’ verrebbe a ridurre corrispondentemente le risorse per quelle essenziali» (sent. n. 190/2022).

3. La difficoltosa definizione e quantificazione dei LEP. La previsione (alquanto ardita e illusoria, in considerazione di una difficile contingenza economia del Paese) di una individuazione dei LEP in un breve lasso di tempo (ventiquattro mesi dall'entrata in vigore della legge, ex art. 3, n. 1) - che non impedirebbe, tuttavia, il trasferimento (in aggiunta alle materie «non LEP») delle materie per le quali, a legislazione vigente, siano stati già definiti i LEP - determina fondate preoccupazioni laddove non fosse in grado di rimuovere il ricorso alla «spesa storica», assolutamente penalizzante per le Regioni meridionali.

In presenza di un elevato deficit e debito pubblico cui è soggetto il nostro Paese, tra i più elevati in Europa, e dell'imminente ripristino delle strettoie del patto di stabilità, appare assai ardua la definizione dei LEP, come auspicata dal d.d.l. n. 1665 (nell' art. 3, n. 1, e pure ribadita negli artt. 1, n. 2 e 4, n. 1), entro il suddetto termine ravvicinato, nel rispetto dei principi e criteri direttivi di cui all'art. 1, cc. da 791 a 801-*bis*, l. n. 197/2022.

A ciò si aggiunga la difficoltà di poter colmare, in tempi altrettanto rapidi, i profondi divari interterritoriali, soprattutto di tipo infrastrutturale, attraverso la realizzazione di efficaci interventi perequativi verso cui pure mira il d.d.l. Calderoli (negli artt. 9, n. 3, ult. alinea e 10), a seguito del recente defianziamento delle politiche nazionali perequative originariamente destinate a Regioni prive di servizi minimi (per strade, ospedali, scuole, ecc.) che viene, peraltro, a vanificare le numerose sollecitazioni europee a favore della crescita dei territori più svantaggiati.

Ancora una volta l'esperienza vissuta in sanità dovrebbe dimostrare la difficoltà di perseguire un obiettivo che richiede lunghi tempi per la sua realizzazione. Nonostante la previsione, contenuta nella l. n. 412/1991, di una definizione dei LEA entro un anno dalla sua entrata in vigore, solo nel 2001 furono finalmente varati, ricorrendo peraltro a parametri che, come abbiamo già detto, sono ancora oggi contestati da alcune Regioni meridionali per mettere in discussione il principio dell'universalismo assistenziale. Si aggiunga poi, come ulteriore aggravante, che il d.lgs. n. 68/2011, sui costi e fabbisogni standard in sanità, attuativo della delega contenuta nella l.vn. 42/2009, sul federalismo fiscale, rimane ancora per gran parte sulla carta.

4. I dubbi avanzati dalla Commissione Cassese sulla possibile ricognizione delle materie LEP dotate di copertura finanziaria. La richiesta rivolta alla Commissione Cassese (CLEP) di effettuare una ricognizione, a legislazione vigente, delle materie (sia LEP che «non LEP») immediatamente trasferibili, per godere già di copertura finanziaria, nel rispetto del vincolo dell'art. 81, c. 3, Cost., ha condotto a risultati pure definiti (Ignazio Visco, ex Governatore della Banca d'Italia) assai deludenti, considerato che «le prestazioni qualificate come LEP effettivi [...] sono nella maggior parte formulate in termini troppo generici, in buona parte riconducibili a mere dichiarazioni di principio».

Analoghe perplessità sono state pure espresse dall'Ufficio parlamentare di bilancio che rilevava la difficoltà di estrapolare i LEP da questa legislazione statale.

Di tale problematicità ne è stata consapevole la stessa CLEP al punto da indurla ad associare i LEP, così individuati a bocce ferme, ad una molteplicità di criteri (di tipo organizzativo e programmatico, con riguardo alle modalità di accesso e presa in carico, alla individuazione dei beneficiari) che vanno oltre la determinazione delle prestazioni.

La difficoltà di delineare, in modo inequivocabile ed esaustivo, la dimensione già conosciuta

dei LEP, per lo più informati al meccanismo della spesa storica, ha condotto la stessa Commissione a rimettere «al decisore politico la responsabilità di questa definizione» da cui potrebbero «discendere conseguenze per la finanza pubblica», accanto a «conseguenze redistributive».

5. Il problematico riequilibrio tra i territori in presenza della clausola di invarianza dei saldi di bilancio. L'obiettivo perseguito dal d.d.l. n. 1665 di definire i LEP entro il termine di ventiquattro mesi, cui dovrebbero aggiungersi investimenti di tipo perequativo, appare ancor più velleitario non potendo derivare, dall'applicazione della legge in preparazione «e di ciascuna intesa [...], nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica».

In presenza di una clausola di invarianza finanziaria che non potrà condurre a svuotamenti dei saldi di bilancio programmati, l'esigenza di incrementare una spesa storica considerata eccessivamente bassa costringerebbe l'esecutivo a finanziare i LEP attraverso i tagli di altre voci di spesa (per la giustizia, la sicurezza e l'ordine pubblico, la difesa, ecc.), mediante aumenti delle entrate, incrementando l'aliquota dei tributi erariali, ovvero la riduzione dei trasferimenti già effettuati alle Regioni la cui spesa storica risultasse eccedente a quanto necessario per soddisfare i fabbisogni delle rispettive collettività.

Il pericolo che si cela dietro questa previsione, a costo zero, di una rapida individuazione dei livelli prestazionali, secondo l'applicazione di costi e fabbisogni standard, cui si vorrebbe accompagnare una azione di riequilibrio perequativo a favore dei territori più in ritardo, è quello di dare attuazione a una riforma autonomistica che, nonostante (o proprio per) l'ambizioso progetto, sarà costretta a conservare il criterio della spesa storica, con l'effetto di cristallizzare le disuguaglianze ancora esistenti nel Paese.

Ulteriori perplessità nella procedura delineata, che finirebbero per mettere fuori gioco il Parlamento, sono provocate dalla previsione nel d.d.l. Calderoli del periodico aggiornamento dei LEP attraverso d.P.C.M. (art. 3, n. 7), sia pure a seguito dell'entrata in vigore delle leggi di spesa.

In attesa poi dei decreti legislativi, cui spetterà la determinazione dei livelli prestazionali, è poi consentita la loro anticipazione sempre mediante d.P.C.M. predisposti da una Cabina di regia, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (ex art. 1, c. 792, l. n. 197/2022, cui rinvia l'art. 3, n. 9 del d.d.l.). In caso di ritardo (per il trascorrere del termine dei sei mesi) nella conclusione dei lavori della Cabina, il Presidente del Consiglio e il Ministro per gli affari regionali, d'intesa con il Ministro dell'economia e delle finanze, nomineranno un Commissario (art. 1, c. 797, l. n. 197/2022) per consentire il completamento delle attività non perfezionate.

In deroga a quanto disposto dall'art. 117, c. 2, Cost., che rimette ad una legge statale la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, tale delicato compito sarebbe, perciò, realizzato attraverso il ricorso a fonti governative quali il decreto legislativo (cui seguirà il d.P.C.M.) ovvero, in caso di ritardo, il d.P.C.M. stesso che sarà, in seguito, recepito proprio dall'atto avente forza di legge.

La garanzia, rappresentata dalla delega legislativa, contenuta nell'art. 3, n. 1 del d.d.l. in esame, e quindi dall'intervento dell'organo della rappresentanza politica, appare tuttavia vanificata dalla estrema genericità dei principi e criteri direttivi ricavabili, in virtù del rinvio, dall'art. 1, commi da 791 a 801-*bis*, legge di bilancio per il 2003 (n. 197/2022).

A rendere ancora più incerta e logicamente incomprensibile la procedura delineata nel d.d.l. Calderoli è la circostanza che una successiva legge rinforzata (di approvazione dell'intesa tra Governo e Regione richiedente una maggiore autonomia, ex art. 116, c. 2, Cost.), che farà seguito a questa sequenza di atti normativi dell'esecutivo (d.lsg, d.P.C.M.) con cui sono stati

individuati i LEP, potrebbe, nel pieno rispetto del criterio gerarchico, rivedere il contenuto già introdotto da queste fonti ad essa subordinate.

Questa sovrapposizione di fonti gerarchicamente differenti, accompagnata da un intreccio (reso possibile dal rinvio del d.d.l. n. 1665 alla precedente legge di bilancio per il 2023) tra disposizioni normative che si succedono nel tempo, se è in grado di mettere a dura prova l'interprete del diritto, nonostante questi sia dotato di adeguata alfabetizzazione giuridica, provocherà senza alcun dubbio sconcerto per il *quisque de populo* (il vero destinatario degli effetti prodotti da questi atti) costretto a districarsi in una giungla di testi normativi alquanto oscuri che, al contrario, dovrebbero essere ampiamente comprensibili.

6. L'indeterminatezza della compartecipazione al gettito di uno o più tributi erariali maturati nel territorio regionale. L'indeterminatezza nel d.d.l. Calderoli (art. 5, n. 2) della aliquota di compartecipazione al gettito di uno o più tributi erariali, maturato nel territorio regionale, di fatto rimette questo compito all'intesa che dovrà intervenire tra il Governo e la Regione interessata a ottenere una maggiore autonomia, con l'effetto di far perdere di vista una visione unitaria della materia.

La specificità dei diversi accordi che saranno in questo modo sottoscritti, per riferirsi alle peculiarità socio/economiche delle singole realtà locali, sarebbe certamente di ostacolo al raggiungimento da parte delle leggi rinforzate di approvazione degli stessi (ex art. 116, ult. c., Cost.) di una prospettiva più ampia, estesa all'intero territorio nazionale, delle conseguenze che ne potrebbero derivare anche nelle Regioni non richiedenti una maggiore autonomia e, più in generale, per le dinamiche socio/economiche dell'intera nazione.

La stessa Commissione Cassese (Sottogruppo n. 1, Rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni, Commercio con l'estero) ha evidenziato che il d.d.l. Calderoli «non chiarisce i meccanismi» per la definizione negli «anni successivi» della percentuale di compartecipazione, con l'effetto «da un lato che le risorse si rivelino insufficienti o dall'altro di disporre di risorse addizionali, in entrambi i casi con un aggravamento degli oneri a carico del bilancio dello Stato».

Una volta fissata la suddetta aliquota, sulla base dell'intesa, in caso di variazione dell'andamento del gettito dei tributi, anche in considerazione delle variazioni del ciclo economico e delle finanze, sarà sempre possibile una sua riformulazione, per una percentuale per ora indeterminata, da parte del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per gli affari regionali, previa intesa in sede di Conferenza unificata adottata su proposta della Commissione paritetica (art. 8, n. 2 del d.d.l. Calderoli).

Una differente capacità fiscale delle Regioni finirebbe, in questo modo, per avvantaggiare soprattutto quelle più ricche le quali potrebbero assicurare, introducendo lievi incrementi dei tributi regionalizzati (attraverso, ad esempio, le addizionali IRPEF), una migliore erogazione dei servizi pubblici essenziali, rispetto a quanto sarà invece possibile per quegli altri enti territoriali, dotati di minore capacità fiscale per abitante, costretti, per conseguire gli stessi effetti, a prevedere maggiorazioni impopolari, difficilmente sopportabili dai propri contribuenti.

Si aggiunga poi che, qualora il gettito del tributo dovesse superare l'aliquota di compartecipazione precedentemente fissata, all'interno dell'intesa tra Governo e Regione, per consentire il finanziamento dei LEP, verrebbe meno, in assenza di una specifica previsione dell'evento (non considerato dal d.d.l. in esame), il dovere di trasferire al bilancio dello Stato la quota dovuta all'incremento della base imponibile per consentire, a fini redistributivi, il finanziamento dei LEP nelle Regioni più bisognose.

L'attribuzione ad un d.P.C.M. del compito di stabilire, tra l'altro, i criteri per l'individuazione dei beni e delle risorse finanziarie necessarie per l'esercizio da parte della Regione di ulteriori

condizioni e forme particolari di autonomia, a seguito di una proposta avanzata da una Commissione paritetica Stato/Regione/Autonomie locali (come disciplinata all'interno dell'intesa Governo/Regione, ex art. 5, n. 1 del d.d.l.), potrebbe rappresentare, in assenza di una previa definizione dell'aliquota di compartecipazione, motivo di ulteriore approfondimento del divario tra le Regioni.

Perdurando una inadeguata visione unitaria della finanza pubblica, la SVIMEZ ha stimato che, qualora fossero state approvate le pre-intese sottoscritte dal Governo Gentiloni (2018), ne sarebbe derivato un «surplus a favore delle tre Regioni» interessate (Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna), che godono di un gettito fiscale certamente superiore alla media nazionale, «compreso tra i sei e i nove miliardi».

Questo considerevole vantaggio economico, pure in una certa misura consentito da leggi costituzionali alle Regioni ad autonomia speciale, sarebbe invece oggi riconosciuto, attraverso una mera legge ordinaria, anche alle Regioni a Statuto ordinario che avessero avuto accesso, a seguito di una intesa con il Governo, a una condizione di maggiore autonomia.

Una possibile alterazione degli equilibri della finanza pubblica, conseguenza di una difettosa distribuzione della ricchezza, avrebbe l'effetto di incidere, volendo riprendere una suggestione ricavata dalla giurisprudenza costituzionale (sent. n. 118/2015), «sui legami di solidarietà tra la popolazione regionale e il resto della Repubblica» oltre che su «alcuni elementi strutturali del sistema nazionale di programmazione finanziaria, indispensabile a garantirne la coesione e la solidarietà all'interno della Repubblica, nonché l'unità giuridica ed economica di quest'ultima».

Ad ulteriore conferma di questo indirizzo, in una recentissima pronuncia (sent. n. 27/2024, redattore Luca Antonini) questo giudice, invero, ha voluto ribadire che un eventuale trattenimento, da parte della Regione (sia pure ad autonomia speciale), di significative quote di imposte erariali potrebbe condurre ad un inaccettabile deterioramento del «rapporto tra principio unitario e principio autonomistico (art. 5 Cost.) in grado di «mettere in crisi le stesse istanze di solidarietà e di eguaglianza del disegno costituzionale, tralasciando le esigenze di perequazione in favore delle aree più svantaggiate del Paese».

7. Il ricorso allo strumento di democrazia diretta o alla via giudiziaria per far valere i diritti negati dalla legge. Un approfondimento delle autonomie territoriali, poco attento alle conseguenze di tipo sociale che ne potrebbero derivare, rappresenterebbe un tradimento degli intenti perseguiti dal Costituente il quale, lungi dal consentire asimmetrie divisive e discriminanti, intendeva conferire all'istituto regionale proprio il compito di contribuire alla risoluzione della mai risolta questione meridionale.

Nei vari interventi svolti in quella occasione (on.le Umberto Nobile, on.le Fiorentino Sullo) emerse, infatti, l'esigenza di una opportuna redistribuzione della ricchezza tra i territori, attraverso il conferimento alle Regioni più bisognose delle necessarie risorse, anche attraverso la creazione di un «fondo di solidarietà», per permettere loro di svolgere le essenziali funzioni e porre rimedio a uno «stato di inferiorità» e, in direzione più ampia, ad una «condizione di arretratezza del Mezzogiorno».

In presenza di una legge ordinaria che intendesse invece dare attuazione alla previsione contenuta nell'ult. c. dell'art. 116 Cost. senza curarsi del suo impatto sui principi di fondo contenuti nella nostra Costituzione, nel significato oggi offerto dalla stessa giurisprudenza costituzionale, il nostro sistema ordinamentale contempla la possibilità di attivare efficaci rimedi per reagire alle eventuali illegittimità, e far valere le prerogative o i diritti negati, quali possono essere la consultazione referendaria ovvero il ricorso al giudice, sia costituzionale che di merito.

La possibile, ma non così scontata, assimilazione della legge per l'attuazione dell'autonomia

differenziata alla categoria delle leggi «a copertura costituzionale» ovvero di quelle «a contenuto costituzionalmente vincolato» (M. Ainis), da cui potrebbe derivare una pronuncia di inammissibilità del referendum abrogativo o dello stesso giudizio in via principale, non precluderebbe la possibilità di intentare la strada di una abrogazione o di un annullamento parziale della medesima fonte.

A ridurre le potenzialità dello strumento disciplinato dall'art. 75 Cost. potrebbe anche aggiungersi (M. Villone) il collegamento della suddetta legge ordinaria con la legge di bilancio 2023 in grado di precluderne partimenti l'ammissibilità.

Ciò nonostante, una difettosa regolamentazione dei criteri di identificazione e quantificazione dei LEP o della stessa compartecipazione al gettito di uno o più tributi erariali maturati nel territorio regionale, in grado di penalizzare la propria popolazione, potrebbe certamente giustificare il ricorso a tutte le suddette strade volte ad abrogare o ad annullare alcune delle disposizioni legislative incriminate, in modo da espungerle dall'ordinamento giuridico. L'invasione con atto amministrativo (come il d.P.C.M.) delle prerogative costituzionali attribuite alle Regioni potrebbe, altresì, giustificare l'avvio di un conflitto di attribuzioni nei confronti dello Stato.

Più agevole sarebbe invece la strada del ricorso in via d'azione intentato da quelle Regioni che si dovessero ritenere danneggiate, soprattutto dal punto di vista finanziario, dalla disciplina contenuta in una legge statale rinforzata (di cui all'ult. c. dell'art. 116 Cost.) di approvazione dell'intesa tra Governo e Regione che abbia richiesto una maggiore autonomia. Non meno peregrina sarebbe la possibilità da parte di ciascun individuo di rivolgersi ad un giudice ordinario o amministrativo per far valere i propri diritti che fossero stati pregiudicati da una legge, di cui si potrebbe proporre il sindacato di costituzionalità in via incidentale, o da un d.P.C.M., al fine di chiederne l'annullamento.

Al di là di un mero esercizio di natura teorica sulle possibili strade da percorrere per ristabilire le competenze pregiudicate o per far valere i diritti di rilievo costituzionale ingiustamente violati, la questione qui analizzata dimostra ancora una volta come in presenza delle frequenti inerzie del legislatore o, come nel caso in esame, di inapproprietezze del materiale normativo da questi prodotto, l'unica strada che si offre, per ristabilire l'ordine costituzionale, è proprio quella di tipo giurisdizionale, nonostante le preoccupazioni, da più parti avanzare in altre occasioni, nei confronti dell'esercizio di un potere suppletivo di questa portata.

Da qui l'esigenza che il Parlamento si riappropri al più presto di quella alfabetizzazione, nel senso di cultura costituzionale, da cui siamo partiti, per evitare che il giudice sia costretto, a seconda dei casi, a riempire i vuoti normativi ovvero a rimuovere dall'ordinamento giuridico leggi di discutibile fattura come quella qui in esame.

POTERI D'INDIRIZZO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO E LEALE COLLABORAZIONE. QUALI PROSPETTIVE PER I RAPPORTI INTERNI ED ESTERNI DEL VERTICE MONOCRATICO DELL'ESECUTIVO?*

di Luca Dell'Atti**

Sommario. 1. Introduzione. La direttiva della presidente del Consiglio 23 ottobre 2023. – 2. Il potere d'indirizzo del presidente del Consiglio fra organizzazione costituzionale dei rapporti endogovernativi ed effettività della *leadership* politica fra guida e mediazione. – 3. Leale collaborazione e deflazione del contenzioso costituzionale: il ruolo delle relazioni intergovernative nell'esercizio della funzione legislativa. – 4. Uno sguardo in prospettiva: relazioni intergovernative e legittimazione dei leader fra autonomia differenziata ed elezione diretta del presidente del Consiglio.

318

1. Introduzione. La direttiva della presidente del Consiglio 23 ottobre 2023. La direttiva della presidente del Consiglio 23 ottobre 2023 (G.U. 250 del 25 ottobre 2023) ha razionalizzato l'attività istruttoria del Governo finalizzata all'esame delle leggi regionali allo scopo di evitarne l'impugnativa statale mediante preventivi negoziati con la Regione interessata tesi all'assunzione, da parte di questa, di impegni relativi alla modifica delle normative ritenute incostituzionali. In particolare, il principale obiettivo della direttiva è, secondo l'art. 2, lett. b), quello di «creare le condizioni per sciogliere, ove possibile, i dubbi di legittimità costituzionale delle leggi regionali e provinciali attraverso forme di coordinamento tra lo Stato e la regione o la provincia autonoma e, qualora ciò non risulti possibile, assicurare un tempo adeguato al fine di consentire un confronto politico con la regione o la provincia autonoma interessata. Tale confronto dovrebbe mirare a individuare soluzioni conciliative, da concretizzarsi con un impegno, da parte regionale o provinciale, ad apportare le modifiche normative necessarie a ricondurre la legislazione regionale o provinciale a conformità con il quadro costituzionale con la sollecitudine resa indispensabile dall'esigenza di evitare che, nel frattempo, abbiano a prodursi effetti non conformi con il predetto».

A questi fini, la direttiva predispone un dettagliato procedimento che prevede, in estrema sintesi: l'analisi della legislazione regionale da parte di ciascun ministero, la segnalazione al Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie delle ipotesi di presunta incostituzionalità; la deliberazione del Consiglio dei ministri; l'avvio dei relativi negoziati con la Regione interessata; l'eventuale impegno di questa (sottoscritto dal relativo presidente) a riportare la normativa censurata in coerenza con la Costituzione. Questo iter è sottoposto a una tabella di marcia piuttosto serrata, necessaria a evitare che, nelle more del suo svolgimento, spiri il termine di cui all'art. 127 Cost. per impugnare la legge regionale avanti la Corte costituzionale.

Con la citata direttiva, dunque, è stato esercitato il potere, spettante al presidente del Consiglio *ex art.* 95, c. 1 Cost., di mantenere l'unità dell'indirizzo politico e amministrativo attraverso la promozione e il coordinamento dell'attività dei ministri. L'invito a ciascun

* Sottoposto a referendum.

** Ricercatore di Diritto costituzionale – Università di Bari Aldo Moro.

ministro di attivarsi per individuare strutture e personale competenti a svolgere la relativa istruttoria è il punto di partenza del procedimento, necessario a farlo operare in concreto. Vengono, inoltre, valorizzati il ruolo di coordinamento del Dipartimento (e, per estensione, del ministro) per gli affari regionali e il ruolo decisivo del Consiglio dei ministri, cui comunque spetta la formale deliberazione sul ricorso alla Corte costituzionale.

Fra i vari profili d'interesse per la costituzionalistica dettati dalla direttiva, se ne affrontano in questa sede due. Il primo (di cui si discorre nel §2) riguarda il potere d'indirizzo del presidente del Consiglio, funzionale all'unificazione delle molteplici e differenziate forme di responsabilità politica assunte dai ministri, nonché, dunque, alla centralità del principio collegiale nell'organizzazione endogovernativa. Il secondo (cui è dedicato il §3) attiene alla dinamica prevalentemente informale e intergovernativa della leale collaborazione, qui intesa come insieme di moduli di condotta utili a scansare il contenzioso costituzionale. Poiché la sostanza dei rapporti Stato-Regioni si svolge, in larghissima parte, attraverso canali intergovernativi, torna in rilievo la posizione costituzionale dell'organo presidente del Consiglio. L'analisi della direttiva, dunque, è invero occasione per muovere considerazioni più profonde, legate al contesto ove essa è destinata a muoversi, vale a dire la trama di relazioni endogovernative e intergovernative che attraversa l'organo presidente del Consiglio. Del possibile impatto su questa trama relazionale dell'attuazione dell'autonomia differenziata e della riforma costituzionale del "premierato elettivo" si discute, infine, nell'ultimo paragrafo.

2. Il potere d'indirizzo del presidente del Consiglio fra organizzazione costituzionale dei rapporti endogovernativi ed effettività della leadership politica fra guida e mediazione. Tradizionalmente, il Governo della Repubblica è descritto in dottrina come organo complesso, poiché, seguendo l'art. 92, c. 1, Cost., strutturato in diversi organi (ministri, presidente del Consiglio e Consiglio dei ministri), il terzo dei quali consiste nella riunione dei primi due. Tale complessità, tuttavia, emerge più che sul piano della sua struttura interna su quello dei rapporti fra gli organi che lo compongono, vale a dire il fluido e non sempre lineare intreccio dei tre principi che, cennati all'art. 95 Cost. e più puntualmente disciplinati dalla l. n. 400/1988, ne presiedono al funzionamento: monocratico, collegiale e individuale. Il primo riguarda l'area di responsabilità autonoma del presidente del Consiglio, il secondo le funzioni di spettanza consiliare, il terzo la sfera di responsabilità di ciascun ministro quale vertice politico del dicastero cui è preposto.

Circa le modalità di accomodamento dei tre principi fra loro, con speciale riguardo al rapporto di autonomia o strumentalità fra principio monocratico e collegiale, non v'è concordia in dottrina: parte di essa evidenzia la natura eminentemente funzionale del primo rispetto al secondo¹, mentre altra la specificità e peculiarità del ruolo di impulso delle funzioni

¹ È la posizione maggioritaria, espressa con tempi e tonalità diversi: risalentemente v. F. Cuocolo, *Il Governo nel vigente ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1959; G. Ferrara, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973; P.A. Capotosti, *Accordi di governo e Presidente del Consiglio dei ministri*, Milano, 1975; A. Ruggeri, *Il Consiglio dei ministri nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1981. Recentemente, pur dando atto dell'inspessimento dei poteri monocratici del presidente del Consiglio, I. Ciolli, *La questione del vertice di Palazzo Chigi*, Napoli, 2018; A. Pajno, *Le leggi di riforma e la riforma della presidenza*, in S. Cassese, A. Melloni, A. Pajno (a cura di), *I presidenti e la Presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2022, 4279 ss. Fra gli elementi cui diversa dottrina fa riferimento per motivare l'irrobustimento del ruolo del presidente del Consiglio, specialmente nei confronti dei ministri, è la sempre maggiore incidenza dell'assetto sovranazionale dell'Ue sulla forma di governo interna: cfr. N. Lupo, *Gli interlocutori europei, nel processo di integrazione europea e nei meccanismi di governo dell'Unione*, in S. Cassese, A. Melloni,

presidenziali di promozione dell'attività dei ministri².

Le due diverse ricostruzioni rispondono, in linea di massima, alle due ipotizzabili configurazioni del ruolo del presidente del Consiglio, inteso come «mediatore» o come «guida»³. La prima delle richiamate opinioni sembra, tuttavia, la più logica, poiché restituisce un'immagine complessiva del funzionamento del Governo ove l'allocazione delle varie attribuzioni e le loro sovrapposizioni garantiscono l'ordinato operare dell'organo nel suo complesso: se fra principio collegiale e individuale esiste un rapporto chiaramente gerarchico, dovendo ciascun ministro, nell'esercizio delle sue funzioni direttive del relativo dicastero, aderire agli indirizzi contenuti nella politica generale del Governo di spettanza consiliare, il rapporto fra principi collegiale e monocratico sembra piuttosto atteggiarsi in termini di strumentalità. È, infatti, proprio il potere presidenziale di promuovere e coordinare l'attività dei ministri per mantenere l'unità dell'indirizzo governativo a rendere effettiva la centralità del principio collegiale. Sarebbe questa, in definitiva, l'autentica sostanza della funzione di direzione della politica generale del Governo che l'art. 95, c. 1, Cost. attribuisce al presidente del Consiglio.

Proprio perciò, è certo e in dottrina pacifico che sia data una qualche differenza fra il presidente del Consiglio e gli altri componenti il collegio, normalmente argomentata sulle diversità che ne descrivono l'assunzione della carica e la sua cessazione: il procedimento di formazione del Governo – seguendo le regole scritte e non scritte che lo disciplinano – scandisce due distinti momenti (e atti) per la nomina, da parte del capo dello Stato, del presidente del Consiglio e dei ministri, la quale seconda è mediata dal potere di proposta spettante al presidente del Consiglio; le dimissioni del presidente del Consiglio, poi, determinano la caduta dell'intero Governo e, dunque, di ciascun suo componente, siano esse doverose, in quanto determinate da un atto parlamentare che dia atto dell'assenza del rapporto di fiducia, o discrezionali, conseguenti all'informale constatazione del venire meno della maggioranza.

Al presidente del Consiglio difetta, come noto, il potere di nominare direttamente i ministri, nonché, anche indirettamente, quello di revocarli, poteri che invece spettano al primo ministro di altri e più razionalizzati sistemi parlamentari. Egli, d'altra parte, è in grado di condizionarne l'assunzione dell'ufficio, sebbene il potere di nomina spettante al capo dello Stato abbia in diverse occasioni dimostrato di non essere meramente rituale⁴, e la relativa perdita, sebbene solo tramite il drastico e suicida atto della rimessione del mandato.

Tali circostanze, insomma, non fanno del presidente del Consiglio un superiore gerarchico dei ministri ma rimettono l'effettiva sua capacità di incidenza nelle scelte di cui si tratta a elementi congiunturali prevalentemente dipendenti dal contesto politico in cui il presidente di turno si trova a operare. A titolo esemplificativo, si può richiamare la circostanza in cui il

A. Pajno, op. ult. cit., 6471 ss.; L. Cappuccio, *Forma di governo italiana ed integrazione europea: il progressivo rafforzamento del governo*, in questa *Rivista*, 1, 2020.

² Così A. Manzella, *Il Presidente che "promuove" (art. 95, primo comma, Cost.)*, in AA.VV., *La Presidenza del Consiglio dei Ministri a trent'anni dalla legge n. 400/1988*, Presidenza del Consiglio dei Ministri. Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 2020, 28 ss.

³ Si tratta di un'oscillazione tipica. Torna molto recentemente a discuterne F. Clementi, *Il Presidente del Consiglio dei ministri. Mediatore o decisore?*, Bologna, 2023.

⁴ Il riferimento è ai noti casi di rifiuto del capo dello Stato di nominare un ministro proposto dal presidente del Consiglio incaricato. Fra essi, la più recente e significativa per le sue peculiarità, è il rifiuto del presidente Mattarella di nominare il prof. Savona ministro dell'economia e delle finanze del governo Conte I, sulle cui particolarità si è scritto molto. Fra i vari, v. A. Morelli (a cura di), *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte*, Napoli, 2018.

presidente sia il *leader* riconosciuto della coalizione di governo, che allora sarà verosimilmente stabile e abbastanza coesa, ovvero la diversa circostanza in cui sia scelto dai partiti all'esito di complesse mediazioni post-elettorali per garantire i reciproci equilibri interni, come nel caso di una coalizione estemporanea⁵.

È coerente con (e conseguente a) quest'ordine delle cose che al presidente del Consiglio difetti altresì un potere direttivo in senso tecnico, cioè consistente nella facoltà di impartire ai ministri ordini giuridicamente vincolanti tipici del rapporto gerarchico che connota i rapporti interni alla pubblica amministrazione. Secondo la dottrina, infatti, il presidente del Consiglio è titolare del potere di direttiva mediante cui esercita la funzione di direzione della politica generale del Governo, che, tuttavia, è privo di giuridica vincolatività⁶. Allo stesso tempo, egli sarà però in grado di imporsi sui ministri per ragioni di solidità della *leadership* (come nei governi politici incentrati su di un partito guida) e/o di particolare autorevolezza (come dei governi tecnici).

In ogni caso, di nuovo, la possibilità di effettivo condizionamento delle attività ministeriali da parte del presidente del Consiglio dipendono dalla capacità di questo di farsi perno di sintesi del sistema. E questa capacità —s'intenda— assai di rado dipende da caratteri personali di chi occupa *pro tempore* la carica⁷, ma è più spesso condizionata dalle caratteristiche del sistema politico, con speciale riguardo alla stabilità o meno di certe convenzioni, che, create e rispettate dai partiti, integrano il paradigma delle norme giuridiche scritte e consuetudinarie⁸. Così erano quelle legate alla centralità della Dc e alla *conventio ad excludendum* nei confronti del Pci nella cd. prima Repubblica e quelle legate al bipolarismo dell'alternanza nella cd. seconda Repubblica. Si trattava, in entrambe le esperienze, di *asset* convenzionali in grado di incidere sulle forme di legittimazione del presidente del Consiglio, proveniente dalla Dc e non coincidente col suo segretario sino all'avvento degli anni '80, coincidente col capo della coalizione che aveva «vinto» le elezioni a partire dagli anni 2000. Pur con queste rilevanti diversità, a intermediare l'espressione elettorale con la selezione della persona chiamata a guidare il gabinetto, ha sempre operato l'accordo fra partiti (pre o post elettorale che fosse), cosicché la dimensione partitico/rappresentativa del sistema politico-costituzionale è sempre stata determinante per le vicende del vertice dell'esecutivo e, dunque, per i destini dell'esecutivo stesso. Insomma, il rapporto che formalmente intercorre fra i tre principi che regolano il funzionamento interno dell'organo Governo trova il suo versante sostanziale nel rapporto fra presidente del Consiglio e partiti di governo.

Tanto doverosamente ricostruito, può ora inquadrarsi la direttiva 23 ottobre 2023 nell'ambito delle attribuzioni spettanti al presidente del Consiglio a norma di legge e Costituzione, anche in considerazione delle disposizioni richiamate nel preambolo della direttiva, fra cui meritano di essere menzionati: gli artt. 95, c. 1, 123, c. 2 e 127, c. 1, Cost.; gli artt. 2 e 5, l. n. 400/1988;

⁵ Molte le ricostruzioni sul profilo pratico-sostanziale di funzionalità del nostro sistema costituzionale. Per la completezza e l'ampio tributo alle vicende politiche si rinvia a S. Merlini, G. Tarli Barbieri, *Il governo parlamentare in Italia*, Torino, II ed., 2017.

⁶ Fra i molti, v. E. Catelani, *Art. 95*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. II, 1836 ss.; R. Cherchi, *L'esecutivo tra effettività costituzionale e revisione costituzionale: verso la "presidenzializzazione" del Governo?*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, 3, 135 ss.

⁷ Eppure, in dottrina si è sostenuto che gli "*accidents of personality*" sarebbero determinanti nello studio effettivo degli organi monocratici: cfr. A. Spadaro, *L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 17 settembre 2018.

⁸ Sulla loro rilevanza S. Staiano, *La forma di governo nella Costituzione come norma e come processo*, in F. Musella (a cura di), *Il governo in Italia*, Bologna, 2019, 30 ss.

la l. n. 87/1953.

Scandagliando le citate disposizioni della l. n. 400/1988, relative al riparto di competenze interne fra Consiglio dei ministri e presidente del Consiglio, è possibile individuare diverse attribuzioni rilevanti per il caso esaminato: fra quelle consiliari, viene in rilievo l'art. 2, c. 3, lett. d), che sottopone alla deliberazione del Consiglio «gli atti di sua competenza previsti dall'art. 127 Cost. e dagli statuti regionali speciali in ordine alle leggi regionali e delle province autonome di Trento e Bolzano», vale a dire gli atti relativi al potere governativo di ricorrere in via principale alla Corte costituzionale per attivarne il sindacato di costituzionalità. Con riguardo, invece, all'art. 5, sembrano venire in rilievo le disposizioni secondo cui il presidente del Consiglio «esercita le attribuzioni di cui alla legge 11 marzo 1953, n. 87» (c. 1, lett. f)), «indirizza ai ministri le direttive politiche ed amministrative in attuazione delle deliberazioni del Consiglio dei ministri» (c. 2, lett. a)), «promuove e coordina l'azione del Governo per quanto attiene ai rapporti con le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano» (c. 3, lett. b)).

È opportuno segnalare che l'art. 5, l. n. 400/1988 classifica le attribuzioni presidenziali in tre categorie: quelle di cui al c. 1, esercitate «a nome del Governo», quelle di cui al c. 2, esercitate «ai sensi dell'articolo 95, primo comma, della Costituzione», quelle di cui al c. 3, esercitate «direttamente o conferendone delega ad un ministro». Dunque, il primo comma riguarda le funzioni che il presidente svolge quale rappresentante formale dell'esecutivo, esternando l'esito di deliberazioni consiliari e curandone i relativi adempimenti; si tratta, perciò, di attribuzioni strettamente funzionali a rendere concreto ed effettivo il *decisum* collegiale. Il secondo comma riguarda la sfera di responsabilità propria del presidente del Consiglio inteso quale direttore della politica generale del Governo. In esse emerge, in effetti, un *quid pluris* rispetto al *decisum* collegiale, che consiste nel potere presidenziale di promuovere e coordinare l'attività dei ministri, tuttavia, in ogni caso, finalizzato al mantenimento dell'unità dell'indirizzo politico e amministrativo del Governo. Si tratta, dunque, di quelle attribuzioni che fanno del presidente del Consiglio lo snodo funzionale del Governo nel suo complesso, la cui *ratio* è da rinvenirsi nell'esigenza di comporre la responsabilità individuale dei ministri con quella collegiale, negli specifici termini dell'aderenza dell'attività ministeriale ai deliberati consiliari. Infine, il terzo comma riguarda le attribuzioni attinenti alla sfera più autonoma di attività del presidente del Consiglio, cioè meno riconnessa a quelle collegiali.

Ricostruendo le attribuzioni cui la direttiva 23 ottobre 2023 sembra inerire, si può dire che essa sia finalizzata alla razionalizzazione dello svolgimento delle funzioni consiliari relative al contenzioso Stato-Regioni avanti la Corte costituzionale avente a oggetto l'esercizio del potere legislativo, rispetto alle quali le funzioni presidenziali si qualificano come strumentali. E, infatti, con riferimento alla possibilità di evitare di ricorrere alla Corte che la direttiva indirizza i ministri a valutare, *ratione materiae*, le possibili lesioni della Costituzione perpetrate dalla legislazione regionale. Tuttavia, proprio poiché si tratta di prevenire ed evitare il conflitto processuale con le Regioni e non di innescarlo, la direttiva in commento pare richiamare anche lo spazio di autonoma agibilità di cui il presidente del Consiglio gode nella gestione dei rapporti inerenti l'articolazione territoriale della Repubblica, che si svolgono prevalentemente attraverso canali intergovernativi.

Mentre all'analisi di questo assetto relazionale sarà dedicato il paragrafo che segue, per ora può concludersi che la direttiva commentata sia coerente con la sistemazione legislativa dei rapporti interni all'organo Governo; che, dunque, sia, più a monte, coerente con lo spirito costituzionale che colloca al centro dell'organizzazione governativa il Consiglio dei ministri e qualifica il momento monocratico in termini prevalentemente strumentali a quello

collegiale. E, del resto, non avrebbe potuto disporre diversamente, al Consiglio spettando, per legge, la deliberazione circa l'attivazione in via diretta del sindacato di costituzionalità. Altro è discorrere intorno alla prognosi di efficacia della direttiva in commento, che risponde – come ricordato – non già a un'inesistente dimensione gerarchica dei rapporti fra presidente del Consiglio e ministri ma a una dimensione prevalentemente persuasiva, funzione di dinamiche più politiche che giuridiche, rispetto alle quali l'analisi strettamente normativa non può che arrestarsi a tali osservazioni.

3. Leale collaborazione e deflazione del contenzioso costituzionale: il ruolo delle relazioni intergovernative nell'esercizio della funzione legislativa. Come evidenziato, l'obiettivo della direttiva 23 ottobre 2023 è deflazionare il contenzioso costituzionale Stato-Regioni prevenendo le ipotesi di ricorso statale avverso leggi regionali. A tal fine vengono attivati procedimenti negoziali con le Regioni interessate tesi a espungere dalla legislazione regionale gli elementi di supposta lesione della Costituzione e, in particolare, delle competenze statali. Si tratta, com'è evidente, di moduli negoziali chiamati a incidere, per tramite della negoziazione intergovernativa, sull'esercizio della funzione legislativa, in qualche misura flettendo l'ordine costituzionale dei rapporti fra legislativo ed esecutivo e fra Stato e Regioni.

È questo il carattere tipico dei moduli in cui trova espressione la leale collaborazione, nel tempo divenuta principio cardine del funzionamento del nostro sistema multilivello, pur essendo sempre stato testualmente estraneo alla lettera costituzionale: l'originario titolo V era costruito attorno al canone separatista delle competenze, tuttavia delineando per lo Stato un ruolo «tutorio»⁹, di cui la competenza legislativa regionale solo concorrente, la funzione statale d'indirizzo e coordinamento e il controllo governativo preventivo sulle leggi regionali erano i caratteri principali; la riforma del 2001, dal canto suo, pur avendo espunto tali elementi e aperto i rapporti Stato-Regioni a dinamiche maggiormente paritarie, ha mancato l'occasione di codificare la leale collaborazione quale principio generale di funzionamento dei rapporti in commento¹⁰, nonché, soprattutto, i relativi canali organici e procedurali di attuazione (su tutti la riforma in senso territoriale del Senato), creando non poche difficoltà esegetiche circa l'avvenuta adesione o meno del regionalismo italiano ai caratteri propri del federalismo cooperativo.

Al contempo, la crescente confusione conseguente alla riscrittura dell'art. 117 Cost., la conservazione della competenza concorrente e il generalizzato ampliamento di ambiti materiali di competenza regionale hanno incrementato le occasioni e la rilevanza dei casi in cui l'«inestricabile intreccio di interessi» sovrappone le competenze statali e regionali in modo difficile da sciogliere, rendendo necessaria la flessione del riparto costituzionale di competenze. Si pensi alle competenze finalistiche, all'attrazione in sussidiarietà, al concorso di competenze: tutti casi ricostruiti in via quasi pretoria dalla Corte costituzionale, che vi ha posto a presidio il principio di leale collaborazione, il più delle volte con funzione compensativa per la perdita di spazi di competenza da parte delle Regioni¹¹.

⁹ Il noto riferimento è ai molti scritti in materia di A. D'Atena. Per la capacità riassuntiva si rinvia qui al suo *Diritto regionale*, Torino, 2022, V ed., *passim*.

¹⁰ Con la riforma del 2001, il principio ha fatto bensì la sua comparsa nel testo costituzionale, ma solo all'art. 120 come uno dei principi cui il legislatore statale è tenuto a ispirarsi nel disciplinare i poteri sostitutivi dello Stato.

¹¹ Su questi temi v. E. Buoso, *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti*, in *Le Regioni*, 1, 2008, 61 ss.; C. Mainardis, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni*, in *Le Regioni*, 2-3, 2011, 455 ss.

Di questo principio, la Corte, già prima della riforma del titolo V, rinveniva il fondamento costituzionale nell'art. 5 Cost.¹²: coerentemente con quanto a più riprese sostenuto in dottrina, l'obbligo costituzionale di esercitare collaborativamente le competenze distribuite dal titolo V deriva dalla necessità di contemperare le esigenze di uniformità e differenziazione sottese ai principi di unità e autonomia di cui alla citata disposizione¹³.

Ebbene, nella «perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi»¹⁴, in grado di portare la leale collaborazione nella dinamica fisiologica delle aule parlamentari e dell'*iter legis*, «da sede privilegiata del confronto e della negoziazione politica fra lo Stato e le Regioni»¹⁵ resta la Conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, costituita presso la presidenza del Consiglio, ove i rappresentanti del Governo e degli esecutivi regionali si incontrano per svolgere le molte attività collaborative (sotto forma di parere, intesa e accordo) imposte dalla legge o da essi ritenute opportune. Le relazioni intersoggettive fra Stato e Regioni, insomma, passano prevalentemente dal forum in cui il presidente del Consiglio (di solito delegando il ministro senza portafoglio per gli affari regionali) fronteggia i presidenti di Regione (alle volte sostituiti da membri delle relative Giunte): sono, cioè, in massima parte, relazioni intergovernative, che il più delle volte coinvolgono i vertici degli esecutivi.

Proprio poiché non costituzionalizzati, i procedimenti in cui trova espressione il principio di leale collaborazione non possono avere a oggetto l'esercizio della funzione legislativa. Come più volte chiarito dalla Corte, il fondamento costituzionale della leale collaborazione impone bensì al legislatore statale vincoli scrutinabili tramite il sindacato di costituzionalità, i quali, tuttavia, consistono nel necessario coinvolgimento delle Regioni *ex post*, cioè a valle dell'esercizio del potere legislativo statale, tramite i moduli cooperativi attivati in Conferenza¹⁶. Così, i pareri, ma soprattutto le intese (che, rispetto ai primi, sono atti cooperativi più intensi), sono atti endoprocedimentali che trovano luogo nell'esercizio delle funzioni amministrative disciplinate con legge statale. Né potrebbe essere diversamente, non potendo gli atti collaborativi inserirsi nei procedimenti parlamentari finalizzati alla legislazione¹⁷.

D'altra parte, l'esercizio del potere legislativo ordinario spettante alle Camere *ex art.* 70 Cost.

¹² V. infatti Corte cost., sentt. n. 19/1997, n. 242/1997, n. 478/2002, ma qualche riferimento all'art. 5 era già nelle sentt. n. 35/1972 e n. 116/1967.

¹³ Si tratta di ricostruzioni stratificate e precedenti alla riforma del 2001. In tal senso, pur con posizioni diverse e diversamente argomentate, v. S. Bartole, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1971, 88 ss.; F. Gabriele, *Il principio unitario nell'autonomia regionale*, Milano, 1980; T. Martinez, *Dal regionalismo garantista al regionalismo cooperativo*, AA. VV. (a cura di), *Una riforma per le autonomie*, Milano, 1986, 45 ss.; A. Costanzo, *Modelli, principi e loro genesi nelle argomentazioni interpretative*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990, 2464 ss.

¹⁴ Corte cost., sent. n. 6/2004, considerato in diritto, 7.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 116/1994, considerato in diritto, 4.

¹⁶ Sul punto *funditus* v. P. Colasante, A. Iacoviello, *Prassi e potenziali sviluppi dell'intergovernmental management nell'ordinamento italiano*, in *Rivista AIC*, 3, 2017.

¹⁷ Diverso è trattando di procedimenti governativi aventi a che fare con l'esercizio di potere normativo primario. Anzi, fra i dibattiti più recenti circa l'incidenza degli strumenti cooperativi sulle fonti primarie si è molto discusso della sent. n. 251/2016 con cui la Corte, censurando la cd. riforma Madia, ha imposto il ricorso all'intesa (in luogo del parere) in vista dell'adozione di un atto avente forza di legge (in particolare, un decreto legislativo) da parte del Governo. Attenuava, però, la portata innovativa della pronuncia S. Agosta, *Nel segno della continuità (più che della vera e propria svolta) l'apertura alla leale collaborazione tra Stato e Regioni della sent. n. 251/2016 sulla delega in materia di riorganizzazione della P.A.*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 gennaio 2017.

è da tempo vieppiù condizionato in via informale dall'esecutivo, che, tramite istituti quali la decretazione d'urgenza, la questione di fiducia e il maxiemendamento, determina l'esito di notevole parte dell'attività legislativa del Parlamento. Non si tratta, qui, di osservare il classico ruolo di guida della maggioranza che spetta al gabinetto nella fisiologia di ogni sistema parlamentare, ma di evidenziare una significativa inversione dei ruoli fra Parlamento e Governo che rende vieppiù evanescente il controllo del primo sul secondo e, per estensione, l'effettività della responsabilità politica governativa¹⁸. La forma di governo regionale, dal canto suo, è costruita attorno alla centralità del presidente, che, legittimato direttamente dall'elettorato e (iper)rafforzato dai meccanismi del *simul-simul*, occupa, anche a livello formale, una buona parte della funzione di indirizzo, che trova poi perfezionamento nell'attività legislativa consiliare¹⁹, comunque controllata dallo stesso presidente per via di un assetto politico e istituzionale sostanzialmente incentrato sulla sua figura²⁰.

In definitiva, se i vertici degli esecutivi nazionale e regionali non possono, con loro accordo, formalmente impegnare il successivo esercizio della funzione legislativa da parte delle rispettive assemblee, sono, tuttavia, in grado di condizionarla in via di fatto, per via del funzionamento dei contesti istituzionali in cui si trovano a operare²¹. Tanto che qualche tempo fa si è osservato in dottrina come la progressiva erosione di competenze sostanziali del Parlamento da parte dell'esecutivo risulta persino compensata dall'ispessimento dei rapporti intergovernativi: «la presenza degli esecutivi regionali al centro [...] tende nei fatti ad operare come 'contrappeso' alla centralità dell'esecutivo centrale. Esecutivi regionali forti riequilibrano in qualche modo la divisione dei poteri, incrinata dalla penalizzazione del Parlamento, e introducono una forma suppletiva di *checks and balances*»²².

Di quest'ordine delle cose, un caso esemplificativo è quello della determinazione dei livelli essenziali dell'assistenza sanitaria (cd. LEA), i quali, rientrando nei «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» di cui all'art. 117, c. 2, lett. m), Cost., spettano alla competenza legislativa esclusiva dello Stato e, invece, dalla legge statale ricevono solo copertura formale, mentre sono in concreto determinati con d.P.C.M., previa intesa in Conferenza Stato-Regioni. In tal guisa, una competenza ragionevolmente allocata dalla Costituzione in capo al Parlamento della Repubblica per via della sua pregnanza costituzionale, inerendo l'uniformità territoriale del nucleo dei diritti, viene in realtà esercitata a livello del raccordo intergovernativo²³. Oltretutto,

¹⁸ In questi termini si esprime T.E. Frosini, *L'espansione dei poteri normativi del Governo*, in F. Musella (a cura di), *Il governo in Italia*, cit., 153 ss.

¹⁹ Sull'aspetto formale delle attività di indirizzo fra esecutivo e legislativo, anche attraverso l'analisi delle disposizioni statutarie relative, v. G. Di Cosimo, *L'indirizzo politico regionale fra legislativo ed esecutivo*, in *il Filangieri. Quaderno* 2009, 167 ss.

²⁰ Su questa dimensione v., fra gli altri, A. Buratti, *Rappresentanza e responsabilità politica nella forma di governo regionale*, Napoli, 2010, 139 ss.

²¹ Per un approfondimento del tema v., se si vuole, L. Dell'Atti, *Tra modelli e prassi. Formalismo e informalità nella cooperazione fra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, 18, 2019.

²² Così R. Bin, I. Ruggiu, *La rappresentanza territoriale in Italia*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 6, 2006, 948. Similmente G. Caprio, *Una vera Conferenza delle Regioni per l'attuazione del federalismo*, 2008, rinvenibile online.

²³ Sui LEA e la leale collaborazione v., fra gli altri, A.S. Di Girolamo, *Livelli essenziali e finanziamento dei servizi sanitari alla luce del principio di leale collaborazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 3-4, 2007; A. Simoncini, *Livelli essenziali delle prestazioni e diritto alla salute dopo la legge n. 42 del 2009: basta la «leale collaborazione»?», in L. Violini (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milano, 2011, 97 ss. Sul ruolo del sistema conferenze in materia sanitaria v., *ex multis*, R. Balduzzi, *La creazione di nuovi modelli sanitari regionali e il ruolo della Conferenza Stato-Regioni (con una digressione concreta del principio di sussidiarietà "orizzontale")*, in *Quaderni regionali*, 2004, 20 ss.; G.*

all'esito di una discussione di fatto segreta, poiché dei dibattiti in seno alla Conferenza che portano all'adozione dei relativi atti non rimane alcuna traccia, nei relativi verbali dandosi atto solo del parere reso, della sancita intesa o dello stipulato accordo.

Ebbene, la direttiva 23 ottobre 2023 sembra adagiarsi in questo tipo di dinamiche, poiché istituzionalizza la negoziazione fra governi finalizzata all'esercizio del potere legislativo regionale per modificare una legge regionale che il Governo assume violare la competenza legislativa statale. Com'è naturale, ciò si svolge nell'alveo del modello costituzionale di ricorso in via d'azione alla Corte. Perciò, il vaglio della legislazione regionale che la direttiva invita i ministri a effettuare è di tipo successivo, come, per l'appunto, imposto dalla Costituzione, la quale, dopo la riforma del titolo V, non frappone alcun ostacolo di matrice governativa alla promulgazione delle leggi regionali, una volta approvate dalla relativa assemblea.

Inoltre, la buona riuscita dei moduli cooperativi dipende sempre dall'effettiva volontà delle parti coinvolte di trovare un accomodamento, non potendo la legge aggiudicare l'esito del momento negoziale fra i rappresentanti dei governi statale e regionali. Nel caso di specie, in particolare, trovando i procedimenti collaborativi in commento origine in una valutazione di esclusiva matrice governativa, ben potrebbe la Regione coinvolta ostacolare e, infine, far fallire il negoziato²⁴. L'efficacia della direttiva, insomma, anche con riguardo agli auspicati obiettivi di deflazionare il contenzioso Stato-Regioni, è rimessa alla capacità persuasiva della parte statale e alle dinamiche (anche politiche) che connotano il contesto delle relazioni intergovernative.

4. Uno sguardo in prospettiva: relazioni intergovernative e legittimazione dei leader fra autonomia differenziata ed elezione diretta del presidente del Consiglio. Si è detto che la direttiva commentata non può vincolare giuridicamente i ministri, poiché l'efficacia del potere d'indirizzo di cui all'art. 95, c. 1, Cost. dipende dall'attitudine persuasiva del presidente del Consiglio, a sua volta derivante dalle condizioni congiunturali del momento storico, in ogni caso dipendente dalle dinamiche coalizionali che hanno sempre connotato maggioranze e gabinetti, indipendentemente dalle diversità (anche molto significative) di ciascuna fase politica e costituzionale²⁵. Di più: anche quando il sistema ha conosciuto *leadership* solide e/o sensibilmente personalizzate, il suo funzionamento sostanziale, incentrato sull'accordo (e disaccordo) fra i partiti come momento nativo (e fatale) dei governi è rimasto pressoché inalterato²⁶.

Carpani, *Accordi e intese tra Governo e regioni nella più recente evoluzione del SSN: spunti ricostruttivi*, in R. Balduzzi (a cura di), *Trent'anni di servizio sanitario nazionale*, Bologna, 2009, p. 35 ss.

²⁴ Di solito, invero, la legge statale rende «deboli» le intese da stipularsi in Conferenza, vale a dire superabili da una deliberazione del Consiglio dei ministri una volta inutilmente decorso il termine previsto per la loro conclusione. Lo scopo, evidentemente, è quello di assicurare il buon andamento dei procedimenti, impedendo che una o più Regioni elevino pretestuosamente ostacoli in grado di divenire indebiti poteri di veto. Allo stesso tempo, la Corte ha sottolineato che il Governo è giuridicamente tenuto a comportarsi con serietà nel corso delle negoziazioni, non potendo limitarsi a restare inerme nelle more del decorso del prescritto termine: cfr. Corte cost., sentt. n. 379/1992 e n. 206/2001.

²⁵ Sulla «necessità istituzionale» del governo di coalizione nella cd. prima Repubblica si rinvia ai classici G. Ferrara, *Il governo di coalizione*, cit.; P.A. Capotosti, *Accordi di governo e Presidente del Consiglio dei ministri*, cit. Sulle sue evoluzioni nel corso della cd. seconda Repubblica v. R. Cherchi, *Il Governo di coalizione in ambiente maggioritario*, Napoli, 2006; S. Prisco, *«Il Governo di coalizione» rivisitato*, in Id., *Costituzione, diritti umani, forma di governo*, Torino, 2014, 161 ss. Per gli sviluppi nella fase più recente, infine, sia consentito rinviare a L. Dell'Atti, *Il governo di coalizione aggiornato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2022, 40 ss.

²⁶ Si tratta delle *leadership* di De Gasperi, Craxi, Berlusconi e Renzi: cfr., se si vuole, L. Dell'Atti, *Genesis, evoluzioni ed equivoci dell'organo presidente del Consiglio dei ministri*, Napoli, 2022, 159 ss. Per le dettagliate vicende relative a

In secondo luogo, la direttiva in commento non può vincolare le Regioni, che conservano, com'è ovvio, il diritto/potere di ritenere la loro legislazione conforme a Costituzione e che ben possono, dunque, non essere disposte a modificarla o abrogarla. Del resto, come riferito, le relazioni multilivello sono, nel nostro come in altri sistemi federali e regionali, prevalentemente relazioni intergovernative e tali ultime sono essenzialmente relazioni politiche, sia nel senso che sono incarnate da personalità politiche che guidano gli organi d'impulso dell'indirizzo politico tramite i programmi di governo, sia nel senso che i procedimenti in cui trovano luogo sono tutto sommato de-giuridificati, in quanto rimettono l'esito della collaborazione alle condotte e alle volontà degli attori coinvolti.

L'assetto dei contesti politici che connotano i circuiti di governo nazionale e regionali è, perciò, ancor più significativo ai fini del raggiungimento degli obiettivi auspicati dalla direttiva. Sul punto, in dottrina si è osservato che il sistema italiano, diversamente da importanti referenti comparati, sia stato alquanto indifferente alle dinamiche della *congruence* (o *incongruence*) di forze politiche alla guida dell'esecutivo nazionale e di quelli regionali²⁷. Ciò sarebbe dipeso dall'attitudine dei presidenti regionali di comportarsi come esponenti di un fronte regionale abbastanza coeso nei confronti del Governo, più che seguire le faglie della dialettica fra maggioranza e opposizione in seno al Parlamento e, più ancora, dalla consolidata prassi di concordare in una previa sede di raccordo orizzontale infraregionale le posizioni da sostenere nel successivo confronto col Governo²⁸.

Una sostanziale compattezza, non priva di inevitabili tensioni, che potrebbe venir meno in modo strutturale per via dell'attivazione della clausola di maggiore autonomia: come sostenuto in dottrina, la differenziazione dei modelli di autonomia regionale porta con sé l'aumento delle decisioni da assumere «in solitudine» e nel rapporto «a due» fra organi statali e singola Regione differenziata, con lo speculare restringimento degli spazi di decisione condivisa fra Stato e fronte regionale nel suo insieme, cioè gli spazi della cooperazione multilaterale²⁹. Tale autorevole opinione risulta confortata dall'osservazione comparata dei sistemi regionali asimmetrici o differenziati, ove le negoziazioni bilaterali fra governo centrale e singola entità autonoma sono di gran lunga prevalenti e, anche perciò, improntate a un decisivo rilievo del fattore politico/partitico³⁰.

A ben guardare, anche l'assetto italiano delle relazioni intergovernative si è colorato, nei tempi recenti, di una certa dinamica conflittuale che ha visto alcuni presidenti regionali emergere come personalità di visibilità nazionale in polemica o a supporto dei leader nazionali di

ciascuno dei leader citati v. A. Giovagnoli, *Alcide De Gasperi*; P. Pombeni, *Bettino Craxi*; E. Poli, *Silvio Berlusconi*; M. Lazar, *Matteo Renzi*, tutti in S. Cassese, A. Melloni, A. Pajno (a cura di) *I presidenti e la Presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia repubblicana*, cit., risp. 555 ss., 2289 ss., 2926 ss., 3606 ss.

²⁷ Così I. Ruggiu, *La Conferenza Stato-Regioni nella XIII e XIV legislatura*, in *Le Regioni*, 1, 2003, 195 ss.; R. Bifulco, *Il sistema italiano delle Conferenze*, relazione al convegno "Il mondo delle seconde camere", Torino, 31 marzo-1 aprile 2005, rinvenibile online.

²⁸ Si tratta della Conferenza dei presidenti regionali, costituita nel 1981 dai presidenti di Regione, tutt'ora autonoma dalla disciplina normativa statale, in quanto dotata solo di propri regolamenti interni, ma, a un tempo, spesso richiamato dalla legge proprio come forum esponenziale del fronte regionale. Sul tema v. G. Caprio, G. Pavese, *La Repubblica dal conflitto alla governance*, Roma, 2006; L. Ferraro, *La Conferenza dei Presidenti delle Regioni tra la materia comunitaria e le altre novità di sistema*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 6, 2007, 707 ss.

²⁹ O. Chessa, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *Diritto e storia*, 15, 2017.

³⁰ Su tutti, il molto informale sistema di *intergovernmental relations* nel Regno Unito, il quale è notoriamente doppiamente asimmetrico. Fra i moltissimi, v. N. McEwen, W. Swendedn, N. Bolleyer, *Introduction: Political Opposition in a Multi-level Context*, in *British Journal of Politics and International Relations*, 14, 2012, 187 ss.

partito³¹. Ciò è verosimilmente dipeso da un duplice e coerente processo che ha attinto, dagli anni '90 in poi, l'assetto politico-costituzionale del sistema, ai suoi vari livelli di governo: la personalizzazione dei partiti³² e la presidenzializzazione delle forme di governo³³, rispettivamente intendendosi la progressiva leaderizzazione delle strutture di partito, divenute vieppiù fluide e de-ideologizzate, e la riforma dei sistemi di governo in termini monocratici e maggioritari, tendenzialmente incentrati su forme di legittimazione più o meno diretta dell'esecutivo e sulla sua centralità nella gestione delle attività di indirizzo.

In effetti, la logica che lega l'efficientismo decisionale all'*accountability* degli organi di governo derivante dalla loro designazione diretta ha retto la riforma dei sistemi elettorali comunale, provinciale (1993) e regionale (1995) e, infine, la monocratizzazione della forma di governo regionale realizzata con la l. cost. n. 1/1999. Allo stesso tempo, il tentativo di imprimere una consimile torsione alla forma di governo nazionale mediante l'approvazione di una legge elettorale delle Camere prevalentemente maggioritaria (1993), la nascita del bipolarismo e delle *leadership* di coalizione non si è compiuto del tutto³⁴, ma ha aperto la strada a una sequela di tentativi di riforma, tutti animati, a prescindere dalle diverse soluzioni apprestate, dalla medesima esigenza di razionalizzare la forma di governo tramite la sua monocratizzazione³⁵, in coerenza con l'evoluzione personalistica del sistema, in cui il leader (sia esso un presidente eletto o un *premier* rafforzato nei suoi poteri) diviene il perno del sistema, interprete dell'indirizzo politico, sostituendosi (almeno in parte) all'accordo fra i partiti, storicamente motore della nascita e della caduta dei gabinetti.

Proposte più o meno equilibrate, diversamente incanalate in ipotesi di riforma costituzionale e/o elettorale, che in modo più o meno drastico hanno rimesso in discussione l'equilibrio fra la componente rappresentativa e quella plebiscitaria del nostro ordinamento costituzionale, di per sé decisamente spostato sulla prima.

In effetti, come si è autorevolmente scritto, nel ricorsivo dibattito sulle riforme istituzionali, si confrontano due diverse visioni della democrazia: da un lato, quella di «chi sostiene che l'indirizzo politico (la «politica nazionale») debba essere il punto finale di una mediazione degli interessi [...] realizzata da soggetti collettivi permanenti, portatori di una visione generale del mondo», dall'altro, quella di «chi ritiene che l'indirizzo politico non possa essere che l'espressione di un soggetto «investito» occasionalmente e puntualmente (nelle scadenze elettorali) di un consenso diffuso che prescinde in larga misura dall'elaborazione stabile e duratura delle visioni del mondo e delle linee politiche di cui si è prima detto, e che è fondato piuttosto sulle capacità comunicative del soggetto medesimo»³⁶.

L'elezione diretta del presidente del Consiglio prevista dal d.d.l. cost. Casellati sembra

³¹ Si ricordi, per esempio, che nella prima fase dell'emergenza pandemica alcuni presidenti regionali di centrodestra seguivano i relativi leader nazionali in frequenti critiche al governo Conte II. O ancora il voto tenutosi in Conferenza nel febbraio 2023 sul d.d.l. Calderoli di attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost., che non ha visto frizioni lungo il *cleavage* nord/sud o quello Regioni con maggiore/minore capacità contributiva, ma ha registrato la posizione contraria delle sole Regioni governate dal centrosinistra, Puglia, Toscana, Emilia Romagna.

³² M. Calise, *Il partito personale*, Roma-Bari, 2010, II ed.; Id., *La democrazia del leader*, Roma-Bari, 2016.

³³ S. Fabbrini, S. Vassallo, *Il governo: gli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 1999; T. Poguntke, P. Webb (a cura di), *The Presidentialization of Politics*, Oxford, 2005; L. Elia, *La presidenzializzazione della politica*, in *Teoria politica*, 1, 2006.

³⁴ Si tratta di una considerazione diffusa in dottrina. Fra i molti, per l'ampiezza dei riferimenti alla prassi politica, si rinvia a S. Merlini, G. Tarli Barbieri, *Il governo parlamentare in Italia*, cit., *passim*.

³⁵ Cfr. C. Fusaro, *Per una storia delle riforme istituzionali*, in *Rivista trimestrale di diritti pubblici*, 2015, 431 ss.

³⁶ M. Dogliani, F. Pallante, *Sull'attuale forma del procedimento di revisione costituzionale (e sui presupposti della sopravvivenza del regime parlamentare)*, in *Rivista AIC*, 2, 2013, 7.

collocarsi nella seconda linea di pensiero³⁷, poiché prevede la derivazione del vertice dell'esecutivo direttamente dalle urne e non dall'intermediazione operata dal capo dello Stato fra i partiti rappresentati in Parlamento³⁸, con una formula assai prossima al funzionamento della forma di governo regionale: entrambe prevedono l'elezione diretta del capo dell'esecutivo, contestuale e connessa a quella dell'organo rappresentativo, la decisiva stabilizzazione del presidente per l'operare del principio del *simul-simul*, seppur diversamente declinato³⁹, e l'effetto trascinamento dell'elezione del capo dell'esecutivo sul riparto dei seggi nel braccio legislativo⁴⁰. Al simile funzionamento del sistema elettorale dei Comuni si ispirava, invece, la riforma di colore politico diverso ma di spirito assimilabile tentata dal governo Renzi con la l. n. 52/2015: la riforma del «sindaco d'Italia», come noto, prevedeva il ballottaggio fra le due liste più votate per assegnare il premio di maggioranza, in sostanza facendo del secondo turno uno scontro diretto fra i leader dei due partiti⁴¹. Di essi, il «vincitore», poiché a capo di un partito che avrebbe avuto da solo la maggioranza dei seggi della Camera, sarebbe divenuto naturalmente il presidente del Consiglio.

Nell'un caso, sul modello regionale, un presidente del Consiglio eletto direttamente e contestualmente alle Camere con l'assegnazione del premio di maggioranza. Nell'altro caso, sul modello comunale, un presidente del Consiglio quasi eletto in un turno di ballottaggio per assegnare la maggioranza dei seggi della Camera. In entrambi i casi, l'esigenza di legare la scelta del vertice dell'esecutivo alle urne e di plasmare la composizione delle assemblee rappresentative in modo da assicurargli la maggioranza aritmetica.

La logica, dunque, è sempre quella del binomio efficienza/*accountability* che ha ispirato le riforme dei sistemi di governo a parte dagli anni '90 sulla base di argomenti noti, ricorrenti e per parte loro sensati, quali l'immediata conoscibilità degli esiti elettorali, la riconoscibilità del proprio voto da parte degli elettori, la legittimazione diretta e la conseguente responsabilità in prima persona assunta dagli organi di vertice politico. Argomenti, insomma, che fanno pendere la bilancia fra esigenze di governabilità e rappresentatività dei sistemi elettorali decisamente verso la prima⁴². È proprio sul rapporto fra governabilità e rappresentatività che

³⁷ In simili termini cfr. A. Lucarelli, *Premierato e riforme costituzionali: il mito della governabilità*, in *Rivista AIC*, 4, 2023, spec. 309 ss.; e B. Pezzini, *L'introduzione del premierato nel sistema costituzionale italiano*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2024, spec. 70 ss. Più in generale, sulla relazione tra deriva populista e crisi della rappresentanza si rimanda ad A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020, 61 ss.

³⁸ Su questa essenziale funzione del capo dello Stato si rinvia ad A. Pertici, *Presidenti della Repubblica*, Bologna, 2022.

³⁹ La diversità consiste nella minore rigidità del meccanismo previsto dalla proposta governativa di riforma costituzionale rispetto al funzionamento del sistema regionale. Approfondisce questo elemento, assumendo una posizione complessivamente favorevole alla proposta, M. Belletti, *Il simul simul "temperato", ovvero, la via italiana per la razionalizzazione della forma di governo parlamentare*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2024, 11 ss.

⁴⁰ Il riferimento è al premio di maggioranza, contemplato dall'art. 4, c.1, lett. a), l. n. 165/2004 come principio fondamentale cui i legislatori regionali devono attenersi ed esplicitamente previsto quale vincolo costituzionale per il legislatore nel d.d.l. cost. Casellati.

⁴¹ Si trattava dell'obiettivo chiaro (ancorché implicito) della riforma elettorale di Renzi, per questo motivo ritenuta in dottrina in continuità col tentativo di riforma della Costituzione in senso fortemente premierale da parte del governo Berlusconi nel 2005, che esplicitamente vincolava il capo dello Stato a tener conto degli esiti delle elezioni politiche per la nomina del primo ministro: così M. Volpi, *Riforma Renzi e Riforma Berlusconi: così lontane ... così vicine*, in *Democrazia e diritto*, 2, 2016, 119 ss. Ancora coerente con questo assetto è l'odierna proposta del governo Meloni che, in modo ancor più esplicito, prevede l'elezione diretta del presidente del Consiglio.

⁴² Come scrive A. Algostino, *Premierato... Purché capo sia: il fascino della verticalizzazione del potere e i rischi del suo innesto in una democrazia spolitizzata*, in *Rivista AIC*, 3, 2023, 124, «La marginalizzazione dei consigli comunali e regionali correlata all'elezione diretta del Sindaco e del Presidente della Regione rende facile il pronostico su quanto accadrà ad un Parlamento già agonico con l'eventuale elezione diretta».

si è, come noto, appuntata la giurisprudenza costituzionale in materia elettorale con le sentt. n. 1/2014 e n. 35/2017, in estrema sintesi riconoscendo il rilievo costituzionale della prima ma una sostanziale prevalenza della seconda, tale che, in particolare, i meccanismi cd. *majority assurance* delle leggi elettorali non possano svilire in modo irragionevole la rispondenza del riparto dei seggi ai voti espressi dagli elettori⁴³.

Ebbene, la Corte costituzionale, nel censurare il meccanismo del ballottaggio previsto dalla l. 52/2015, che eludeva il *decisum* della precedente sent. n. 1/2014⁴⁴, spiegava la differenza fra il sistema comunale e la «forma di governo parlamentare disegnata dalla Costituzione». In essa, scrivevano i giudici costituzionali, «la Camera dei deputati è una delle due sedi della rappresentanza politica nazionale (art. 67 Cost.), accanto al Senato della Repubblica. In posizione paritaria con quest'ultimo, la Camera concede la fiducia al Governo ed è titolare delle funzioni di indirizzo politico (art. 94 Cost.) e legislativa (art. 70 Cost.)». Ne discende la «specifica funzione e posizione costituzionale di una tale assemblea, organo fondamentale nell'assetto democratico dell'intero ordinamento, considerando che, in una forma di governo parlamentare, ogni sistema elettorale, se pure deve favorire la formazione di un governo stabile, non può che esser primariamente destinato ad assicurare il valore costituzionale della rappresentatività»⁴⁵.

Ne deriva che il richiamo ai sistemi comunale e regionale in quanto paradigmi di efficienza, democraticità e stabilità appare disarmonico a un assetto costituzionale che assegna un ruolo speciale e centrale alle Camere. La Costituzione, in effetti, lungo gli artt. 1, 48, 49 e 94, delinea un modello di democrazia incentrata sui meccanismi rappresentativi e mediativi, individuando nel Parlamento il motore di tutte le dinamiche d'indirizzo politico⁴⁶. Del resto, diffusamente la dottrina che ha commentato «a caldo» il d.d.l. cost. Casellati ne ha segnalato le criticità con specifico riguardo alla compatibilità con lo spirito e i connotati essenziali del sistema parlamentare delineato in Costituzione⁴⁷. Come si è efficacemente scritto, il disegno di riforma mette gli osservatori (e, in prospettiva, gli elettori, in caso di *referendum*) dinanzi alla

⁴³ Per quest'appunto v. C. Pinelli, *Bilanciamenti su leggi elettorali* (Corte cost. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017), in *Diritto pubblico*, 1, 2017, 221 ss.

⁴⁴ Sulla continuità fra le due pronunce, fra i molti, v. D. Casanova, L. Spadacini, *Il ballottaggio nazionale tra liste: la sentenza Corte cost. n. 35 del 2017 e il de profundis per i sistemi majority assuring*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017. *Contra* v., I. Massa Pinto, *Dalla sentenza n. 1 del 2014 alla sentenza n. 35 del 2017 della Corte costituzionale sulla legge elettorale: una soluzione di continuità c'è e riguarda il ruolo dei partiti politici*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 1, 41 ss.; S. Lieto, A. Lucarelli, *Considerazioni in merito al controllo di costituzionalità dell'Italicum*, in *Federalismi.it*, 2, 2017.

⁴⁵ Corte cost., sent. 35/2017, considerato in diritto, 9.2.

⁴⁶ Cfr. P.A. Capotosti, *Accordi di governo e Presidente del Consiglio dei ministri*, cit., p. 153 s. Più in generale, sul tema, necessario il riferimento a M. Galizia, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano, Giuffrè, 1972.

⁴⁷ Di contrarietà ai principi supremi della Costituzione parla esplicitamente C. De Fiores, *La retorica del capo alla prova della blindatura elettorale*, in questa Rivista, 2, 2023, XXVI ss., che richiama il concetto gramsciano del «cesarismo regressivo». Secondo M. Ruotolo, *Tra premierato e possibile jackpot system. L'idea di democrazia sottesa alla proposta di riforma costituzionale*, ivi, XXIII, la riforma è persino contraria allo spirito del costituzionalismo, poiché «de coordinate ideali indicate dai proponenti, [...] per raggiungere l'obiettivo della "democrazia decidente" considerano il voto strumento esclusivo per la legittimazione di un potere che tende a non avere limiti». Ancora nella stessa Rivista, critico nei confronti nel metodo e della retorica della stabilizzazione a ogni costo A. Ruggeri, *Il premierato secondo il disegno Meloni: una riforma che non ha né capo né coda e che fa correre non lievi rischi*, LXI ss.; sulla linea della bontà dei punti ma dell'incoerenza delle soluzioni F. Zammartino, *Il progetto di revisione costituzionale del governo Meloni: cambiare tutto per non cambiare niente*, LXXI ss.; A. Lucarelli, *La tirannia della maggioranza parlamentare: forma di governo e irrazionalità diffuse nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri*, I ss., sostiene che il «monismo della maggioranza parlamentare» annacquerebbe gli strumenti di garanzia costituzionale senza riuscire a perseguire in concreto né il rafforzamento né la stabilizzazione dell'esecutivo. Infine, sulla minoritaria posizione favorevole alla riforma, T.E. Frosini, *Il premierato e i suoi nemici*, XVII ss.

drastica alternativa fra la forma di governo vigente, che «pone al centro della dinamica politica il Parlamento, nel quale si rispecchiano i partiti quali componente pluralistica della società civile e nel quale gli altri organi costituzionali, in tutto o in parte, trovano la loro legittimazione democratica» e «un'altra forma di governo che istituisce la preminenza dell'esecutivo, tramite la legittimazione diretta del suo capo, come risposta ai cambi di maggioranza (fisiologici in un regime parlamentare a base pluralistica) e dunque dei governi che di questa sono espressione»⁴⁸.

In conclusione, dal combinato operare delle due principali riforme istituzionali portate avanti dal gabinetto in carica potrebbe derivare un complessivo contenimento del ruolo parlamentare⁴⁹, da un lato, poiché le relazioni intergovernative sono destinate a occupare vieppiù lo spazio della legislazione e, dall'altro, poiché la funzione sostanzialmente spettante al Parlamento nella formazione del Governo verrebbe trasferita al corpo elettorale tramite meccanismi di semplificazione e selezione del voto. S'intenda: come già riferito, il processo di sottrazione sostanziale di rilievo e rappresentatività degli organi legislativi e di speculare riserva di spazi decisionali sempre più ampi alle istanze esecutive è in atto da qualche decennio. Le riforme in questione, allora, sembrano ampliare questo processo, estendendo anche al livello nazionale di governo il modello di democrazia più plebiscitario che rappresentativo⁵⁰ che già connota gli altri livelli di governo di cui, *ex art.* 114 Cost., si compone la nostra Repubblica.

Abstract. La direttiva della presidente del Consiglio 23 ottobre 2023 ha razionalizzato l'attività istruttoria del Governo finalizzata all'esame delle leggi regionali allo scopo di evitare l'impugnativa statale mediante negoziati con le Regioni tesi alla modifica delle normative regionali ritenute incostituzionali. Con la direttiva viene esercitato il potere del presidente Consiglio di mantenere l'unità dell'indirizzo politico e amministrativo attraverso la promozione e il coordinamento dell'attività dei ministri. L'articolo analizza l'impatto della direttiva sul funzionamento interno del Governo, in particolare sul rapporto fra i principi monocratico, collegiale, individuale, nonché sulle relazioni intergovernative fra Stato e Regioni. Infine, vengono esaminati quesiti prospettici relativi all'ipotetico esito dell'attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost. e della riforma del «premierato elettivo» sull'assetto delle relazioni intergovernative e sulla figura costituzionale del presidente del Consiglio.

Abstract. The Prime Minister directive on Oct. 23, 2023, streamlined the cabinet's activity aimed at examining regional legislations to avoid State constitutional challenges through negotiations with the Regions for amending their (apparently) unconstitutional regulations. With the directive, the Prime Minister has exercised the power of maintaining the unity of political and administrative direction of the cabinet through the promotion and coordination of ministers' activities. The article analyzes the impact of the directive on the internal

⁴⁸ M. Calamo Specchia, *E, della Costituzione repubblicana, "Italiani! Voi cosa volete fare?"*, in questa *Rivista*, 2, 2023, XLIX. A una simile conclusione giunge, in fondo, anche la succitata dottrina favorevole alla riforma: scrive T.E. Frosini, *Il premierato e i suoi nemici*, cit., XX, che, se si dovesse arrivare al referendum *ex art.* 138 Cost., lo si farà «Con una domanda chiara e semplice: vuoi tu cittadino eleggere il capo del governo nazionale, così come eleggi, da trenta anni, il capo del governo comunale e regionale?».

⁴⁹ In termini critici nei confronti della combinazione fra i due progetti governativi cfr. G. Azzariti, *Presidenzialismo e autonomia differenziata: un'altra Costituzione*, in *Queste istituzioni*, 4, 2022, 3; M. Villone, *La nuova Italia disegnata dalla destra*, su *Il Manifesto*, 3 febbraio 2024.

⁵⁰ Il classico riferimento è a E. Fraenkel, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, L. Ciaurro, C. Forte (a cura di), Torino, 1994.

functioning of cabinet, particularly on the relationship between the monocratic, collegial, and individual principles, as well as on intergovernmental relations between State and Regions. Finally, we analyze the hypothetical outcomes on the set-up of intergovernmental relations and the constitutional figure of the Prime Minister of the implementation of Article 116, paragraph 3 of the Constitution and the reform of the «elective premiership».

Parole chiave. Presidente del Consiglio – relazioni intergovernative – leale collaborazione – riforma costituzionale.

Key words. Prime Minister – intergovernmental relations – cooperation – constitutional emendament.

COMMISSIONE AFFARI COSTITUZIONALI, CAMERA DEI DEPUTATI,
LUNEDÌ 4 MARZO 2024. AUDIZIONE RESA DAL PROF. CLAUDIO DE
FIORES SUL DISEGNO DI LEGGE C. 1665, APPROVATO DAL SENATO,
RECANTE «DISPOSIZIONI PER L'ATTUAZIONE DELL'AUTONOMIA
DIFFERENZIATA DELLE REGIONI A STATUTO ORDINARIO AI SENSI
DELL'ARTICOLO 116, TERZO COMMA, DELLA COSTITUZIONE»

333

di Claudio De Fiores*

1. Ringrazio la Commissione Affari costituzionali per avermi invitato a prendere parte a questo ciclo di audizioni sul disegno di legge C. 1665, approvato dal Senato, recante «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione».

Questione, quella dell'autonomia differenziata, dibattuta da tempo e che oggi trova un nuovo punto di condensazione (sul terreno normativo) nel testo approvato in Senato e ora al vaglio della Camera dei deputati.

In questi mesi il dibattito sull'autonomia differenziata non ha riguardato solo il Parlamento, ma ha investito e sta coinvolgendo vasti settori della società italiana, molto spesso preoccupati per le gravi e pregiudizievoli ricadute che i progetti presentati potrebbero innescare sul terreno dell'eguaglianza dei diritti, sull'unità giuridica ed economica della Repubblica, sulla coesione sociale del Paese.

2. In questa sede vorrei però tornare a insistere su un punto, da me già evidenziato nel corso delle audizioni tenutesi nel maggio dello scorso anno in Senato: i rischi di marginalizzazione del ruolo del Parlamento. Rischi che le modifiche apportate successivamente in Senato non solo non hanno attenuato, ma per taluni versi hanno addirittura aggravato.

Procederei quindi – anche per ragioni di ordine sistematico – a brevi, ma puntuali rilievi aventi ad oggetto le singole disposizioni contenute nel disegno di legge sopra richiamato. E comincerei dall'art. 2. Una disposizione che ci pone al cospetto di un Parlamento inerte ed esautorato nelle sue funzioni normative, al quale è concessa un'unica macilenta opzione: accettare o respingere in blocco l'intesa. Senza alcuna possibilità di poter apportare integrazioni, modifiche, mere correzioni anche di carattere tecnico in qualche punto.

E aver concesso la possibilità alle Camere di esprimersi – preventivamente - «con atti di indirizzo» (art. 2, c. 4) entro novanta giorni (e non più sessanta come previsto dalla versione originaria del disegno di legge) - è sicuramente un passaggio degno di nota. Perché riconosce che c'è una falla nel sistema e prova, in questo modo, a tamponarla. Un espediente procedurale senz'altro significativo, del quale si apprezzano le intenzioni, ma che tuttavia non cambia di molto la sostanza delle cose.

Né le modifiche introdotte in via emendativa paiono del tutto rassicuranti su questo terreno. Anzi – come ho già premesso – per alcuni versi accentuano ancor di più le ragioni di preoccupazione. Dal momento che la disposizione in esame, al comma 5, nella sua più recente versione prevede espressamente che «il Presidente del Consiglio dei ministri, ove

* Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università della Campania Luigi Vanvitelli.

ritenga di non conformarsi in tutto o in parte agli atti di indirizzo di cui al comma 4, riferisce alle Camere con apposita relazione, nella quale fornisce adeguata motivazione della scelta effettuata». Siamo pertanto in presenza di comunicazioni del Governo. Ma con una singolarità: l'assenza di un dibattito e di un voto.

3. La normativa in esame, dovendo essere approvata nelle forme e nei modi previsti dall'art. 116, c. 3, Cost., tende a configurarsi all'interno del sistema delle fonti come legge rinforzata e pertanto sottoposta a una serie di adempimenti (l'iniziativa della Regione interessata, il coinvolgimento degli Enti locali, l'avvio del negoziato con la Regione richiedente, il voto a maggioranza assoluta). Vincoli procedurali che ne integrano il profilo formale e dai quali discende la sua (potenziata) capacità di resistenza.

Di qui l'emersione di un regime normativo foriero di innumerevoli conseguenze. Una innanzitutto: le leggi rinforzate (in ragione del procedimento di formazione) e le leggi atipiche (in quanto contrassegnate dalla dissociazione tra l'aspetto attivo e l'aspetto passivo della loro forza normativa o – come si suol dire – dalla scissione, a esse sottesa, tra *vis abrogans* e *vis ad resistendum*) tendono a produrre nel sistema effetti pressoché permanenti.

Ne viene fuori un sistema blindato (nei confronti del Parlamento), rinforzato nelle procedure, corredato da clausole particolarmente «rigide». E *last, but not least* – in quanto generatore di una fonte atipica - non «aggredibile» nemmeno in via referendaria ex art. 75 (sent. n. 16/1978).

Questioni solo in parte affini riguardano anche la cd. legge-quadro di cui si discute in questa sede. Legge pervasa nelle sue complesse disposizioni da ampi e frequenti richiami agli «obiettivi di finanza pubblica», alle norme attuative dell'«equilibrio di bilancio», all'«andamento del gettito dei tributi». Materie, queste, inibite al referendum abrogativo ex art. 75, c. 2, Cost. Disposizione, quest'ultima, che – com'è noto - esclude la possibilità di svolgere consultazioni popolari su leggi tributarie e di bilancio.

Anche in questo caso le possibilità di sottoporre i contenuti della legge al voto dei cittadini non paiono pertanto particolarmente agevoli. Molto dipenderà da come il quesito sarà ritagliato e non è detto che questo basti. E ciò per una ragione che dev'essere attentamente tenuta in considerazione: probabilmente al fine recondito di blindare la legge-quadro e non esporla alle temute incursioni referendarie, il governo nella *Nota di aggiornamento del documento di economia e finanza* (Nadef) ha inserito la «legge-quadro» tra i provvedimenti collegati alla manovra di bilancio. Il Governo procedendo, in via dichiarativa, alla qualificazione della legge l'ha così posta sotto copertura, vincolando indissolubilmente l'autonomia differenziata alla manovra di bilancio. Più che un espediente, una vera e propria manovra di aggiramento, utilizzata con finalità surrettizie talmente evidenti che potrebbero indurre la Corte a «diffidare» delle clausole formali di autoqualificazione.

D'altra parte, la passiva espansione di questo istituto – se non adeguatamente arginata – potrebbe spingersi, in futuro, talmente oltre da comprimere gravemente le garanzie costituzionali, fino al punto di consegnare di fatto al Governo, la decisione di ammettere o non ammettere i referendum, con conseguenze alquanto evidenti sul piano della tenuta della giurisdizione costituzionale.

Va tenuto, tuttavia, in considerazione che la Corte potrebbe addivenire allo stesso esito, sulla base di altre motivazioni. E dichiarare, nel caso di specie, inammissibile il referendum, qualora ritenesse la legge-quadro una legge «costituzionalmente necessaria». Legge cioè di cui l'ordinamento (a prescindere dai contenuti in essa previsti) dev'essere «necessariamente» provvisto, in quanto «essenziale» ad assicurare la fisiologia del sistema. Com'è noto, diversamente dalle leggi «a contenuto costituzionalmente vincolato» («il cui nucleo normativo» non può essere «alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali)» –

sent. n. 16/1978), le leggi «a contenuto costituzionalmente necessario» possono essere modificate e abrogate, ma «esclusivamente per sostituzione con una nuova disciplina, compito che solo il legislatore rappresentativo è in grado di assolvere» (sent. n. 29/1987 e, da ultimo, sent. n. 50/2022).

4. E passiamo all'art. 3 che reca «Delega al Governo per la determinazione dei LEP ai fini dell'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione».

Tengo a precisare che non ho mai considerato i Lep come la panacea di tutti i mali. La loro introduzione – veicolata dalla lett. m) del novellato art. 117 Cost. – costituisce anzi, ancora oggi, uno dei punti maggiormente criticabili della riforma del titolo V della Costituzione approvata nel 2001.

Né tanto meno pare convincente il richiamo ricorrentemente operato, a tale riguardo, all'art. 72 del *Grundgesetz*. Con questa disposizione l'ordinamento tedesco si prefigge di garantire «*die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse*» («la creazione di condizioni di vita equivalenti»), la disposizione costituzionale introdotta in Italia nel 2001 si propone invece di «determinare» e assicurare «soltanto» la tutela dei «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali».

Lo scarto fra le due disposizioni è evidente. E ciò per la semplice ragione che «essenziale» non vuol dire «equivalente».

Siamo in presenza di una soluzione terminologica promiscua. E a renderla ancora più promiscua è la formulazione normativa adottata dall'art. 1, secondo comma, che sfruttando un'assonanza linguistica e fonetica con l'avverbio «equivalente» avverte che i livelli essenziali «devono essere garantiti «equamente» su tutto il territorio nazionale».

Va però, a tale riguardo, chiarito che «equamente» non significa «equivalente». Nell'argomentazione giuridica, in particolare, «equamente» significa «ponderatamente».

E a definire i margini di oscillazione della suddetta ponderazione sono i parametri di determinazione e proporzione dei livelli di tutela. Non a caso la medesima disposizione si uniforma (né avrebbe potuto essere diversamente trattandosi di una norma gerarchicamente subordinata) all'art. 117, c. 2, lettera m), Cost. che contempla espressamente la determinazione dei livelli essenziali di prestazione dei diritti civili e sociali.

Una formula quella dei livelli essenziali di prestazione mutuata dalla giurisprudenza costituzionale e da questa declinata nei termini di: «misura minima» (sent. n. 27/1998); «contenuto minimo essenziale» (sent. n. 184 del 1993); «nucleo essenziale» (sent. n. 304/1994); «nucleo irriducibile» (sentt. nn. 509/2000 e 309/1999); «contenuto minimale» (sent. n. 307/1990); «accettabile livello qualitativo e quantitativo di prestazioni» (sent. n. 335/1993). E anche in anni più recenti – post riforma – il giudice costituzionale ha espressamente vincolato la tutela dei livelli essenziali al rispetto delle «garanzie minime per rendere effettivi tali diritti» (sent. n. 220/2021). Nulla di meno, ma neppure nulla di più.

Di qui la ristrettezza dei margini di oscillazione delle politiche di previsione e determinazione dei livelli essenziali di prestazione. Margini oggi quanto mai compressi dai vincoli finanziari e dalle strozzature di bilancio, in buona parte derivanti dagli obblighi assunti in sede Ue e dalla maldestra revisione dell'art. 81 Cost. (l. cost. n. 1/2012). E i cui riflessi si ripercuotono ora anche all'interno della normativa in esame. Penso, in particolare, all'art. 3 che, al settimo comma, ci avverte che il periodico aggiornamento dei Lep dovrà avvenire «in coerenza e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili». O anche all'art. 9 che esordisce chiarendo – semmai non lo avessimo ancora compreso – che «dall'applicazione della presente legge e di ciascuna intesa non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica». Ne viene fuori un quadro per taluni aspetti confuso, per altri chiaro, soprattutto sul piano della compressione delle garanzie sociali e dei diritti. Così come alquanto chiaro è anche il risultato ultimo che questo disegno di legge rischia oggi di conseguire: rendere i livelli «essenziali»

ancora «più essenziali».

5. La disciplina dei Lep disvela un vistoso deficit non solo sul piano delle tutele sociali, ma anche sul piano della tenuta degli assetti democratici della forma di governo. Deficit parzialmente e malamente sanati dalle modifiche introdotte, in via emendativa, al disegno di legge in questione.

La versione originaria del progetto, nel definire le forme di determinazione dei Lep, ne attribuiva la competenza al Governo, legittimato a intervenire con uno o più dpcm. Soluzione che avrebbe comportato un sistematico «svuotamento» del ruolo del Parlamento e determinato una grave violazione della riserva di legge posta dall'art. 117, c. 2, Cost.

Io stesso, nel corso di un'audizione in Senato, dopo aver manifestato critiche e perplessità su un impiego così disinvolto del sistema delle fonti, avanzai quale ipotesi alternativa al dpcm, l'adozione di un decreto legislativo. Un'opzione in grado di attribuire significativi margini di manovra al Governo, senza esautorare però le Camere. Soluzione successivamente fatta propria, in via emendativa, dal disegno di legge oggi in discussione in questo ramo del Parlamento (art. 3, c. 1).

Tuttavia, nelle recenti disposizioni approvate in Senato troviamo anche dell'altro. E segnatamente che i decreti del Presidente del Consiglio sebbene non più utilizzabili per determinare i livelli essenziali, torneranno a esserlo, in futuro, quando si tratterà di «rideterminarli» (art. 3, c. 7). Insomma, i dpcm fatti uscire dalla porta, rientrano dalla finestra. Una sorta di gioco delle tre carte che incastra in modo diverso l'ordine delle disposizioni contenute nel disegno di legge, senza però mutare lo stato delle cose e finendo così con il privilegiare quale soluzione preferenziale i dpcm: atti normativi che, diversamente dai decreti legislativi, non sono atti collegiali, sfuggono al controllo parlamentare, non sono emanati da un organo di garanzia politica qual è il Presidente della Repubblica e non sono suscettibili di essere sindacati nemmeno dalla Corte costituzionale (quanto meno in sede di giudizio di legittimità).

A ciò si aggiunga che l'opzione espressa a favore del decreto legislativo (per determinare, in prima battuta, i livelli essenziali di prestazione), sebbene coerente sul piano ordinamentale, disvela notevoli elementi di criticità nel caso di specie.

Ci si riferisce, in particolare, al disposto dell'art. 3 che, al primo comma, delega il Governo «ad adottare [...] uno o più decreti legislativi, sulla base dei principi e criteri direttivi di cui all'articolo 1, commi da 791 a 801-bis, della legge 29 dicembre 2022, n. 197 (la legge di bilancio per l'anno 2023)». Principi e criteri direttivi, quindi, non contenuti nel disegno di legge di cui si controverte, ma in una legge precedente (del 2022).

Certo, non è la prima volta che ciò accade. E in passato anche la Corte costituzionale ha avallato l'impiego di questo «escamotage», ammettendo la possibilità di determinare principi e criteri direttivi *per relationem*, con riferimento cioè ad altri atti legislativi già vigenti purché sufficientemente dettagliati (sentt. n. 87/1989 e n. 156/1987).

Ma se questo è il perimetro d'azione, tracciato dalla Corte, dovremmo allora concludere che la soluzione normativa prefigurata deve ritenersi viziata per difetto di delega. Sia sul piano formale perché la legge «rinforzata» sul pareggio di bilancio (n. 243/2012) all'art. 15, secondo comma, stabilisce che la prima sezione della legge di bilancio (ed è questo il caso) non possa prevedere «norme di delega, di carattere ordinamentale o organizzatorio». Sia sul piano sostanziale, con riferimento alla concreta determinazione del contenuto essenziale della legge di delega. E questo perché i commi richiamati (da 791 a 801-*bis*) della legge di bilancio, non sono norme di principio, contengono disposizioni alquanto eterogenee, presentano un carattere prevalentemente procedurale e sono spesso orientate al perseguimento di finalità che esulano dai contenuti del disegno di legge in esame.

6. A tenere uniti e a sorreggere i tanti e confusi iter procedimentali che pervadono il disegno

di legge è l'ideologia del Capo. Ed è proprio su questo delicato terreno – quello della sovraesposizione dei poteri del Governo e del suo capo – che il disegno di legge pare connettersi idealmente alla riforma costituzionale del cd. «premierato elettivo» (A.S. n. 935) oggi in discussione. Lo schema sinallagmatico utilizzato dai due disegni di legge è chiaro: alla frammentazione dell'unità dei diritti si risponde con l'elezione diretta del *Premier*, alla disarticolazione dei governi territoriali si risponde con la concentrazione dei poteri di indirizzo nelle mani del Governo, alla destrutturazione della forma di Stato si risponde con una cattiva operazione di ingegneria istituzionale condotta sulla pelle della forma di governo parlamentare.

7. Il dominio dell'esecutivo nella determinazione dei livelli essenziali non si limita all'emanazione del d.lgs. o del d.P.C.M. Ma pervade tutto il procedimento: dalla fase istruttoria all'emanazione degli atti normativi da parte del governo. Questi i passaggi più significativi:

a) la fase istruttoria (la cd. «ricognizione») è affidata a una «cabina di regia» (istituita, presso la Presidenza del Consiglio, ai sensi dell'art. 1, c. 792, della legge di bilancio per l'anno 2023 (n. 197/2022)). Questo organismo – apprendiamo dalla *Relazione* di accompagnamento – è chiamato a svolgere le proprie funzioni ricognitive a partire dalla «spesa storica a carattere permanente dell'ultimo triennio, sostenuta dallo Stato sul territorio di ogni Regione, per ciascuna propria funzione amministrativa», per poi solo «successivamente» determinare «i livelli essenziali delle prestazioni e dei costi e fabbisogni standard nelle materie di cui alla citata disposizione costituzionale, sulla base delle ipotesi tecniche formulate dalla Commissione tecnica per i fabbisogni standard».

b) Il secondo passaggio prevede l'«acquisizione dell'intesa della Conferenza unificata» ai sensi dell'art. 1, c. 796, l. n. 197/2022. A tale riguardo ci si limita però a evidenziare che la Conferenza è sì un luogo di concertazione tra Stato e autonomie territoriali, ma lo è solo in quanto espressione della volontà di vertice dei singoli esecutivi che la compongono. Ancora una volta a restare ai margini del processo di attuazione dell'autonomia differenziata sono pertanto le assemblee elettive.

c) Nella terza e ultima fase, a decidere sarà solo il Governo. Sarà l'esecutivo a determinare i livelli essenziali (con d.lgs.), ma anche a rideterminarli (con d.P.C.M.). Così come sarà sempre il Governo a decidere se e come limitare l'oggetto del negoziato ad alcune materie o ambiti di materie individuati dalla Regione nell'atto di iniziativa (art. 2, c. 2) e, in futuro, a «monitorare l'effettiva garanzia in ciascuna Regione dell'erogazione dei LEP» (art. 3, c. 4).

8. Un'ulteriore considerazione riguarda, infine, il destino della legge-quadro. Legge che, una volta approvata, assumerà sì valore e forza di legge, ma con una forza «minore» (*vis carens*), rispetto alle singole leggi di differenziazione che le succederanno, in quanto sottoposta come (quasi) tutte le leggi a una condizione risolutiva implicita (come direbbe Carlo Esposito).

La legge-quadro, oggi in discussione, essendo una «semplice» legge ordinaria, potrà pertanto essere modificata in qualsiasi momento dal legislatore e – ciò che conta in questa sede rilevare – anche dalle stesse leggi di differenziazione: in meglio (potrebbe essere rafforzato il ruolo del Parlamento), ma pure in peggio (potrebbe essere, ad esempio, travolta anche la possibilità per le Camere di esprimersi «con atti di indirizzo» ex art. 2, comma 4, accentuandone così la marginalizzazione).

Nell'avanzare questo tipo di rilievo, non mi riferisco quindi più ai contenuti della legge quadro della quale stiamo oggi discutendo, ma al suo vistoso potenziale di instabilità, trattandosi di una legge ordinaria. E come tale approvata nelle forme e con le maggioranze previste per le leggi ordinarie. Una legge quindi ad uso e consumo delle contingenti maggioranze parlamentari.

Né mi pare che – al fine di «blindarne» i contenuti – possa essere rintracciato un vincolo

normativo, tra il testo costituzionale e le disposizioni procedurali contenute nella legge-quadro, tale da poter configurare queste ultime come vere e proprie «norme interposte». Norme certamente ravvisabili in tutte le ipotesi nelle quali una disposizione formalmente costituzionale assegna ad una disposizione non formalmente costituzionale il compito di fissare i criteri di validità di successive leggi ed atti aventi forza di legge (si pensi al vincolo esistente tra decreto legislativo e leggi delega; e con riferimento al diritto regionale, al rispetto dei principi fondamentali contenuti nella legislazione concorrente ex articolo 117, c. 3, Cost.). Tuttavia, se ammettere, a priori, l'esistenza di norme interposte, ogni qual volta ci si trovi di fronte a peculiari riserve di legge, concernenti i profili procedurali (art. 75, u.c., Cost.) e organizzativi (art. 95, c. 3, Cost.; art. 137, c. 2, Cost.) di istituti e organi costituzionali, appare azzardato, ciò lo è ancor di più in assenza di un'espressa riserva di legge, come in questo caso. La strada da seguire avrebbe pertanto dovuto essere un'altra: riversare il contenuto delle disposizioni della normativa quadro in una legge costituzionale. Una soluzione coerente, dal punto di vista dell'ordinamento delle fonti (la determinazione del perimetro della legge costituzionale rientra nella discrezionalità del legislatore), ma anche conforme alla rilevanza costituzionale della materia considerata, trattandosi di profili normativi destinati a incidere sull'organizzazione degli assetti territoriali della Repubblica e sulla tutela dei diritti.

MEMORIA PREDISPOSTA PER L'AUDIZIONE PRESSO LA COMMISSIONE AFFARI COSTITUZIONALI DELLA CAMERA DEI DEPUTATI SULL'A.C. 1665 «DISPOSIZIONI PER L'ATTUAZIONE DELL'AUTONOMIA DIFFERENZIATA»

di Gianfranco Viesti*

Sommario. 1. Premessa. – 2. Il quadro attuale dei rapporti economico-finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali, nel quale si inseriscono le richieste di autonomia differenziata. – 3. Le previsioni in materia di rapporti economico-finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali nell'A.C. 1665. – 4. Valutazioni.

339

1. Premessa. L'A.C. 1665 «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata», pur essendo un atto di legislazione ordinaria, e quindi superabile da successivi atti legislativi (a cominciare dalla possibile legge di ratifica delle Intese Stato-regione) norma un processo di assoluta rilevanza per il futuro dell'Italia, tale da trasformarne radicalmente gli assetti¹. L'aspetto più rilevante dell'A.C. 1665 attiene a ciò che esso non contiene: ci si riferisce alla totale mancanza di criteri e meccanismi di valutazione che indirizzino la possibile cessione alle regioni di specifiche competenze, nell'ambito delle 23 materie previste dalla Costituzione e delle circa 500 funzioni pubbliche in esse contenute². Sarà l'estensione di questo trasferimento a determinare gli effetti che esso produrrà sul nostro paese, in materia di governo delle politiche pubbliche, di condizioni dei cittadini, di aspetti economico-finanziari. In mancanza di tali indicazioni si deve ritenere possibile il trasferimento dell'amplessimo arco di competenze richieste in particolare dalle Amministrazioni regionali di Veneto, Lombardia e Emilia-Romagna, con il relativo impatto economico-finanziario. L'art. 2, c. 2, stabilisce che «al fine di tutelare l'unità giuridica ed economica, nonché di indirizzo rispetto a politiche pubbliche prioritarie, il Presidente del Consiglio dei ministri, anche su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie o dei Ministri competenti per materia, può limitare l'oggetto del negoziato ad alcune materie o ambiti di materie individuate dalla Regione nell'atto di iniziativa»; ma il potere di determinare quali e quante materie e funzioni trasferire dovrebbe risiedere nel Parlamento, ed essere esercitato a seguito di ampia e approfondita analisi tanto delle materie e funzioni³. Peraltro, non è chiaro se, alla luce di quanto stabilito

* Professore Ordinario di Economia applicata – Università di Bari Aldo Moro.

¹ Per una complessiva lettura critica delle richieste di autonomia regionale differenziata si rimanda a G. Viesti, *Contro la secessione dei ricchi. Autonomie regionali e unità nazionale*, Roma-Bari, 2023.

² In tal senso anche A. Zanardi, *I rischi dell'autonomia differenziata*, in *lavoce.info*, 25 gennaio 2024.

che argomenta che «il disegno di legge Calderoli avrebbe dovuto fissare una cornice di regole generali per assicurare un'attuazione ordinata e graduale al quadro costituzionale potenzialmente produttivo di grandi instabilità». Per le funzioni si veda Presidenza del Consiglio dei ministri, ministro per gli Affari regionali e le autonomie, *Ricognizione della normativa e delle funzioni statali nelle materie di cui all'articolo 116, terzo comma, Cost.*, Roma, 2023.

³ Secondo la Banca d'Italia, Memoria della Banca d'Italia. Disegno di legge A.S. 615, I Commissione del Senato, 19 giugno 2023, «le decisioni in merito alla configurazione dell'autonomia differenziata richiedono quindi un'accurata e oggettiva disamina dei vantaggi e degli svantaggi derivanti dal decentramento di ciascuna specifica funzione, tenendo conto anche del contesto locale». A. Zanardi, *I rischi dell'autonomia differenziata*, cit., (2024) valuta che «la frammentazione delle competenze in alcuni ambiti di intervento pubblico di primaria rilevanza che potrebbe derivare da un consistente decentramento a favore di singole regioni produrrebbe gravissime

all'articolo 11 detta disposizione si applichi alle tre regioni che hanno già sottoscritto pre-intese.

In relazione a quelle richieste, in questa memoria ci si concentrerà in modo particolare sulle disposizioni in materia di rapporti economico-finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali contenute nell'A.C. 1665: tema di grandissima rilevanza nel quadro dell'autonomia differenziata. Così, nel par. 1 si ripercorrerà l'attuale quadro delle relazioni, nel par. 2 si riepilogheranno le previsioni legislative attualmente in discussione, nel par. 3 si formuleranno valutazioni critiche e preoccupate a riguardo.

2. Il quadro attuale dei rapporti economico-finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali, nel quale si inseriscono le richieste di autonomia differenziata.

I nuovi assetti dei rapporti economico-finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali scaturiscono dalla riforma costituzionale del 2001 e trovano concreta definizione solo diversi anni dopo, con la l. n. 42/2009⁴. La legge distingue il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP), ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. m), Cost., e delle funzioni fondamentali dei comuni (lett. p) rispetto al finanziamento delle altre spese. I LEP riguardano i fondamentali diritti civili e sociali dei cittadini, e spetta allo Stato la decisione sui livelli che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale⁵. Trasformati i diritti costituzionali di tutti gli italiani in precisi indicatori, vanno calcolati i «fabbisogni standard», cioè le risorse necessarie ad assicurare tali prestazioni. Infine, la l. n. 42/2009 stabilisce i principi per l'assegnazione di fondi perequativi agli enti dotati di minori capacità di autofinanziamento, per compensare le differenze di risorse che non derivano da una responsabilità dell'ente, ma dalla minore capacità fiscale, dovuta al più basso livello dei redditi dei loro cittadini⁶.

I meccanismi di perequazione fra i diversi enti sub-statali sono particolarmente importanti nel caso italiano. Essi devono evitare che il decentramento produca automaticamente disparità fra le diverse aree del nostro paese in base ai loro livelli di reddito, ovvero aggravare quelle già esistenti. Se regioni ed enti locali devono anche solo parzialmente finanziarsi ricorrendo alla tassazione nei loro territori, ma esistono differenze territoriali nei livelli di reddito e di ricchezza, un decentramento del prelievo genera automaticamente disparità nelle

inefficienze economiche, ridurrebbe la trasparenza delle politiche pubbliche per i cittadini, renderebbe oltremodo difficili le scelte delle imprese che operano su scala sovranazionale, che dovrebbero confrontarsi con assetti regolativi differenziati sul territorio»; e ancora la Banca d'Italia, Memoria della Banca d'Italia. Disegno di legge A.S. 615 valuta che «occorre anche tenere conto che su alcune di queste materie (quali le politiche energetiche ed ambientali) è richiesta una capacità di azione tempestiva e di coordinamento, a livello nazionale e spesso sovranazionale. La recente esperienza della pandemia ha ad esempio messo in luce la dimensione sempre più globale della tutela della salute, evidenziando come la rapidità e la qualità dei processi decisionali possano risentire della frammentazione delle competenze su più livelli di governo».

⁴ La legge è incentrata sul superamento del sistema di finanza derivata – per cui le risorse economiche venivano trasferite dal centro a regioni ed enti locali – e sull'attribuzione invece di una maggiore autonomia di entrata e di spesa. Il tutto nel rispetto dei principi di solidarietà, riequilibrio territoriale e coesione sociale esplicitamente richiamati in Costituzione. Vengono disciplinate le forme di autonomia finanziaria di comuni, province, città metropolitane e regioni, vincolandole al rispetto dell'equilibrio di bilancio, e garantendo il diritto ad assegnazioni sufficienti per finanziare integralmente le funzioni loro attribuite. Gli enti decentrati non sono più finanziati da trasferimenti dello Stato, ma hanno come fonti di entrata compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibili al loro territorio e tributi propri (anche derivati e addizionali). L'eliminazione di tutte le forme di trasferimento ha creato una situazione differente da quella di altri paesi europei; e ha costretto a mascherare dietro formule assai complesse ma vuote, le risorse destinate alle regioni per la sanità. G. Pisauro, *I progetti di autonomia differenziata faranno crescere le disuguaglianze*, in «Domani», 4 luglio 2022.

⁵ La l. n. 42/2009 prevede che i LEP vengano definiti da una legge statale.

⁶ Per le spese che investono i diritti fondamentali di cittadinanza (sanità, assistenza, istruzione) e per quelle relative alle funzioni fondamentali degli enti locali le disponibilità devono essere pareggiate. Per le altre le differenze nelle «capacità fiscali» vanno ridotte, avvicinando le risorse disponibili per gli enti sub-statali.

risorse disponibili. Per questo strumenti per la loro perequazione non sono un atto caritatevole, una concessione delle comunità più ricche a quelle più povere, bensì una componente fondamentale di ogni processo di decentramento in tutti i paesi.

La capacità degli enti sub-statali di erogare servizi dipende inoltre anche dalle loro dotazioni infrastrutturali. Tali dotazioni sono in Italia molto differenti, a danno, in genere, del Mezzogiorno e delle province non metropolitane⁷: la l. n. 42/2009, in attuazione dell'art. 119, c. 5, Cost., stabilisce che esse devono essere progressivamente rese sempre più simili.

L'articolato disegno previsto dalla Costituzione e precisato dalla l. n. 42/2009 è stato realizzato solo in minima parte, e talvolta in maniera distorta. Va ricordato un importante aspetto che è scaturito dalle decisioni nazionali sulla tassazione. Con la riforma costituzionale e poi con la l. n. 42/2009 si cercò di rimediare allo squilibrio fra il trasferimento a regioni ed enti locali di rilevanti responsabilità di spesa e le modalità di raccolta delle risorse necessarie per il loro finanziamento. Già dagli anni Novanta si cercò di costruire un sistema di finanziamento di regioni ed enti locali, attribuendo loro la potestà di accrescere le aliquote di tributi nazionali con addizionali; e istituendo due nuovi tributi, entrambi manovrabili in sede decentrata: l'Irap per le regioni e l'Imu per gli enti locali. Tuttavia, nel XXI secolo, proprio mentre crescevano le responsabilità di spesa dei governi sub-statali, questa tendenza si è invertita. L'autonomia tributaria degli enti sub-statali è andata diminuendo a causa di decisioni fiscali nazionali. Così il quadro italiano contemporaneo presenta un rilevante decentramento di poteri ma una scarsa responsabilità sul prelievo, specie per le regioni.

Le norme costituzionali e le specifiche disposizioni della l. n. 42/2009 sono rimaste largamente inattuata, a partire dall'aspetto più importante: l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni nelle funzioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, cioè il cardine intorno al quale deve ruotare tutto il meccanismo di finanziamento. Più volte la Corte costituzionale, ad esempio con la sent. n. 220/2021⁸, ha stigmatizzato il gravissimo ritardo nella loro individuazione. Per le regioni – alcune delle quali chiedono ulteriori competenze con nuove modalità per il loro finanziamento – non è stata mai attuata la l. n. 42/2009. Il sistema di finanziamento delle regioni a statuto ordinario è tuttora quello precedente al d.lgs. n. 68/2011, attuativo della l. n. 42/2009⁹. Quindi non solo non sono mai stati definiti i LEP; non si è nemmeno avviato il processo di superamento di un meccanismo di finanziamento delle regioni ancorato alla spesa storica¹⁰. L'unico meccanismo a regime riguarda la spesa sanitaria; ma si tratta di un meccanismo che tradisce lo spirito della Costituzione. Il complessivo fabbisogno nazionale è definito in base alle disponibilità esistenti nel bilancio dello Stato e i fondi vengono poi distribuiti fra le regioni tenendo conto solo della dimensione della popolazione, in parte

⁷ Cfr. es. M. Bucci, G. Ivaldi, G. Messina, *I divari infrastrutturali in Italia: una misurazione caso per caso*, «Questioni di Economia e Finanza», Banca d'Italia, Roma, 2021, 635.

⁸ Si vedano anche le sentt. nn. 62/2020 e 142/2021.

⁹ Secondo il d.lgs n. 68/2011, devono essere definiti i LEP per la sanità, l'assistenza, l'istruzione (per lo svolgimento delle funzioni amministrative) e il trasporto pubblico locale con riferimento alla spesa in conto capitale. Quest'ultimo aspetto rappresenta la maggiore criticità della legge, perché la perequazione integrale vale solo per le spese in conto capitale. Il diritto alla mobilità, garantito attraverso le spese correnti per il trasporto pubblico, non è considerato una prestazione che deve essere fornita omogeneamente a tutti i cittadini. Con i LEP devono essere definiti i costi e i fabbisogni standard, nonché le metodologie di monitoraggio e di valutazione dell'efficienza e dell'appropriatezza dei servizi offerti.

¹⁰ Una ricostruzione della situazione del diritto allo studio universitario (F. Cerniglia, G. Di Ielsi, M. Mastracci, G. Messina, L. Minzyuk, A. Zanardi, *Il diritto allo studio universitario: livelli, standard, spesa e finanziamento*, Commissione Tecnica Fabbisogni Standard, 22 ottobre 2022), mostra ad esempio un quadro con forti differenziazioni fra le regioni, e in cui la disponibilità di risorse è collegata al gettito della relativa tassazione studentesca.

ponderata per l'età, senza considerare tutti i fabbisogni di salute¹¹. I LEP (in questo caso: i livelli essenziali di assistenza, LEA¹²) esistono da tempo, ma sono irrilevanti¹³. Si è infine ricordato che la l. n. 42/2009 prevedeva la determinazione delle differenze nelle dotazioni infrastrutturali necessarie per erogare i servizi e la creazione di un fondo per la loro riduzione attraverso nuovi investimenti nelle aree con dotazioni inferiori. Nulla di tutto questo è avvenuto, né in sanità né in altri ambiti.

Molti passi in avanti nell'attuazione della l. n. 42/2009 si sono fatti invece per i comuni anche se sono emerse criticità di grande interesse¹⁴. In assenza di LEP, la definizione dei fabbisogni standard si è basata inizialmente sui livelli storici di copertura dei servizi. Sono stati così stabiliti criteri che hanno finito col favorire le amministrazioni che erano già in grado di erogare maggiori servizi¹⁵. Comparando i fabbisogni, seppur così costruiti, e le capacità fiscali erano emerse necessità perequative molto forti, solo parzialmente e tardivamente avviate a regime¹⁶.

Esempio positivo viene dalla legge di bilancio per il 2022 tramite la quale è stato individuato, per la prima volta, il LEP relativo alla disponibilità dei posti nei nidi: ed è stata incrementata a tal fine la dotazione del Fondo di solidarietà comunale per finanziare il numero di posti disponibili nei nidi¹⁷. È stato anche definito il LEP con riguardo ai servizi sociali comunali. Prima di interrompere la propria attività in seguito alla caduta del governo Draghi, la Commissione Tecnica Fabbisogni Standard stava realizzando un lavoro molto prezioso sulla

¹¹ Questo nonostante già la l. n. 662/1996 avesse stabilito che i criteri per il riparto del Fondo sanitario nazionale dovessero essere più articolati: «popolazione residente, frequenza dei consumi sanitari per età e per sesso, tassi di mortalità della popolazione, indicatori relativi a particolari situazioni territoriali ritenuti utili al fine di definire i bisogni sanitari delle regioni ed indicatori epidemiologici territoriali». Ma sin dal d.lgs. n.56/2000 il riparto è stato sempre basato solo sulla popolazione residente parzialmente pesata per l'età. Si tratta di un criterio molto sfavorevole per le regioni meridionali, che hanno un'età media della popolazione inferiore e che, soprattutto, sono caratterizzate da ampi fenomeni di deprivazione sociale. Povertà ed esclusione sociale incidono fortemente sui bisogni sanitari della popolazione: ma questo non viene riconosciuto in Italia, contrariamente a quanto avviene in altri paesi europei

¹² I Lea non sono erogati in quantità e qualità uniformi in tutte le regioni del paese: una ricostruzione per gli anni Dieci mostra che nelle regioni del Mezzogiorno, nel Lazio e in alcune delle aree a statuto speciale del Nord le prestazioni effettivamente fornite ai cittadini sono state, in quantità e in qualità, decisamente inferiori a quanto avvenuto nelle regioni con i risultati migliori, in particolare Emilia-Romagna, Toscana e Veneto (Gimbe, *Livelli Essenziali di Assistenza: le disuguaglianze regionali in sanità*, Report Osservatorio, 2, 2022). Ma, come già detto, a fronte di queste disparità non viene riconosciuto alcun particolare fabbisogno.

¹³ Ancora per il 2023 il riparto è basato per il 98,5% sulla popolazione residente e sulla frequenza dei consumi sanitari per età, e solo per un minuscolo 0,75% sul tasso di mortalità della popolazione con meno di 75 anni e per un altrettanto minuscolo 0,75% in base a «indicatori utilizzati per definire situazioni territoriali che impattano sui bisogni sanitari».

¹⁴ Sul tema si rinvia a G. Viesti, *Contro la secessione dei ricchi. Autonomie regionali e unità nazionale*, Roma-Bari, 2023.

¹⁵ È stata inserita ad esempio, per alcune funzioni, una variabile territoriale regionale per riconoscere un maggior fabbisogno dove i livelli di servizi risultavano già più elevati (M. Esposito, *Zero al Sud*, Soveria Mannelli, 2018). In base a questa quantificazione, un cittadino calabrese avrebbe per principio avuto diritto a una spesa per servizi pari al 74% di un emiliano; un bambino piccolo (0-2 anni) calabrese a una spesa per i nidi pari a meno del 10% rispetto a un bambino emiliano (Openpolis, *Il calcolo diseguale. La distribuzione delle risorse ai comuni per i servizi*, Roma, 2019). Fortunatamente negli anni successivi, anche su impulso della Commissione tecnica per i fabbisogni standard (Ctfs) e dei suoi nuovi presidenti, queste storture sono state in misura rilevante corrette e i fabbisogni aggiornati.

¹⁶ Il Fondo di solidarietà comunale è stato istituito nel 2013 e avviato nel 2015. Ma il sistema è lontanissimo dall'essere a regime. Nel riparto del Fondo di solidarietà comunale per l'anno 2022 è, ad esempio, utilizzato a tali fini solo il 65% del totale. Nel 2019 è stato poi stabilito che il meccanismo perequativo funzionerà pienamente solo nel 2030, invece che nel 2021 come precedentemente previsto.

¹⁷ Tuttavia, la circostanza che le risorse del PNRR per la costruzione di nuovi nidi siano state allocate ignorando questa disposizione di legge (G. Viesti, *Riuscirà il PNRR a rilanciare l'Italia?*, Roma, 2023), illustra molto bene le difficoltà, politiche e tecniche del processo.

rideterminazione dei fabbisogni standard per i servizi comunali nell'istruzione, come mense e trasporto studenti.

Il quadro, seppur come ricostruito in maniera estremamente sommaria, indica che molta strada deve essere ancora compiuta per la piena attuazione del dettato costituzionale, e per la costruzione di un quadro di relazioni finanziarie che determini un percorso verso una maggiore parità dei diritti civili e sociali di tutti i cittadini, in termini di servizi pubblici disponibili, e di responsabilizzazione di Regioni e Enti Locali in termini di efficienza nella quantità e qualità dei servizi forniti per date risorse ricevute.

L'esperienza mostra anche che è impossibile ridurre le attuali disparità, in termini di infrastrutture e servizi, senza stanziare risorse ulteriori, che potrebbero essere assai rilevanti; che è indispensabile produrre meccanismi tecnici di allocazione di risorse complessi e sofisticati, ma al tempo stesso comprensibili per le rappresentanze parlamentari e per i cittadini; che è necessario un tempo non indifferente.

3. Le previsioni in materia di rapporti economico-finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali nell'A.C. 1665. Si riepilogheranno qui sommariamente le previsioni in materia di rapporti economico-finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali previste nell'A.C. 1665.

Quanto al quadro di riferimento generale, l'art. 9, c. 1, stabilisce che «dall'applicazione della presente legge e di ciascuna intesa non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica»¹⁸. Inoltre (art. 9, c. 3), si stabilisce che «per le singole Regioni che non siano parte delle intese approvate con legge in attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, è garantita l'invarianza finanziaria e che le intese, in ogni caso, non possono pregiudicare l'entità e la proporzionalità delle risorse da destinare a ciascuna delle altre Regioni, anche in relazione ad eventuali maggiori risorse destinate all'attuazione dei LEP di cui all'articolo 3». L'art. 2, c. 1, stabilisce che «ai fini dell'avvio del negoziato, il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro per gli affari regionali e le autonomie tiene conto del quadro finanziario della regione»¹⁹.

In merito al finanziamento delle competenze devolute, l'articolo 5, c. 2, stabilisce che «l'Intesa di cui all'articolo 2 individua le modalità di finanziamento delle funzioni attribuite attraverso compartecipazioni al gettito di uno o più tributi erariali maturato nel territorio regionale, nel rispetto dell'articolo 17 della legge 31.1.2009 n.196, nonché nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 119, quarto comma, della Costituzione». L'articolo 8, c. 2, dispone poi che «la Commissione paritetica provvede altresì annualmente alla ricognizione dell'allineamento tra i fabbisogni di spesa già definiti e l'andamento del gettito dei tributi compartecipati per il finanziamento delle medesime funzioni. Qualora la suddetta ricognizione evidenzia uno scostamento dovuto alla variazione dei fabbisogni ovvero all'andamento del gettito dei medesimi tributi, anche alla luce delle variazioni del ciclo economico, il Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, previa intesa in sede di Conferenza unificata, adotta, su proposta della Commissione paritetica, le necessarie variazioni delle aliquote di compartecipazione definite nelle intese ai sensi dell'articolo 5, c. 2, garantendo comunque l'equilibrio di bilancio e nei limiti delle risorse disponibili. Sulla base dei dati del gettito effettivo dei tributi compartecipati

¹⁸ Alla luce di questa prescrizione appare decisamente sorprendente che il disegno di legge sia stato collegato alla legge di bilancio. Circostanza forse spiegata dal fatto che tale collegamento può precludere la possibilità di indire un referendum abrogativo sulla legge.

¹⁹ Si noti, incidentalmente, che tale disposizione, in assenza di norme a regime sul finanziamento delle regioni in attuazione dell'art. 119 Cost. non ha basi oggettive di riferimento. E può determinare una discriminazione su basi politiche dell'accesso di talune regioni al processo.

rilevati a consuntivo, si procede, di anno in anno, alle conseguenti regolazioni finanziarie relative alle annualità decorse, sempre nei limiti delle risorse disponibili».

Quanto alla determinazione dei LEP, l'art. 3, c. 1, richiamando le disposizioni dei cc. 791-801-*bis* della legge di bilancio per il 2023 stabilisce che i LEP vadano determinati nelle materie oggetto di devoluzione. L'art. 3, c. 3, elenca quelle, al loro interno in cui vanno definiti. Il resto dell'art. 3 norma le procedure per la determinazione e l'aggiornamento. In particolare, l'art. 3, c. 8 attribuisce alla Commissione Tecnica Fabbisogni Standard²⁰ il compito, relevantissimo, di formulare ipotesi tecniche sulla determinazione, e poi l'aggiornamento, dei costi e fabbisogni standard.

Quanto infine alla perequazione infrastrutturale l'art. 10, c. 1, richiama alcuni criteri molto generali, fra i quali «l'unificazione delle diverse fonti aggiuntive o straordinarie di finanziamento statale di conto capitale, destinate alla promozione dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale, alla rimozione degli squilibri economici e sociali, all'eliminazione del deficit infrastrutturale tra le diverse aree del territorio nazionale nonché l'effettuazione di interventi speciali di conto capitale, ivi compresi quelli finalizzati ad eliminare il deficit infrastrutturale tra le diverse aree del territorio nazionale».

L'A.C. 1665 nulla dispone infine sulla possibile cessione al demanio regionale di quote del patrimonio pubblico nazionale, anche se tali richieste rappresentano un elemento di grande rilevanza nelle richieste regionali²¹.

4. Valutazioni. Va preliminarmente ricordato che i temi attinenti alle disposizioni economico-finanziarie sono di grande rilevanza nell'ambito dell'autonomia differenziata.

Le iniziative delle regioni Veneto e Lombardia sono state esplicitamente finalizzate a ottenere, sotto forma di quote di gettito dei tributi che vengono trattenute, risorse pubbliche maggiori rispetto a quelle oggi spese dallo Stato nei loro territori. Quello delle risorse è stato il tema dominante della campagna referendaria del 2017 in entrambe le regioni: era comune l'invito a sostenere l'iniziativa per conquistare la maggior quota possibile del cosiddetto residuo fiscale. In Veneto, questa quota è stata ufficialmente ed esplicitamente quantificata nel novembre 2017 nei 9/10 del gettito fiscale. Richiesta mai ritirata o modificata. In Lombardia, il Consiglio regionale ha approvato il 13 giugno 2017 una mozione con cui si chiede di «negoziare, all'indomani dell'esito positivo del referendum, contestualmente alle nuove competenze e alle risorse relative, anche l'autonomia fiscale così come riconosciuta alle Regioni a Statuto speciale, nel cui ambito sarebbe inserita la Lombardia all'indomani della conclusione positiva della trattativa con il Governo, applicando il sacrosanto principio, ormai non più trascurabile, che le risorse rimangano sui territori che le hanno generate». Sul tema del cosiddetto «residuo fiscale» si è espressa con chiarezza la Corte costituzionale. Nella sent. n. 118/ 2015, che riguarda i quesiti referendari veneti in cui si proponeva di trattenere almeno l'80% dei tributi nella regione, la Corte ha sostenuto che «i quesiti in esame profilano alterazioni stabili e profonde degli equilibri della finanza pubblica, incidendo così sui legami

²⁰ La cui nuova Presidente nominata nel 2023, Elena D'Orlando (Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nonché Direttore del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Udine) fa contemporaneamente parte della Delegazione trattante della Regione Veneto in materia di autonomia differenziata (come riportato in <https://autonomia.regione.veneto.it/la-delegazione-trattante> ultimo accesso 14.3.2024). La delegazione trattante è «composta da Professori di chiara fama, illustri costituzionalisti ed esperti in materia economico-finanziaria, oltre che da dirigenti di vertice della Regione, ed è incaricata di supportare il Presidente nel negoziato con lo Stato».

²¹ Si veda a riguardo F. Pallante, *Ancora nel merito del regionalismo differenziato: le nuove bozze di intesa tra Stato e Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna*, in *Federalismi.it*, 20, 2019, nonché G. Viesti, *Contro la secessione dei ricchi. Autonomie regionali e unità nazionale*, Roma-Bari, 2023 per una sintesi.

di solidarietà tra la popolazione regionale e il resto della Repubblica. [...] investono in pieno [...] alcuni elementi strutturali del sistema nazionale di programmazione finanziaria, indispensabili a garantire la coesione e la solidarietà all'interno della Repubblica, nonché l'unità giuridica ed economica di quest'ultima». Nella sent. n. 69/2016, ha affermato che «il parametro del residuo fiscale non può essere considerato un criterio specificativo dei precetti contenuti nell'articolo 119 della Costituzione».

La richiesta è quella di ottenere meccanismi assimilabili a quelle delle regioni a statuto speciale. Il punto chiave è nel finanziamento delle funzioni attribuite attraverso compartecipazioni al gettito di uno o più tributi erariali maturato nel territorio. Le regioni, infatti, mirano ad ottenere che il finanziamento non sia basato su una propria tassazione²². Ad esito di questo processo le regioni disporrebbero di amplissime competenze e risorse, ma non avrebbero alcuna responsabilità del prelievo di fronte ai propri cittadini. Si tratta di una situazione che certamente non offre incentivi all'efficienza nell'erogazione dei servizi; non responsabilizza i decisori regionali dinanzi ai propri cittadini; rende difficile per questi ultimi valutare la qualità del proprio governo.

Quale percentuale? Essa sarebbe definita in un primo momento in base a una trattativa diretta fra Stato e regione e poi da parte di una Commissione paritetica Stato-regione. La eventuale rimodulazione dell'aliquota sarebbe di competenza delle Commissioni paritetiche, una per regione, e si realizzerebbe, par di capire, *ex post*, con evidenti rischi per il coordinamento della finanza pubblica. Se la dinamica nel tempo del gettito fiscale fosse superiore nelle regioni che hanno ottenuto la maggiore autonomia rispetto alla media nazionale – come è storicamente avvenuto per decenni nelle aree a statuto speciale del Nord e come è avvenuto nel XXI secolo per le tre regioni – esse vedrebbero costantemente crescere le risorse disponibili grazie all'aliquota percentuale di compartecipazione²³.

L'invarianza del valore della compartecipazione rispetto alla spesa statale potrebbe verificarsi nel momento in cui le Intese vengono firmate: ma questo non è esplicitamente definito nell'A.C. Ma cosa accade nel tempo? Per mantenere le loro risorse costanti, se il gettito fiscale delle regioni firmatarie cresce, la relativa percentuale che è loro riconosciuta dovrebbe ridursi nel tempo. Ma il potere di determinarla è nelle mani delle Commissioni paritetiche, in cui le regioni firmatarie giocano un ruolo fondamentale. Appare difficile immaginare che amministrazioni che hanno avviato questo processo proprio per acquisire maggiori risorse vi rinuncino quando sono state in grado di ottenerle. È ciò che già accade per le regioni a statuto speciale. Ma questa volta non si tratta di piccole aree: le regioni Lombardia, Veneto e Emilia-Romagna rappresentano il 40% del Pil italiano; la spesa pubblica statale nelle tre regioni

²² Secondo M. Bordinon, *Autonomia differenziata: tre i punti da riscrivere*, «lavoce.info», 4 aprile 2023 «per dare elasticità al bilancio regionale ci vorrebbero invece tributi propri, sui quali la regione abbia spazi di autonomia. Questo responsabilizzerebbe anche i governi regionali. Perché si potrebbe allora richiedere che spese regionali in eccesso rispetto a quanto preventivato siano finanziate tassando di più i residenti della regione stessa»; sulla stessa linea è anche A. Zanardi, *Se l'autonomia contraddice i principi del federalismo*, in *lavoce.info*, 13 aprile 2023.

²³ Svimez (L. Bianchi, *Audizione dinanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione Affari costituzionali del Senato, in relazione ai disegni di legge n. 615 e 273 (attuazione dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario)*, 25 maggio 2023) stima che le funzioni delegate assorbirebbero larga parte dell'Irpef regionale (il 90% circa nel caso del Veneto, quote tra il 70 e l'80% per Lombardia ed Emilia-Romagna; nell'ipotesi di utilizzo del gettito dell'Iva in tutte e tre le regioni esso non coprirebbe il fabbisogno finanziario ma occorrerebbe una integrazione del gettito Irpef), un sistema di finanziamento molto simile a quello delle regioni a statuto speciale. In base a quelle stime, se l'autonomia fosse stata concessa nel 2017, si sarebbe generato in pochi anni un notevolissimo surplus a favore delle tre regioni. La crescita delle risorse sarebbe ben superiore a quella delle spese: basti ricordare che fra il 2013 e il 2017 la crescita del gettito Iva in Lombardia è stato superiore di dieci punti all'aumento della spesa statale per l'istruzione nella stessa regione (G. Pisauro, *L'autonomia differenziata è la secessione della finanza pubblica*, cit.).

ammonta a 68 miliardi sui 273 «regionalizzabili»²⁴. Garantire loro prelievi compartecipazioni al gettito di ampia dimensione può ridurre significativamente le risorse disponibili per il ministero dell'Economia per far fronte al debito pubblico, che rimarrebbe a carico di tutti i contribuenti italiani. Con risorse garantite dalle compartecipazioni, e magari avendo acquisito porzioni del patrimonio pubblico, alcune regioni potrebbero quasi configurarsi – per usare una terminologia dei mercati finanziari - come delle «good company» nei confronti del debito pubblico italiano; altre, all'opposto, potrebbero configurarsi come delle «bad company». Si tratterebbe a tutti gli effetti di regioni «speciali».

Come ricordato, l'articolo 9 dell'A.C. prevede che vi debba essere «invarianza finanziaria» anche per le regioni che non sottoscrivono l'Intesa: si tratta di una formulazione di difficile comprensione, soprattutto ricordando che si tratta di funzioni statali e non regionali, e che il processo di applicazione alle amministrazioni regionali delle norme della l. n. 42/2009 non si è mai avviato. E quindi non è chiaro a che cosa si debba applicare l'invarianza finanziaria. Si tratterebbe in ogni caso di una sorta di quadratura del cerchio: nessun nuovo onere complessivo insieme all'invarianza per le altre regioni dovrebbe implicare invarianza di risorse anche per le regioni che sottoscrivono le Intese. Ma ottenere maggiori risorse è un obiettivo fondamentale di Veneto e Lombardia.

Secondo il Servizio bilancio del Senato (2023), «nel caso del trasferimento alle regioni di un consistente numero di funzioni oggi svolte dallo Stato (e delle relative risorse umane, strumentali e finanziarie), ci sarebbe un forte aumento del bilancio regionale ed un ridimensionamento di quello statale, con il rischio di non riuscire a conservare i livelli essenziali delle prestazioni presso le regioni non differenziate. Le regioni più povere, oppure quelle con bassi livelli di tributi erariali maturati nel proprio territorio, potrebbero avere maggiori difficoltà a finanziare, e dunque ad acquisire, le funzioni aggiuntive». Secondo la Commissione Europea (2023)²⁵, «senza risorse aggiuntive, potrebbe risultare difficile fornire gli stessi livelli essenziali di servizi in regioni storicamente a bassa spesa, anche per la mancanza di un meccanismo perequativo». Le regioni a minor reddito potrebbero infatti incontrare difficoltà a finanziare i servizi anche provando ad aumentare per quanto possibile la propria pressione fiscale, mentre quelle a maggior reddito conserverebbero maggiore capacità di incidere²⁶.

²⁴ Senato della repubblica e Camera dei deputati, *Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*, Dossier, XIX Legislatura, maggio 2023

²⁵ Traduzione proprio dal testo ufficiale in inglese. Secondo il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio, *Appunto per il Presidente del Consiglio*, Roma, 19 giugno 2019.

«pare evidente che un complessivo aumento della spesa statale per l'esercizio delle funzioni oggetto di autonomia differenziata contrasti, evidentemente, con la clausola di invarianza finanziaria [...] e che esso non risponde altresì alla logica di efficientamento della spesa che deve presiedere all'attribuzione di maggiore autonomia alle singole regioni»; «l'applicazione di un simile meccanismo è suscettibile di determinare una violazione indiretta degli articoli 5, 81, 116 terzo comma e 119 della Costituzione».

²⁶ Come nota V. Mapelli, *Dalla sanità tre lezioni per l'autonomia differenziata*, in *lavoce.info*, 17 febbraio 2023, «un punto percentuale di addizionale Irpef produce un gettito in Lombardia, nel 2021, di poco meno di 1700 milioni, in Veneto di 730, in Emilia-Romagna di 710, mentre in Molise di soli 38 milioni, in Basilicata di 58, in Abruzzo di 155, in Calabria di 170 (nostri calcoli su dati del ministero dell'Economia e Finanze). Il gettito medio per abitante è di 170 euro in Lombardia e di 150 in Veneto, contro uno di 92 euro in Campania e Calabria. Con l'autonomia differenziata sarà quindi molto facile per le regioni più ricche del Centro-Nord erogare migliori servizi, stipendi più elevati, LEP più generosi – aumentando anche solo dello 0,5 per cento l'addizionale Irpef –, mentre sarà duro per quelle del Sud garantire persino lo standard di legge». D'altronde, già oggi la pressione fiscale è maggiore nelle aree più deboli del paese: il carico fiscale su famiglie con lo stesso reddito e la stessa composizione è diverso fra le regioni italiane a causa delle addizionali regionali e locali, ed è maggiore nel Mezzogiorno, in particolare in Campania; il rapporto fra il prelievo fiscale complessivo e il Pil è maggiore nel Mezzogiorno rispetto al Nord, nonostante i redditi medi dei cittadini meridionali siano poco più della metà

Nessuno naturalmente può garantire che tali percentuali sarebbero identiche da caso a caso: si procederebbe con trattative separate. Si andrebbe verso una diversificazione di norme e regole su base regionale, su base contrattualistica e di rapporti di forza economico-politici (questione cruciale data la rilevanza economico-politica delle regioni interessate). Questo, al contrario di quanto sarebbe auspicabile anche in base al dettato costituzionale: regole e meccanismi uniformi per tutte le regioni; e quindi diritti meno difformi per i cittadini.

Va poi ricordato che nei testi concordati delle Intese nel 2019 era previsto che «lo Stato e la Regione [...] determinano congiuntamente modalità per assegnare una compartecipazione al gettito, o aliquote riservate relativamente all'Irpef o ad altri tributi erariali, in riferimento al fabbisogno per investimenti pubblici»: una disposizione, quindi, con cui si prevedevano fondi speciali per gli investimenti; legati anch'essi all'andamento del gettito tributario e non a criteri nazionali di riparto²⁷. Nelle richieste regionali, si fa più volte riferimento a «fondi speciali»²⁸, per scuola e sanità, ma anche per università, cultura, spettacolo: è possibile che essi si riferiscano tanto a spese correnti quanto a spese di investimento. Tutti fondi per i quali l'A.C. non fornisce indicazioni e le cui regole e dotazioni sarebbero competenza delle Commissioni paritetiche. Parimenti, non vi sono indicazioni circa il possibile passaggio delle infrastrutture ai diversi demani regionali: nelle richieste regionali vi sono molteplici riferimenti alle autostrade, agli aeroporti, ai porti, alle acque. Si tratta del trasferimento di quote del capitale pubblico italiano – costruito nei decenni grazie alla fiscalità nazionale – alla proprietà esclusiva di alcune regioni, lasciando comunque alla collettività nazionale l'onere del debito pubblico maturato anche per finanziarle. Questo capitale pubblico può produrre, attraverso i meccanismi delle concessioni, risorse finanziarie anche molto significative che sarebbero di competenza dei nuovi proprietari.

Nel dibattito pubblico si pone grande enfasi sulla determinazione dei LEP come garanzia per tutti gli italiani. Si dice: non c'è nulla da temere con l'autonomia regionale differenziata perché verrebbero finalmente stabiliti i LEP e quindi a tutti i cittadini italiani sarebbero garantiti pari e migliori servizi. Il provvedimento determinerebbe un miglioramento delle condizioni per tutti: nelle regioni ad autonomia differenziata grazie alle compartecipazioni, nelle altre grazie ai LEP.

Nel nuovo impianto costituzionale i LEP rappresentano un caposaldo della massima importanza, perché configurano i diritti civili e sociali di cui ogni cittadino italiano può godere. La loro effettiva importanza, tuttavia, non sta nelle affermazioni di principio, bensì nella precisa definizione e quantificazione: in termini di servizi che vengono erogati o di concreto accesso alle prestazioni. La definizione dei LEP è prevista dalla Costituzione ed è del tutto indipendente dalla concessione di maggiore autonomia. Aver collegato i due aspetti desta perplessità; secondo l'Ufficio parlamentare di bilancio²⁹, «i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale sembrano assumere un ruolo ancillare rispetto all'obiettivo della concessione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia».

rispetto a quelli dei settentrionali, in evidente contrasto con il principio di progressività della tassazione enunciato all'articolo 53 della Costituzione (G. Viesti, *Centri e periferie. Europa, Italia, Mezzogiorno dal XX al XXI secolo*, Bari-Roma, 2021).

²⁷ G. Pisauro, *L'autonomia differenziata è la secessione della finanza pubblica*, cit.

²⁸ F. Pallante, *Ancora nel merito del regionalismo differenziato: le nuove bozze di intesa tra Stato e Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna*, *Federalismi.it*, 20, 2019.

²⁹ Ufficio Parlamentare di Bilancio, *Audizione della Presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio sull'assetto della finanza territoriale e sulle linee di sviluppo del federalismo fiscale presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale*, Roma, 5 maggio 2022.

Essi verrebbero definiti (art. 3 A.C.) in 14 delle materie per le quali è previsto che le regioni possano chiedere una maggiore autonomia, e non nelle materie già di competenza delle regioni e degli enti locali. Pur in mancanza di sistematiche ricostruzioni, pare evidente che le maggiori disparità territoriali nella disponibilità di servizi, dovute alla disparità di condizioni finanziarie causate dalla mancata applicazione dei dettami costituzionali, sia ben maggiore in queste ultime³⁰. Secondo l'Ufficio parlamentare di bilancio³¹, «l'applicazione della Costituzione nella parte concernente l'attribuzione a Regioni diverse da quelle a statuto speciale di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia sembra venire anticipata rispetto alla attribuzione a tutte le Regioni di una piena autonomia finanziaria di entrata e di spesa».

Questo appare ancora più sorprendente alla luce dell'impegno preso dall'Italia con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. A riguardo è essenziale ricordare che la Riforma 1.14 (Missione 1, Componente 1), pienamente riconfermata anche nella revisione del Piano recentemente definita, impegna l'Italia «entro il primo semestre 2026 al completamento del quadro normativo per l'attuazione del federalismo fiscale per le regioni a statuto ordinario, le province e le città metropolitane, con applicazione dal 2027. La riforma, in particolare, prevede la definizione di livelli essenziali delle prestazioni, dei fabbisogni standard e delle capacità fiscali e l'istituzione di un fondo perequativo» (Ministro per gli Affari Europei, il Sud, le Politiche di Coesione e il PNRR 2024). Non è dato di conoscere lo stato dei lavori preparatori, assai complessi e articolati, per definire tutti i LEP, i fabbisogni, i costi e i meccanismi perequativi fra solo due anni.

Quanto alle modalità di determinazione dei LEP di cui all'A.C. sono notevoli le perplessità. Nei commi 791-801 dell'articolo 1 della legge di bilancio per il 2023 è stato stabilito un percorso per definire i LEP. In seguito alla formulazione dell'A.C. tuttavia il quadro è divenuto assai più articolato. Secondo l'Ufficio Parlamentare di Bilancio³², alla cui audizione del 1.2.2024 presso la Commissione parlamentare per le questioni regionali si rimanda per la questione, «si intravedono quattro percorsi distinti per arrivare alla determinazione dei LEP». Inoltre, «è ancora con d.P.C.M. che si prevede di aggiornare i LEP, sia di determinare e aggiornare i relativi costi e i fabbisogni standard», in mancanza quindi di un doveroso dibattito parlamentare³³.

Ancora³⁴, ricordando che «l'aggiornamento almeno triennale dei costi e dei fabbisogni standard dovranno essere realizzati sulla base delle ipotesi tecniche della CTFS», rileva molto opportunamente che a riguardo «è opportuno assicurare un elevato grado di trasparenza sulle scelte adottate e il relativo impatto, non essendo le metodologie scientifiche in grado di per sé di rendere superflua l'assunzione di responsabilità politica sulle scelte distributive e sugli effetti di bilancio». Si tratta, come evidente, di un fortissimo richiamo alle responsabilità del

³⁰ Cfr. es A. Zanardi, *Regionalismo differenziato: profili di finanza pubblica*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 4, 2019.

³¹ Ufficio Parlamentare di Bilancio, *Audizione della Presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio sull'assetto della finanza territoriale e sulle linee di sviluppo del federalismo fiscale presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale*, cit.

³² Ufficio Parlamentare di Bilancio, *Audizione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulla determinazione e sull'attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Intervento del Consigliere dell'Ufficio parlamentare di bilancio Giampaolo Arachi, Commissione parlamentare per le questioni regionali*, 1° febbraio 2024.

³³ La stessa Anci, *Audizione Ddl 615 e abb. «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione»*, 25 maggio 2023 ha rilevato che l'assegnazione ad una fonte normativa secondaria il compito di determinare e disciplinare i LEP è uno dei «punti generali più critici».

³⁴ Ufficio Parlamentare di Bilancio, *Audizione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulla determinazione e sull'attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Intervento del Consigliere dell'Ufficio parlamentare di bilancio Giampaolo Arachi, Commissione parlamentare per le questioni regionali*, cit.

Parlamento. Sovente è avvenuto nella storia del nostro paese che commissioni tecniche abbiano preso decisioni di rilevante natura politica, all'oscuro del Parlamento, mascherandole con questioni apparentemente tecniche.

Nessuna regola è poi stabilita nell'A.C. sui meccanismi di finanziamento e sulla loro evoluzione nel tempo, nelle importanti 9 materie per le quali non vengono definiti i LEP e per le quali il processo di devoluzione alle regioni potrebbe essere più prossimo.

Quanto allo stato dei lavori sulla loro definizione, si possono richiamare le fondamentali considerazioni contenute nella lettera che l'allora Governatore della Banca d'Italia Ignazio Visco ha ritenuto di inviare al Prof. Sabino Cassese negli ultimi giorni del suo mandato. In essa, fra l'altro, si valuta che «le prestazioni qualificate come LEP effettivi nel documento del 25 settembre [...] sono nella maggior parte dei casi formulate in termini troppo generici, in buona parte riconducibili a mere dichiarazioni di principio. Gli stessi criteri di misurabilità tendono a misurare la platea dei potenziali beneficiari delle prestazioni, ma non appaiono collegati con il contenuto specifico di queste ultime, che rimane in larga parte indeterminato. Sembra così conseguire un'interpretazione (restrittiva) del mandato del CLEP colta a limitarlo a una ricognizione sistematizzata della legislazione vigente, senza entrare nella formulazione di possibili declinazioni operative delle disposizioni connesse con diritti civili e sociali». È bene altresì ricordare che la definizione dei LEP implica essenziali mediazioni politiche fra gli interessi dei diversi territori: può essere infatti interesse delle comunità più ricche del paese, e delle loro espressioni politiche, tenere i LEP al livello più basso possibile, in modo da non impegnare risorse pubbliche nei territori dove essi non sono raggiunti. L'interesse delle comunità meno ricche è opposto. Le condizioni per un confronto politico e una mediazione alta di questi contrapposti interessi non si possono ritrovare che in Parlamento.

Definire i LEP senza prefigurare i percorsi, le modalità e le risorse finanziarie per il loro raggiungimento appare un'operazione di facciata, specie considerando la clausola di invarianza della spesa complessiva. Fissare i LEP non determina il loro finanziamento. Come ha notato l'Ufficio parlamentare di bilancio³⁵, «tutta l'operazione sembra limitarsi a sistematizzare l'esistente, assumendo come LEP i servizi che sono già previsti dalla normativa o comunque sono offerti sul territorio». Una mera fotografia delle disparità già esistenti.

Come si è verificato nell'esperienza italiana, fissare i livelli delle prestazioni può condurre ad esiti completamente diversi. Nel caso della sanità, i livelli essenziali di assistenza sono determinati da tempo ma hanno alcuna relazione con i fabbisogni di spesa da finanziare: si limitano a certificare, anno dopo anno, le disparità nel diritto alla salute fra i cittadini italiani. Completamente diversa è stata la vicenda dei LEP per i nidi, nella quale contemporaneamente alla loro definizione sono state stanziare le risorse di bilancio ritenute necessarie, sono stati definiti i loro criteri di riparto in funzione di riequilibrio, calcolati gli obiettivi di servizio da raggiungere e i criteri per controllare il corretto utilizzo di questi fondi da parte dei comuni. Va infine ricordato che con la legge di bilancio il Parlamento ha provveduto a definire per quasi 4 miliardi, su una dotazione complessiva di 4,6 miliardi, il modesto fondo perequativo infrastrutturale pluriennale definito dal governo Conte II in attuazione dell'art. 119 Cost. e della l. n. 42/2009; proprio per avviare un processo di convergenza nelle dotazioni infrastrutturali (opere idriche, istruzione, sanità, trasporti) necessarie per assicurare la possibilità di erogare servizi sul territorio italiano, e destinato per l'80% al Mezzogiorno. Se le leggi di bilancio sono l'atto politico più rilevante delle diverse maggioranze di governo,

³⁵ Ufficio Parlamentare di Bilancio, *Audizione della Presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio sull'assetto della finanza territoriale e sulle linee di sviluppo del federalismo fiscale presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale*, cit.

l'indirizzo che in quella decisione si può cogliere è opposto all'asserita volontà perequativa espressa con la definizione dei LEP: dato che rende più difficile garantire gli stessi, teorici, LEP di cui all'A.C. 1665.

AUDIZIONE INFORMALE DEL PRESIDENTE DELLA SVIMEZ ADRIANO GIANNOLA DINANZI ALLA I COMMISSIONE (AFFARI COSTITUZIONALI) DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, NELL'AMBITO DELL'ESAME, IN SEDE REFERENTE, DEL DISEGNO DI LEGGE C. 1665 GOVERNO, APPROVATO DAL SENATO, RECANTE *DISPOSIZIONI PER L'ATTUAZIONE DELL'AUTONOMIA DIFFERENZIATA DELLE REGIONI A STATUTO ORDINARIO AI SENSI DELL'ARTICOLO 116, TERZO COMMA, DELLA COSTITUZIONE*

351

di Adriano Giannola*

Sommario. 1. Premessa. – 2. Il disegno di legge C. 1665 Governo approvato dal Senato: un pacato, necessario Processo alle Intenzioni. – 3. La meccanica in azione.

1. Premessa. Questa sintetica nota non si sofferma sui problematici profili di legittimità costituzionale del disegno di legge C. 1665 Governo, approvato dal Senato, recante *Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*, già ampiamente sviluppati in questa sede in senso prevalentemente critico da competenti auditi con argomenti che la SVIMEZ condivide sotto molti aspetti.

Nel merito sia consentito di rinviare – senza pretesa di esaustività – a quanto la SVIMEZ ha esposto dinanzi alle Commissioni parlamentari in precedenti audizioni in tema di federalismo e autonomia.

2. Titolo del paragrafo. L'analisi della struttura del disegno di legge C. 1665 Governo merita particolare attenzione al fine di chiarire alcuni aspetti problematici che prospettano evidenti e non marginali effetti strutturali connessi alla peculiare dinamica attuativa del 116, terzo comma. Il percorso proposto, secondo la SVIMEZ, legittima fondate preoccupazioni per gli immediati e duraturi effetti sfavorevoli per la coesione del Paese.

Vi è un primo – per molti versi tombale – ostacolo all'attuazione del percorso proposto nel d.d.l.; un ostacolo che rinvia alla storia che, dal 2018, registra vari tentativi di procedere, senza esito, all'attuazione del 116, c. 3. Si parte dalle pre-intese siglate dal Governo Gentiloni pochi giorni prima dell'appuntamento elettorale del 2018, riprese nel 2019 nel Contratto del Governo giallo-verde nel quale il «regionalismo a geometria variabile» rappresentava il solo impegno definito «assolutamente prioritario». L'impossibilità di tener fede a quell'impegno contribuì, se non determinò, il naufragio di quell'esecutivo.

Passati i Governi Conte 2 e Draghi, ora, sotto l'egida dell'Autonomia differenziata, il 116, c. 3, torna in campo affidato alle cure dell'attuale d.d.l. del Governo. Già approvato dal Senato

* Già Professore Ordinario di Economia bancaria. Presidente SVIMEZ – Associazione per lo sviluppo dell'Industria nel Mezzogiorno.

e in discussione alla Camera, esso fissa metodo e norme di attuazione.

Come si vedrà in dettaglio, è indispensabile rifarsi alla storia (e alla cronaca) per chiarire aspetti altrimenti incomprensibili del tortuoso e, a nostro avviso, impraticabile percorso proposto dal d.d.l.

Logica vorrebbe che l'assoluta priorità fosse la definizione dei Livelli Essenziali delle Prestazioni (LEP) e dei connessi Fabbisogni finanziari a costi standard; così non è ed il tema LEP (affidato alle cure della Commissione CLEP) rinviato nel d.d.l. a un orizzonte - al momento - biennale impedisce categoricamente di avviare «intese» per materie e funzioni oggetto dei LEP da definire. Si apre invece un varco per l'immediato avvio dell'Autonomia differenziata su «tutto il resto» delle funzioni; del che si dirà poi.

A nostro avviso, al di là di rassicurazioni puramente formali, il percorso che il d.d.l. propone non è assolutamente compatibile con l'obiettivo di una corretta attuazione del 116, c. 3.

Appare infatti del tutto evidente l'intento di strutturare un accidentato e indeterminato percorso normativo teso a evitare - più propriamente ad eludere - sia le condizioni di ammissibilità poste in Costituzione sia a distogliere l'attenzione dalla sua impraticabilità finanziaria.

Risulta chiaro, a nostro avviso, il motivo per il quale il d.d.l. affronta il tema procedendo ad una strumentale «inversione della prassi» che, facendo un grave torto alla logica, ne pregiudica anche la praticabilità sia in linea di principio che in considerazione degli effetti immediati, non marginali, anzi di estremo rilievo che emergono in tutta evidenza.

È perciò indispensabile mettere a fuoco come, dal peculiare combinato disposto cronologico e logico chiaramente scandito, emerga il problematico intento oggettivo che informa il d.d.l. e, al contempo i molteplici aspetti che lo rendono impraticabile.

Il presupposto che motiva questo contraddittorio, altrimenti incomprensibile tentativo di procedere con l'inversione della prassi è ben rappresentato dal macigno contro il quale è destinata ad infrangersi la possibilità di conciliare il percorso con le regole fissate nel 2009 dalla legge 42 di attuazione del 119, non a caso - da allora - mai implementata. Il tema è noto e tutt'altro che marginale. Senza addentrarsi, nel complesso, ormai ben documentato terreno operativo, esso è stato chiaramente esposto il 23 ottobre 2019 nelle conclusioni della Commissione parlamentare per le Questioni regionali in occasione della *Indagine conoscitiva sul processo di attuazione del regionalismo differenziato, ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*, nella quale si affronta il tema della immediata cancellazione del criterio invalso della spesa storica e quello connesso della definizione dei Livelli Essenziali delle Prestazioni, previsto dalla legge di attuazione del federalismo fiscale (appunto la legge n. 42/2009).

Nel corso dell'Audizione del Ministro per gli affari regionali del 23 ottobre 2019, la Presidente chiede se egli conferma «che il discorso del costo della spesa storica è devastante, è in controtendenza rispetto a un obiettivo assolutamente opposto rispetto al piano perequativo, perché da alcune fonti [...] ci sono circa 60 miliardi di sperequazione, generata dal criterio della spesa storica tra spesa sociale e investimenti, che non vengono destinati proprio alle aree più svantaggiate del Paese. Quindi vorrei una conferma di questo dato e una puntualizzazione per ribadire il concetto che tutto questo non c'entra nulla con un discorso di efficienza di quel pacchetto di risorse, magari inferiore, che poi viene anche investito male». Risponde il Ministro, «Passo all'ultima domanda della Presidente che fa riferimento ai 60 miliardi (sono 61, ha arrotondato per difetto). Da dove nascono quelle risorse? È evidente che nei vent'anni che abbiamo alle spalle c'è un buco, connesso al fatto che le risorse che dovevano essere garantite in maniera equa su infrastrutture e sviluppo al Paese, non sono state garantite in maniera equa. La Presidente faceva riferimento al Mezzogiorno, ed è opportuno riprendere questo tema, così si fa chiarezza. È fin troppo evidente che dal 2001 (compreso) al 2019 (compreso, quindi compresa la legge di bilancio 2018 che ha effetto sul

periodo 2019-2021), la quota di risorse medie trasferite alle Regioni del Mezzogiorno non è mai andata oltre il 24,5-25 per cento, con picchi massimi del 28-28,5 per cento e minimi del 19,5-20 per cento, dovendo garantire il 34 per cento (sto parlando di risorse ordinarie, non comunitarie); basta questo per mettere in evidenza cosa è successo in questi vent'anni.

Se facciamo lo stesso calcolo sulle aree del Nord in ritardo di sviluppo, scopriamo la stessa cosa: al Mezzogiorno non è stato garantito il 34 per cento di media - che, secondo me, molto opportunamente lo scorso Governo ha scolpito con una legge dentro la norma - ma la verità è che anche quando era al 30 per cento (ho detto vent'anni, quindi hanno responsabilità tutti), non è mai stato garantito il trasferimento delle risorse, soprattutto sulle infrastrutture, alle aree meno sviluppate del Paese... Se ci fosse una sorta di accordo che prevede un conto da pagare sulle risorse non stanziare negli ultimi vent'anni, quel conto sarebbe di 61 miliardi PER ANNO, che non ci sono».

Un dato condiviso, certificato, non un'opinione sulla base della quale autorevoli protagonisti oggi si interrogano: «di cosa parliamo?» e osservano «che l'autonomia differenziata è una possibilità offerta» – a ben precise condizioni – «prevista dalla Costituzione» che rinvia preliminarmente al rispetto della legge n. 42/2009 attuativa dell'articolo 119, e conclude non casualmente in merito al c. 3 del 116, richiamando all'armonia «con i principi di cui all'articolo 119»: un vincolo, non un'opzione.

Quanto evocato dal Ministro delle Regioni nel 2019 (allora 60 miliardi annui, oggi lievitati) rappresenta un monumentale intralcio, un fattore ostativo per aggirare il quale si spiega la «inversione della prassi» nel d.d.l. Di fronte alla impossibilità di procedere secondo logica avviando l'attuazione del 116 terzo comma con la definizione dei Livelli Essenziali delle Prestazioni (e del loro finanziamento), condizione vincolante per avviare la trattativa sulle «intese» tra Stato e Regione, si propone di procedere in senso inverso iniziando ad attuare il 116 terzo comma con «intese» tra Stato e Regione aventi per oggetto tutte le "altre funzioni" per le quali non siano previsti LEP da definire.

Un'apparente via di uscita del tutto impropria, come si dirà.

Quanto alla individuazione delle funzioni direttamente collegate ai LEP, il d.d.l. decreta una tollerante moratoria di almeno due anni.

Nulla concretamente è previsto intanto in merito ai due Fondi di perequazione territoriale senza vincolo di destinazione, espressamente previsti dalla legge n. 42/2009 attuativa dell'articolo 119, essenziali per avviare e non solo proclamare il percorso attuativo dei LEP e – soprattutto - per realizzare in tutte le possibili funzioni il superamento del criterio della spesa storica: solenne impegno della legge n. 42/2009 di attuazione dell'articolo 119 del Titolo V che – come noto – non ha ancora ricevuto una sia pur timida attuazione. E non è quindi fare il processo alle intenzioni constatare – per inciso – il definanziamento disposto nella ultima legge di bilancio del Fondo di perequazione, timidamente introdotto dal precedente Governo, oggi ridotto da 4 miliardi di euro a 800 milioni di euro.

Si può ora valutare se il «coniglio dal cilindro», estratto per avviare subito e comunque l'Autonomia rafforzata, ha una plausibile e – per così dire – neutrale legittimità operativa. La SVIMEZ ritiene che così non sia.

Il disegno di legge in esame, ormai al capolinea della definitiva approvazione parlamentare, ha stimolato una ridda di prese di posizione in merito alla non conformità al dettato costituzionale che denunciano prevedibili conseguenze disgregatrici. Suggeritive espressioni quali lo «Stato-Arlecchino», «secessione dei ricchi» – fatta ormai giustizia della infondata rivendicazione di metafisici residui fiscali – convergono nel denunciare l'intento delle Regioni richiedenti del Nord di mantenere privilegi storicamente consolidati nella ripartizione delle risorse pubbliche. Tesi per molti versi condivisibili, da integrare con un movente ben più radicale delle Regioni richiedenti, che mirano ad acquisire con l'Autonomia la «sovranità»

senza assumere la «responsabilità» che rimane in capo a una Repubblica ridimensionata dalle «intese» e priva, in ragione proprio di quelle, di spazi per garantire in modo equo i diritti di cittadinanza costituzionalmente previsti nell'articolo 117, c. 1, 2 lett. *m*).

Preoccupa che nel dibattito, pur ricco e animato, manchi quasi completamente una accorta analisi su alcuni aspetti rilevanti concernenti la natura e i potenziali effetti derivanti dalla semplice meccanica operativa che caratterizza questo disegno di legge C. 1665. Dal che segue il pericolo di una scarsa consapevolezza – su fronti anche molto diversi – sugli esiti prospettici innescati da questa iniziativa legislativa tutta pervasa dalla fretta di procedere – come che sia – forzando regole e principi non derogabili.

A una semplice verifica emerge quanto sia carente ed elusiva la valutazione della correttezza del percorso proposto anche con riferimento alla possibilità immediata di stipulare «intese» per funzioni non-LEP, solo che si consideri che le intese tra lo Stato e le singole Regioni, vanno approvate dal Parlamento con legge rafforzata inemendabile e – di fatto – irrevocabile senza il consenso della Regione: un percorso che non prevede l'ipotesi di referendum abrogativo di iniziativa popolare, ulteriormente protetto dallo scudo fornito dal collegamento alla legge di bilancio.

Cogliere l'importanza di queste criticità è di grande rilievo ai fini di una informazione trasparente ed adeguata. A fini operative, non risulta infatti particolarmente utile il ponderoso lavoro della Commissione CLEP.

Quella Commissione tutto ha fatto tranne che soddisfare la pressante esigenza di corrispondere all'imperativo einaudiano di «conoscere per deliberare». Si è anzi alimentata se non favorita una distrazione di massa rispetto alla «meccanica» sopra tratteggiata, semplice all'apparenza ma accortamente e radicalmente elusiva, che pervade il d.d.l. Dalla pura analisi logica di quella «meccanica» emerge in tutta evidenza la incompatibilità del percorso proposto che risulta in violazione della norma della Costituzione e che - una volta intrapreso - annuncia un ben prevedibile e preoccupante approdo dell'avventura delle «intese».

Preoccupa il fatto che non solo a livello di opinione pubblica ma anche degli addetti ai lavori non sembra esserci contezza degli effetti che potrà avere il combinato disposto nella sequenza prevista nei due commi dell'art. 4 del d.d.l. attuativo del percorso relativo alle intese immediatamente attivabili tra Stato e Regioni con legge rafforzata.

L'articolo 4 rappresenta il fulcro sul quale fa leva tutto il d.d.l. mirato all'obiettivo prioritario di assicurare, in fretta, subito «il massimo attualmente possibile di differenziazione tra le Regioni». A questo scopo, propone la strumentale, spericolata «inversione della prassi» nella «logica» attuativa del 116 terzo comma che elude con disinvoltura, il rispetto di quel comma conclusivo: che - giova sottolinearlo di nuovo - ne prevede la praticabilità «nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119» e di quanto previsto dalla legge n. 42/2009, «attuativa del 119 della Costituzione».

3. La meccanica in azione. L'essenza della proposta del Governo si articola dunque nei due tempi scanditi nell'art. 4. Entrando più dettagliatamente nel merito, il c. 1 stabilisce - come detto - che le «funzioni che prevedono la definizione dei LEP», non possano essere conferite e quindi essere oggetto di intesa se non dopo la loro definizione; per tutte le altre funzioni, il comma 2 prevede la immediata attivazione e stipula delle intese che, una volta raggiunte, comportano il trasferimento di funzioni «[...] con le relative risorse umane, strumentali e finanziarie [...] effettuato [...] nei limiti delle risorse previste a legislazione vigente dall'entrata in vigore della presente legge».

Senza dirlo, per questa via, si conferma e si cristallizza - per quelle funzioni- il criterio della «spesa storica» e una «assegnazione» di risorse che diviene irreversibile per la natura dell'Intesa, cosa non smentita dal successivo art. 5 che nel c. 2 rinvia a una Commissione

paritetica Stato-Regione solo per individuare «le modalità del finanziamento delle funzioni attribuite attraverso compartecipazioni al gettito di uno o più tributi erariali maturato nel territorio regionale».

Per quanto concerne l'attribuzione di risorse alle Regioni a finanziamento delle funzioni soggette al «secondo tempo» che scatterà solo con la definizione dei LEP, nulla è previsto nel DdL se non che i «due tempi» devono avere impatto zero sulla finanza pubblica. Inoltre, mentre non si fa cenno alle indispensabili misure perequative che dovrebbero accompagnare la definizione dei LEP, non è errato desumere che, per le Regioni che partecipano alle intese, la perequazione relativa a tutte le funzioni immediatamente trasferibili è annullata ipso facto in virtù delle intese consentite dal comma 2 che prevede il trasferimento di funzioni sulla base – resa irreversibile di fatto – della spesa storica.

In estrema sintesi, il metodo proposto espone a un doppio rischio.

Da un lato, come appena argomentato le intese Stato-Regione su tutte le «ulteriori forme e condizioni di autonomia» immediatamente attivabili, procedono all'attribuzione delle risorse con il criterio della spesa storica che proprio l'intesa rende permanente (una costituzionalizzazione di fatto).

D'altro lato va considerato che per le Regioni attualmente richiedenti l'Autonomia rafforzata, l'estensione biennale per la definizione futura dei LEP «allontana» e mitiga la prospettiva connessa ad eventuali interventi di perequazione territoriale - a loro certo e come noto - non favorevoli. Dal che si evince che il secondo tempo al quale rinvia il d.d.l., annuncia che l'intesa seguirà (salute, istruzione, trasporto pubblico locale) quando sarà possibile prevedere una qualche disponibilità di risorse a finanziamento dei LEP a costi standard secondo i fabbisogni standard (cioè quando – e se – saranno stabilmente in campo, i 60 e (oggi) più miliardi di euro evocati nel 2019 dall'allora Ministro per i rapporti con le Regioni.

Chiedere l'approvazione parlamentare del percorso proposto dal DdL, presume che chi è chiamato a deliberare disponga di una esauriente, attendibile ed analitica informazione sia sulle «funzioni» segregate dai LEP che – soprattutto – sulle funzioni (analiticamente individuate ed illustrate) che potranno essere immediatamente oggetto di «intesa». Al momento, mentre delle funzioni «ibernare» sappiamo da tempo che riguardano sanità, istruzione, mobilità locale e dintorni; poco o nulla sappiamo invece su quali e quante, con adeguato dettaglio analitico, saranno le funzioni relative alle materie per le quali l'art. 4, c. 2 prevede fin da ora la possibilità di formulare intesa. Né a fronte del protrarsi di questo stato di cose, sembra palesarsi il più che giustificato disagio rispetto alla pretesa di dover procedere a deliberare sostanzialmente, «quasi al buio», l'avvio di un percorso popolato da «possibili intese».

L'elenco delle materie proposto all'articolo 3 del d.d.l. enumera tutte quelle di legislazione concorrente per le quali (art. 7, c. 3) già «[...] spetta alle Regioni la potestà legislativa salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato»: non risulta ancora in quali di queste materie e, nel dettaglio, in quali funzioni i LEP possano risultare condizionanti e, quindi, «avvelenare i pozzi», impedendo il trasferimento di funzioni e le connesse materie o ambiti di materie di quell'elenco, né – in generale – quali e quante siano le funzioni. Si va dai rapporti internazionali e con la UE, al commercio con l'estero, a grandi reti di trasporto e di navigazione, a trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, a porti, aeroporti, a legislazione e tutela del lavoro, a credito locale, per arrivare ai beni culturali e ambientali, alla tutela del territorio, alla protezione civile.

Si è già detto ed è utile ribadire che grazie all'"intesa", la cessione alle Regioni richiedenti delle funzioni, legittima una sovranità regionale sottratta a quella dello Stato e, in aggiunta, che le Regioni subentranti congelano la spesa storica grazie alla natura dell'"intesa", il che garantisce che la rendita eventuale fin qui percepita sia al riparo dalla perequazione via fondi senza

vincoli di destinazione previsti dalla mai attivata legge attuativa dell'art. 119.

In altri termini, la meccanica del disegno di legge in questo ambito, non solo elude e non scioglie il problema di come definire e fissare finalmente il percorso attuativo del 116, c. 3, in armonia con il 119 (magari attivando il 120), ma, tramite l'inversione della prassi rispetto a quella suggerita dalla logica, porta in discussione alla Camera un testo che - se approvato - sancirà il consolidamento del criterio della spesa storica al quale porta in dono il «crisma» costituzionale offerto dall'«intesa». Il superamento del criterio della spesa storica rimarrebbe così un residuale formale impegno morale, normato e disatteso fin dal 2009.

Dire che in tutta fretta le Regioni richiedenti si fanno Stato già nel primo tempo previsto dal d.d.l. è un eufemismo. Quanto poi sia a dir poco problematica la coerenza tra «questa Autonomia» e il rispetto delle condizionalità sottostanti al PNRR è una evidentissima questione aperta.

Alla dimensione nazionale, va precisato che la prospettiva di uno Stato sovrano ridimensionato spalanca le porte a una simmetrica precisa evoluzione, in virtù della quale ogni Regione «autonoma e sovrana» non realizza affatto la «secessione» bensì - piuttosto - «incarna» la forma di Stato senza vestirne i panni, e senza doverne assumere gli oneri (a partire dalla presa in carico delle quote di debito pubblico).

Così stando le cose, con una probabilità che si avvicina al 100% questo peculiare percorso assistito verso «l'Autonomia dei due tempi», quasi per inerzia, porterà a realizzare un progetto che - cedendo a una irresistibile tentazione - metterà mano a quasi obbligati assestamenti territoriali.

Una evoluzione, questa, inevitabile per rispondere alle giuste perplessità di chi si fa interprete delle preoccupazioni sulla possibile balcanizzazione in una babele di «regioni sovrane» (i.e. lo «Stato Arlecchino»), che inciderebbe sulla precaria operatività del contesto amministrativo nel rapporto tra pubblico (i vari governi regionali e sovrani) e privato. Simmetricamente, si comprende perché i Sindaci avvertano con seria preoccupazione l'avvento della Regione-sovrana, nella quale il Presidente assume di diritto il fin qui abusato titolo di Governatore.

La «soluzione», si teme, avverrà, per default a intese approvate, seguendo il percorso disegnato a chiare lettere in Costituzione nell'articolo 117, c. 8, Titolo V, che in perfetta - non casuale - complementarità al 116, c. 3, recita: «[...] La legge regionale ratifica le intese delle Regioni con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni».

Nella veste conferita loro da «questa» Autonomia rafforzata le Regioni (dell'«intesa») sono legittimamente «sovrane», il che invita a una riflessione sull'articolo 114 Cost. che apre il Titolo V riformato.

In sintesi: nasce il «Grande Nord» senza ombra di secessione (Catalogna *docet!*); si fomenta, (prevedibilmente, e per la SVIMEZ non augurabilmente!) il contraccolpo centrifugo e illusorio per «costruire» il contraltare di un «Grande Sud» in una ormai «Piccola Italia» non ancora confederale ma, certamente, sempre più lontana dal vagheggiato federalismo cooperativo e liberale.

**OSSERVAZIONI SUI PROFILI COSTITUZIONALI DEL DISEGNO DI LEGGE
A. C. 1665, GIÀ APPROVATO DAL SENATO, RECANTE *DISPOSIZIONI PER
L'ATTUAZIONE DELL'AUTONOMIA DIFFERENZIATA DELLE REGIONI A
STATUTO ORDINARIO AI SENSI DELL'ARTICOLO 116, TERZO COMMA,
DELLA COSTITUZIONE****

di Paolo Bonetti**

357

Sommario. 1. Premessa di metodo. – 2. La natura di una legge di attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost. – 3. La natura delle «condizioni e forme speciali di autonomia» attribuibili ad una singola Regione: autonomia legislativa, amministrativa, finanziaria. Il ruolo ineludibile del Consiglio regionale. – 4. Ipotesi alternative o concorrenti all'autonomia differenziata: prevedere una delega legislativa al Governo per il trasferimento a tutte le Regioni (anche quelle che non chiedono l'intesa) delle funzioni amministrative statali per le quali non sussistono «esigenze unitarie». – 5. Prevedere la contestuale delega legislativa al Governo per disciplinare i principi fondamentali regolativi delle materie per le quali è prevista la potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni. – 6. Prevedere il coinvolgimento obbligatorio e vincolante della Commissione parlamentare bicamerale per le questioni regionali (anche per rafforzare il ruolo delle Camere in tutta la procedura) e il parere obbligatorio dei Consigli per le autonomie locali di ogni Regione. – 7. Osservazioni sul procedimento di approvazioni delle intese (art. 2). – 8. Circa la determinazione dei LEP (art. 3). – 9. Circa il trasferimento delle funzioni (art. 4). – 10. Circa l'ulteriore attribuzione di funzioni amministrative ad enti locali (art. 6). – 11. Circa la durata delle intese e la successione di leggi nel tempo (art. 7). – 12. Circa il monitoraggio (art. 8). – 13. Circa le clausole finanziarie (art. 9). – 14. Circa le misure perequative indicate nell'art. 10. – 15. Le disposizioni transitorie e finali dell'art. 11.

1. Premessa di metodo. Le osservazioni che seguono mirano sia a completare le tante altre opinioni espresse da altri costituzionalisti auditi, che in gran parte si completano e appaiono condivisibili, sia a prevenire lacune e profili di illegittimità che potrebbero indurre una o più Regioni a presentare ricorsi alla Corte costituzionale in via principale.

Poiché il testo approvato dal Senato, seppur molto migliorato rispetto a quello originario, presenta tuttora lacune importanti e norme di dubbia costituzionalità, è evidente che la seconda lettura da parte della Camera dei deputati deve emendare il testo del d.d.l., anche per prevenire i tanti problemi che si potrebbero porre dopo l'approvazione di norme lacunose o di dubbia legittimità.

2. La natura di una legge di attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost. Si tratta di una legge non costituzionalmente necessaria (ma opportuna)¹ per la stipula e l'attuazione delle intese tra

* Il testo riproduce, riveduto e corretto, il testo delle comunicazioni scritte inviate alla Commissione affari costituzionale della Camera dei deputati e pubblicato sul sito Internet della Camera dopo l'audizione informale del 14 marzo 2024.

** Professore Associato confermato di Diritto costituzionale – Università di Milano Bicocca.

¹ Sulla circostanza che una legge ordinaria per l'attuazione dell'art. 116, comma 3 Cost. non sia costituzionalmente necessaria, ma sia opportuna per dare una serie di norme uniformi per regolare le procedure di stipula delle intese con tutte le Regioni e per trasformare in regole più analitiche il procedimento e i limiti indicati dalle norme costituzionali cfr. A. Patroni Griffi, (voce) *Autonomia differenziata*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Aggiornamento, Torino, 2021, 327-328.

Stato e Regioni per attivare le intese di autonomia differenziata, consentite dall'art. 116, c. 3, Cost.

Inoltre, si tratta di una legge ordinaria che appare vincolante soltanto nel processo di formazione delle intese e nella attuazione della delega legislativa per la determinazione dei LEP.

Per il resto appare un insieme di meri autovincoli legislativi posti dal legislatore ordinario con legge ordinaria statale, che in qualsiasi istante potrebbero essere superati da successiva legge ordinaria statale.

Alcuni di questi vincoli diventerebbero però senz'altro giuridicamente efficaci se fossero inseriti nella legge di approvazione dell'intesa ai sensi dell'art. 116, c. 3, Cost., il quale consente a tale legge implicite deroghe ad alcune norme costituzionali.

3. La natura delle «condizioni e forme speciali di autonomia» attribuibili ad una singola Regione: autonomia legislativa, amministrativa, finanziaria. Il ruolo ineludibile del Consiglio regionale. Dalla lettura dell'art. 116, c. 3, Cost. pare evidente che le «condizioni e forme speciali di autonomia» attribuibili ad una singola Regione devono riferirsi alle forme di autonomia previste dalla Costituzione con riferimento alle materie ivi citate e cioè autonomia legislativa, autonomia amministrativa e autonomia finanziaria².

Peraltro, è evidente che le «condizioni e forme speciali di autonomia» concernenti le materie indicate ivi indicate è espressione che non consente un trasferimento in blocco per ognuna di queste materie di ogni tipo di funzione legislativa³, di ogni funzione amministrativa e di tutta l'autonomia finanziaria, tributaria e di spesa consentite dalla Costituzione⁴.

² L'art. 116, c. 3, Cost., fonda un'autonomia da negoziare Regione per Regione e consistente sia nella diversa disciplina che ogni Regione può prevedere in materie di competenza concorrente o residuale, sia nella potenziale differenza fra parti di materie in cui le diverse Regioni chiedono e, eventualmente, ottengono «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», cioè la possibilità di adottare differenti discipline legislative, regolamentari o amministrative, come osserva M. Cecchetti, *Attualità e prospettive della "specialità" regionale alla luce del "regionalismo differenziato" come principio di sistema*, in *Federalismi.it*, 3 dicembre 2008, 14.

³ L'ambito potenziale di attribuzione indicato nell'art. 116, comma 3 Cost. non comporta di per sé che ogni Regione debba, e possa, richiedere di acquisire in blocco l'intero elenco delle materie ivi indicate (A. Patroni Griffi, (voce) *Autonomia differenziata*, cit., 333), sicché la richiesta regionale potrebbe avere ad oggetto l'esercizio di funzione legislativa con riferimento a specifiche fattispecie, ossia sottoambiti materiali, interessi, riconducibili a materia oggi ricompresa nell'elenco di cui all'art. 117, c. 3, Cost., secondo un particolare statuto giuridico definito nella legge di autonomia differenziata (cfr. S. Staiano, *Il regionalismo differenziato. Debolezza teorica e pratica del conflitto*, in *Riv. del Gruppo di Pisa*, 2019, 3, 227) e non, invece, l'intera materia (cfr. R. Bifulco, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista Aic*, 4, 2019, 27), fermo restando che alcune delle materie indicate nell'art. 116, comma 3 Cost. appaiono strutturalmente non devolvibili in maniera integrale, alcune (p.es. «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario») perché presuppongono un coordinamento centrale (M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi.it*, 6, 2019, 13) e altre materie (grandi reti di trasporto e di navigazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; norme generali sull'istruzione; tutela dell'ambiente) perché sono assolutamente «inconferenti» rispetto alla dimensione territoriale regionale, del tutto inadeguata alla disciplina di settore e perciò in tali materie sono possibili limitati margini di intervento regionale, ma esse possono essere regolate adeguatamente solo da discipline di carattere nazionale e non potrebbero essere interamente regionalizzate (A. Spadaro, *Appunti sul "regionalismo differenziato": una buona idea che può diventare un disastro*, in *Federalismi.it*, 19, 2019, 8).

⁴ In realtà l'art. 119 Cost. è espressamente previsto nell'art. 116, c. 3, Cost., quale limite del processo di differenziazione delle condizioni e forme ulteriori di autonomia da negoziarsi con ogni regione e dunque non è oggetto principale del processo di differenziazione (R. Bin, *Le materie del dettato dell'articolo 116 Cost.*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 4; M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., 12). Perciò l'art. 116, c. 3, Cost. non è lo strumento per lasciare ad una Regione una parte fissa del gettito fiscale percepito sul suo territorio, ma la maggiore autonomia finanziaria deve essere consequenziale alle scelte circa il trasferimento di parti delle funzioni legislative e amministrative, proprio perché l'art. 119 Cost. espressamente prevede che le risorse trasferite dallo Stato alla Regione devono servire al finanziamento integrale delle funzioni

Inoltre, l'eventuale trasferimento di alcune funzioni legislative potrebbe cambiare anche la connessa autonomia amministrativa, perché allorché una porzione della funzione legislativa su una determinata materia non spetta più alla potestà legislativa esclusiva statale allora cambia anche la natura dell'autonomia amministrativa e regolamentare regionale e locale, perché in quella materia ben potrebbe esercitarsi l'autonomia regolamentare della Regione e, a maggior ragione, non sussistono più quelle «esigenze unitarie» che ai sensi dell'art. 118 Cost. legittimano l'esercizio di funzioni amministrative statali.

Perciò allorché una determinata materia non fosse più di competenza legislativa esclusiva dello Stato sarebbe doveroso anche il contestuale trasferimento delle funzioni amministrative, diventando per lo Stato impossibile gestire funzioni amministrative concernenti una parte della materia trasferita alla potestà legislativa esclusiva regionale o alla potestà concorrente.

Pertanto, occorre precisare sempre (nel testo del d.d.l., nella proposta di intesa e in ogni intesa) il tipo di funzioni da trasferire (legislative e/o amministrative)⁵.

È anche la ragione per cui occorrerà sempre una espressa approvazione del Consiglio regionale fin dall'inizio, poiché è il Consiglio regionale che in ogni Regione esercita la funzione legislativa regionale ai sensi dell'art. 121 Cost. e perciò deve consentire all'ampliamento delle sue proprie funzioni⁶.

attribuite alla regione e agli enti locali, il che esige che siano dettagliate esaustivamente le funzioni da trasferire e i relativi costi (Cfr. analogamente M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., 12-13) e non può dunque consistere nella mera facoltà di trattenere a livello regionale una quantità maggiore di risorse economiche prodotte e riscosse sul territorio regionale e di disporre una maggiore autonomia di gestione e di utilizzo di tale gettito fiscale percepito sul proprio territorio anche per non avere più limiti legislativi, amministrativi e finanziari per lo svolgimento delle proprie politiche regionali (così forse la intende L. Violini, *L'autonomia delle regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, in *Rivista Aic*, 4, 2018, 328-329).

⁵ Cfr. G. Mobilio, *Differenziazione e specialità nella incerta evoluzione del regionalismo italiano*, in M. Cosulich (a cura di), *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, Atti del Convegno Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Trento, 18-19 settembre 2020, Napoli, 2021, 120, osserva che la *ratio* dell'art. 116, c. 3 Cost. impone che le intese debbano contenere la disciplina esaustiva delle materie trasferite. L'esigenza di precisare il tipo di funzione (legislativa e/o amministrativa) e di indicare nel dettaglio il contenuto della materia e il sottoambito materiale del tipo di funzione da trasferire dallo Stato alla Regione deriva anche dal fatto che ogni materia è, in ogni ordinamento regionale o federale, una pagina bianca (come la definiva L. Paladin, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro amministrativo*, III, 1971, 39), il cui contenuto è di fatto rimesso alle norme legislative e agli orientamenti della giurisprudenza costituzionale (lo ricorda, D. Mone, *Autonomia, eguaglianza, livelli essenziali*, in *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, cit., 76). Inoltre si concorda con M. Cecchetti, *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2002*, Torino, 2003, 167, che ritiene che «non sarebbe da escludere, in linea di principio, la praticabilità e, in qualche caso, l'opportunità, del riconoscimento alla Regione di un potere normativo più limitato rispetto alla competenza legislativa concorrente e da esercitare soprattutto sul piano del potere regolamentare, mantenendo allo Stato la competenza generale per la disciplina sostanziale di rango legislativo» e che nelle materie di competenza esclusiva, le Regioni potrebbero chiedere anche il riconoscimento di potestà legislativa (residuale) per «la sola allocazione-distribuzione (tra la stessa Regione, le Province e i Comuni) delle funzioni amministrative nel territorio regionale».

⁶ L'art. 116, c. 3, Cost. indica norme costituzionali che comporterebbero ulteriori attribuzioni concernenti materie di rango legislativo, di cui è titolare il Consiglio regionale che dovrebbe essere coinvolto (A. Patroni Griffi, (voce) *Autonomia differenziata*, cit. 330) e dunque l'intesa prevede un ampliamento della potestà legislativa regionale (M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato*, cit., 18). Il coinvolgimento del Consiglio regionale in tutta la procedura potrebbe essere realizzato in due distinti momenti, così delineati in D. Casanova, *Il procedimento di attuazione del regionalismo differenziato*, in M. Cosulich (a cura di), *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, cit., 273-274: «Il primo, l'atto di indirizzo iniziale, con il quale il Consiglio regionale assegna il mandato al Presidente della Giunta regionale per intraprendere le trattative con lo Stato. Il secondo, l'atto di indirizzo finale, da adottarsi prima della sottoscrizione vera e propria dell'intesa e del conseguente esame parlamentare della stessa. Questo secondo atto di indirizzo, dunque, dovrebbe rappresentare il momento in cui il Consiglio

4. Ipotesi alternative o concorrenti all'autonomia differenziata: prevedere una delega legislativa al Governo per il trasferimento a tutte le Regioni (anche quelle che non chiedono l'intesa) delle funzioni amministrative statali per le quali non sussistono «esigenze unitarie». L'elevato numero di Regioni a statuto ordinario che hanno avviato la richiesta di intesa ai sensi dell'art. 116, c. 3, Cost. e l'ampiezza di materie e funzioni richieste e la loro evidente comunanza tra richiesta e richiesta rendono ipotizzabile una iniziativa alternativa o concorrente a questo d.d.l.

Infatti, prima di disporre il trasferimento di ulteriori funzioni ad alcune Regioni mediante le intese stipulate ai sensi dell'art. 116, c. 3 Cost. occorrerebbe attribuire con legge statale a tutte le Regioni (anche a quelle a Statuto speciale e alle regioni a statuto ordinario che non abbiano fatto richiesta di intesa ai sensi dell'art. 116, c. 3 Cost.) tutte le funzioni amministrative attualmente esercitate dallo Stato per le quali non sussistano «esigenze unitarie» concernenti materie attualmente spettanti alla potestà legislativa statale, che è il solo titolo per lo Stato per gestire tali funzioni amministrative ai sensi dell'art. 118 Cost., e prevedere contestualmente i doverosi trasferimenti di risorse finanziarie per finanziarie integralmente lo svolgimento delle funzioni amministrative attribuite dallo Stato, come prescrive l'art. 119 Cost.⁷

In tal senso nulla impedisce neppure di prevedere una delega legislativa al Governo in tal senso, magari pure da inserire in questo d.d.l., con obbligo di acquisire sugli schemi di decreti legislativi i pareri obbligatori della Commissione bicamerale parlamentare per le questioni regionali e l'intesa della Conferenza unificata, oltre che il parere obbligatorio del Consiglio di Stato.

Questo trasferimento di funzioni amministrative a tutte le Regioni consentirebbe di fare in modo uniforme le valutazioni circa la sussistenza o meno di «ragioni unitarie» che legittimino o meno il mantenimento in capo allo Stato di determinate funzioni amministrative e di ipotizzare e disciplinare subito in modo uniforme concrete ipotesi di gestione alternativa a quella statale di varie funzioni trasferite⁸.

Si tratta a volte di funzioni amministrative assai complesse vertenti talvolta proprio sulle situazioni più delicate e più rilevanti proprio al fine della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ed in particolare quelle afferenti ai due più

regionale, assegnando il mandato al Presidente della Giunta per la sottoscrizione dell'intesa, esprime un parere favorevole, e sostanzialmente approva, il testo dell'intesa concordata dall'organo esecutivo regionale. Per rendere più 'rigido' il rapporto tra Giunta e Consiglio, e garantire un ruolo centrale a quest'ultimo, sarebbe opportuno prevedere (come forma di attuazione dell'art. 116 da parte delle Regioni) che nel caso di parere negativo da parte dell'organo rappresentativo regionale sia preclusa al Presidente della Giunta la stipula dell'intesa. Una procedura siffatta permetterebbe un coinvolgimento del Consiglio regionale sostanzialmente speculare a quello del Parlamento nazionale».

⁷ In proposito, sono condivisibili le osservazioni di R. Bin, "Regionalismo differenziato" e utilizzazione dell'art. 116, terzo comma Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito, in *Istituzioni del Federalismo*, 2008, 16, secondo il quale «solo dopo un'adeguata opera di attuazione 'generale' del Titolo V si dovrebbe procedere ad individuare il 'di più' che serve in specifico alla singola Regione», e di A. Poggi, *Gli ambiti materiali e i modelli organizzativi della differenziazione regionale*, in C. Bertolino, A. Morelli, G. Sobrino (a cura di), *Regionalismo differenziato: problemi e prospettive*, Atti del IV Convegno annuale della rivista «Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali», Torino, 2020, 85-86, secondo la quale «per trasferire funzioni amministrative non vi è bisogno di attivare la complessa procedura di cui al 116, co. 3, poiché è sufficiente una legge statale di trasferimento, in applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza di cui all'art. 118, co. 1».

⁸ In tal senso è condivisibile l'osservazione di A. D'Atena, *Passato, presente... e futuro delle autonomie regionali speciali*, in *Rivista Aic*, 4, 2014, 5, secondo il quale «solo una disciplina destinata ad applicarsi a tutte, indistintamente, le Regioni consente allo Stato di liberarsi di competenze», in quanto «alle competenze delle Regioni corrispondono simmetriche incompetenze dello Stato».

importanti diritti sociali, come il diritto all'istruzione⁹ e il diritto alla salute.

Si pensi infatti alla decisione circa la complessa gestione statale e/o regionale del personale docente della scuola pubblica, in presenza di indicatori che attestano che già con l'assetto unitario vigente gli effettivi apprendimenti degli studenti sono assai difformi da Regione a Regione.

Si pensi anche al delicato settore della sanità, nel quale già ora di fatto si è in presenza di un'autonomia differenziata, poiché alcune Regioni si trovano a gestire la sanità nei limiti di piani di rientro sanitari e hanno così poteri legislativi e amministrativi di fatto dimezzati.

Questo trasferimento unitario di funzioni amministrative e delle risorse economiche può anche rasserenare il contenzioso politico e ad asciugare i procedimenti di negoziato di alcune Regioni per giungere all'intesa ai sensi dell'art. 116, comma 3 Cost. trasferimento di ulteriori funzioni amministrative oltre che di funzioni legislative.

Deve essere infatti chiaro che l'autonomia regionale e locale è già promossa dall'art. 5 Cost. e che ogni forma di autonomia è di per sé una differenziazione ed è una delle forme dell'unità nazionale prevista dallo stesso art. 5 Cost.¹⁰, il che comporta, come ha affermato la sentenza n. 26/1966 della Corte costituzionale, che non vi è alcuna violazione del principio costituzionale di eguaglianza allorché la stessa Costituzione in ragione dei diversi contesti locali consente di trattare in modo diverso situazioni analoghe.

5. Prevedere la contestuale delega legislativa al Governo per disciplinare i principi fondamentali regolativi delle materie per le quali è prevista la potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni. La tutela dell'unità e indivisibilità della Repubblica prevista nell'art. 5 Cost. è garantita non soltanto dalla Costituzione, dalle norme internazionali ed europee, dalla legislazione statale nelle materie spettanti alla potestà legislativa esclusiva dello Stato e dai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere assicurati in modo uniforme su tutto il territorio nazionale, ma anche dai principi fondamentali delle materie di potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni che devono essere stabiliti con legge statale ai sensi dell'art. 117, c. 3, Cost.

Infatti, il principio unitario non può certo esaurirsi con l'uguaglianza di livelli essenziali di prestazioni e non più con l'uguaglianza dei diritti che, però, trova il suo fondamento giuridico

⁹ Cfr. T. Cerruti, *Differenziazione e istruzione. È necessario l'art. 115, comma 3 Cost.?*, in M. Cosulich (a cura di), *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, cit., 498, che osserva che «l'esperienza di alcune Regioni dimostra che il dettato costituzionale vigente consente di 'modellare' dei sistemi regionali dell'istruzione che presentano un certo margine di differenziazione anche senza attivare l'art. 116 co. 3 Cost.»

¹⁰ La forma di Stato che l'art. 5 Cost. delinea va ben oltre la mera articolazione territoriale, ma coinvolge un «modo d'essere» della Repubblica (G. Berti, *Art. 5*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, *Principi fondamentali*, Art. 1-12 *Costituzione*, Bologna, 1975, 276). Così si è potuto osservare che con la Costituzione l'autonomismo fu accolto quale «forma non accentrata dell'unità» (U. Allegretti, *Autonomia regionale e unità nazionale*, in *Le Regioni*, n. 1/1995, 10), che l'attuazione del principio autonomistico non contrasta con quello unitario, ma è funzionale al rafforzamento del principio di unità (T. Martines, A. Ruggeri, C. Salazar, A. Morelli, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 2019, 21) e che anzi l'autonomia opera essa stessa come presidio dell'unità-indivisibilità della Repubblica» (C. Salazar, *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017). A. Cariola, F. Liotta, *Art. 116*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, 2006, 2179, considerano gli effetti di un livello maggiore di autonomia sulla capacità di garantire i diritti fondamentali della persona nel rispetto del principio costituzionale di economicità. Osserva A. Patroni Griffi, (voce) *Autonomia differenziata*, cit., 321 che il principio supremo di unità ammette declinazioni diverse nel ragionevole bilanciamento col principio di autonomia, che presuppone un rapporto di leale collaborazione, mentre il principio supremo di indivisibilità è limite assoluto, anche alla stessa revisione costituzionale, sicché non consente alcuna forma di secessione. Sul punto si veda anche L. Ronchetti, *Unità e indivisibilità della Repubblica: la sovranità popolare e l'interdipendenza nel nome della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, 1 ss.

nell'art. 117 Cost., c. 2, lett. *m*), in combinato disposto con l'art. 119 Cost. e la sua *ratio* nella natura limitata delle risorse economico finanziarie necessarie per coprire il costo dei diritti stessi.

Ecco perché occorre ricordare che la grande innovazione non attuata della riforma costituzionale del 2001, oltre alla determinazione dei LEP, è la determinazione dei principi fondamentali delle materie per le quali l'art. 117, c. 3, Cost. prevede la potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni.

Infatti, tali principi fondamentali non sono stati effettivamente previsti dalla legislazione statale non in tutte le materie.

Occorre perciò prevedere all'art. 1 anche la delega legislativa per la determinazione dei principi fondamentali concernenti le materie di potestà legislative concorrenti, almeno per le materie per le quali questi principi ancora mancano.

L'effettiva emanazione dei decreti legislativi deve essere perciò inserita nell'art. 1 quale seconda condizione (oltre a quella dell'effettiva determinazione dei LEP) a cui subordinare il trasferimento di ulteriori funzioni ex art. 116, c. 3, Cost.

Infatti, quando e se saranno trasferite ad alcune regioni funzioni legislative o amministrative concernenti tali materie non sarà mai un trasferimento integrale, che l'art. 116, c. 3, Cost. non consente, ma per potere trasferire in parte le funzioni legislative su tali materie occorre prevedere per tutte le materie quali siano questi principi fondamentali, i quali poi potranno o dovranno restare in vigore in tutto o in parte e/o saranno dichiarati inefficaci dall'intesa ai sensi dell'art. 7, c. 3 del d.d.l.¹¹.

Inoltre, la determinazione dei principi fondamentali appare indispensabile proprio al fine di disporre di uno degli elementi indispensabili per poi determinare quali siano i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali di ognuna delle materie per le quali si ipotizza il trasferimento di funzioni ad alcune regioni.

6. Prevedere il coinvolgimento obbligatorio e vincolante della Commissione parlamentare bicamerale per le questioni regionali (anche per rafforzare il ruolo delle Camere in tutta la procedura) e il parere obbligatorio dei Consigli per le autonomie locali di ogni Regione. Occorre prevedere (in molti articoli del ddl) il coinvolgimento (propositivo e con pareri obbligatori e vincolanti) della Commissione parlamentare bicamerale per le questioni regionali istituita dall'art. 126 Cost. e del Consiglio delle autonomie locali, che in ogni Regione deve essere istituito dallo Statuto regionale quale organo di consultazione tra Regione ed enti locali ai sensi dell'art. 123 Cost.

Si tratta di due organi costituzionalmente obbligatori che possono essere utilmente consultati in permanenza per avere da un lato il parere unitario delle Camere (e a tal fine la commissione bicamerale ben potrà consultare le altre Commissioni parlamentari) e dall'altro lato il parere del Consiglio delle autonomie locali, che ben può rappresentare in modo unitario il parere degli enti locali, che è costituzionalmente prescritto dall'art. 116, c. 3 Cost. ai fini della stipula dell'intesa della Regione con lo Stato¹².

¹¹ Cfr. R. Bin, *Le materie del dettato dell'articolo 116 Cost.*, cit., 12 che osserva che il quadro normativo subirà una notevole complicazione, perché vi saranno leggi statali che vincoleranno l'intera legislazione regionale, salvo quelle concernenti materie per le quali sia in vigore in una determinata Regione l'intesa per l'autonomia differenziata.

¹² Il coinvolgimento del Consiglio delle autonomie locali (che è auspicato anche da A. Patroni Griffi, (voce) *Autonomia differenziata*, cit., 330 ed è ritenuto obbligatorio anche da E. Balboni, L. Brunetti, *Il ruolo del CAL nell'applicazione dell'art. 116, ultimo comma. Cost., con particolare riferimento al caso della Lombardia*, in *Le Regioni*, 1, 2011, 219 s. e da F. Furlan, *Il regionalismo asimmetrico a pochi passi dalla meta: quali le questioni ancora aperte?*, in *Forumcostituzionale.it*, 6 novembre 2018, 6) comunque non può esaurire i pareri degli enti locali che ogni Regione

La previsione dell'intervento obbligatorio e vincolante della Commissione bicamerale per le questioni regionali¹³ renderebbe anche molto più incisivo il ruolo del Parlamento che deve essere coinvolto in modo efficace in tutta la procedura negoziale, anche perché poi alla fine l'intesa riguarderà pure i contenuti e i limiti della funzione legislativa, di controllo e di indirizzo politico, le quali spettano in via ordinaria anche o soprattutto alle Camere.

7. Osservazioni sul procedimento di approvazioni delle intese (art. 2). Al c. 1 «è deliberato dalla Regione, sentiti gli enti locali, secondo le modalità e le forme stabilite nell'ambito della propria autonomia statutaria» invece di prevedere «è deliberato dal Consiglio regionale a maggioranza assoluta dei suoi membri, sentito il parere del Consiglio per le autonomie locali, secondo le modalità e le forme stabilite nell'ambito della propria autonomia statutaria con atto recante il tipo di funzioni richieste, le materie concernenti e il motivo di ogni richiesta».

Ciò consentirebbe all'organo rappresentativo di tutto il corpo elettorale regionale di pronunciarsi e al Presidente della Giunta che ne fa parte di prendere una posizione esplicita. L'obbligo di indicare per ogni tipo di materia anche il tipo di funzione che la Regione chiede di esercitare (legislativa e/o amministrativa e/o finanziaria) è importante per precisare i contenuti su cui la Regione vuole negoziare per raggiungere l'intesa: l'art. 116, c. 3, Cost. non consente di cedere completamente le materie dallo Stato alla Regione, ma di attribuire determinate funzioni concernenti ogni materia ivi indicata.

La motivazione riguarda non soltanto il motivo della richiesta, ma l'utilizzazione delle funzioni, sia nella loro fattibilità, sia nella loro finalizzazione; infatti, il Governo potrebbe ritenere commendevole una determinata finalità o invece ritenere un'altra finalità contraria ai principi costituzionali o all'unità giuridica ed economica o all'effettività dei livelli essenziali delle prestazioni¹⁴.

deve raccogliere e che perciò può autonomamente decidere di raccogliere sia prima della presentazione dell'iniziativa regionale, sia prima della sottoscrizione dell'intesa (cfr. D. Casanova, *Il procedimento di attuazione del regionalismo differenziato*, cit., 275-276; M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato*, cit., 20). In ogni caso la consultazione obbligatoria del Consiglio delle autonomie locali, mediante l'emissione di un parere formale, consentirebbe anche a tutti gli organi costituzionali statali coinvolti nella procedura prevista dall'art. 116, c. 3 Cost. di verificare l'effettiva consultazione degli enti locali e pure di disporre di un interlocutore istituzionale unitario degli enti locali della Regione per tentare di interloquire con esso allorché sia necessario comprendere meglio o approfondire il parere degli enti locali (sulla verifica da parte degli organi statali dell'avvenuto parere degli enti locali cfr. M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato*, cit., 19; sull'ipotesi di consultazione del Consiglio delle autonomie locali da parte del Parlamento cfr. D. Casanova, *Il procedimento di attuazione del regionalismo differenziato*, cit., 277).

¹³ Sull'opportunità dell'intervento della Commissione bicamerale per le questioni regionali cfr. E. Tira, *L'attuazione del regionalismo differenziato e il ruolo del Parlamento nella stipula delle intese ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione*, in *Nomos*, 3, 2020, 20.

¹⁴ In proposito sono condivisibili le indicazioni di A. Patroni Griffi, (voce) *Autonomia differenziata*, cit., 334, che afferma che la richiesta regionale «dovrebbe essere in qualche modo motivata [...] La richiesta dovrebbe dunque individuare non solo le domandate funzioni, ma anche le motivazioni alla base della richiesta, oltre che l'analisi di impatto delle nuove funzioni nel sistema regionale. Ciò per un maggiore approfondimento e migliore chiarezza dei termini della richiesta regionale, utili sia dal punto di vista dell'ordinamento regionale stesso, che risulterebbe modificato nel proprio campo di azione a seguito dell'attribuzione, sia per le valutazioni in particolare inerenti alla tutela delle esigenze unitarie rimesse al Governo per il raggiungimento dell'intesa o alla base dell'intervento del Parlamento, in una delle modalità individuate sino all'estremo del voto finale contrario» e che «solo una circostanziata motivazione da parte della Regione sul carattere precipuo della richiesta di funzioni di quel territorio, in assenza di danno per altri territori e per le esigenze unitarie, potrà eventualmente consentire di acconsentire alla stessa». Osserva G. Mobilio, *Differenziazione e specialità nella incerta evoluzione del regionalismo italiano*, cit., 129-131 che «le richieste di parte regionale andrebbero innanzitutto incontro ad un puntuale onere di motivazione in sede di trattativa», che «sarebbe molto utile esplicitare dei presupposti

Al c. 1 allorché si prevede che «L'atto è trasmesso al Presidente del Consiglio dei ministri» occorre prevedere invece che l'invio dell'atto di iniziativa regionale è compiuto da parte del Presidente della Giunta Regionale che è il rappresentante della Regione ai sensi dell'art. 121 Cost. Nell'atto deve essere anche contenuto il verbale del Consiglio regionale recante il testo dell'atto e l'avvenuta approvazione con la maggioranza assoluta dei suoi componenti.

Occorre prevedere prima dell'inizio del negoziato anche l'acquisizione del parere della Commissione parlamentare bicamerale per le questioni regionali¹⁵.

Circa l'avvio del negoziato occorre espressamente prevedere che il negoziato del Governo con la Regione si fa col Presidente della Giunta regionale, che rappresenta la regione ai sensi dell'art. 121 Cost., il quale si può fare coadiuvare da altri organi regionali, secondo le forme e i casi previsti da ogni Regione nella sua autonomia.

Al c. 2 occorre precisare quali sia il tipo di funzioni da indicare nell'atto di iniziativa regionale (legislative e/o amministrative).

Al c. 2 occorre prevedere che la richiesta del Presidente del Consiglio dei ministri di limitare il negoziato ad alcune materie o ambiti di materie possa essere proposta non soltanto da Ministri, ma anche dalla Commissione parlamentare bicamerale per le questioni regionali.

Al c. 4 occorre prevedere che lo schema di intesa sia trasmesso preliminarmente alla Commissione parlamentare bicamerale per le questioni regionali, quale organo competente delle Camere (magari sentito il parere di commissioni delle due Camere)¹⁶.

Al c. 5 occorre prevedere che il Parlamento si pronunci sullo schema di intesa definitivo mediante parere definitivo della Commissione parlamentare bicamerale per le questioni regionali.

Al c. 5 si prevede che lo schema di intesa definitivo è approvato dalla Regione «secondo le modalità e le forme stabilite nell'ambito della propria autonomia statutaria, assicurando la consultazione degli enti locali» invece di prevedere «è approvato dal Consiglio regionale a

sostanziali – o, in termini economicistici, indicatori benchmark – alla luce dei quali valutare le richieste regionali: in punto di equilibrio di bilancio, in base ad analisi di efficacia e di efficienza, ma anche in ragione della vocazione qualitativa dei territori» e che «le richieste, inoltre, andrebbero giudicate secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità. In questo senso, da una parte, la Regione istante potrebbe essere chiamata a dimostrare di dare buona prova di esercizio delle competenze nel medesimo ambito materiale entro cui chiede maggiore autonomia (soprattutto nelle materie di potestà concorrente), o dei margini di differenziazione che, *de iure condito*, la Regione potrebbe già praticare ed eventualmente non ha praticato, e che lo Stato, dall'altra, potrebbe sottostare ai presupposti e alle condizioni enunciate dalla giurisprudenza costituzionale per l'attrazione in sussidiarietà delle funzioni legislative: non per «valutare la legittimità costituzionale delle leggi statali 'espropriative' di competenze regionali», ma «per sindacare leggi statali che fossero 'eccessivamente generose' nell'assegnazione di nuove competenze legislative di nuove competenze legislative alle Regioni». Lo stesso A. osserva «non sarebbe possibile devolvere competenze in tutte le materie indicate dall'art. 116, c. 3, Cost., ma solo in quelle in cui eventualmente si riuscisse ad assolvere al citato onere di motivazione; nella richiesta di un regime finanziario differente, le diverse e maggiori entrate sarebbero strettamente correlate e seguirebbero le funzioni attribuite, per come giustificate in sede negoziale, ristabilendo così l'ordine delle priorità tra ulteriori competenze e risorse aggiuntive».

¹⁵ Si potrebbe anche immaginare che «tutta l'attività governativa nell'ambito dell'art. 116, c. 3, Cost., fosse preceduta da una risoluzione delle Camere, predisposta magari dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali, possibilmente di concerto con la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, che possa indicare alcune coordinate della negoziazione». Così S. Mangiameli, *La negoziazione del Governo e il ruolo del Parlamento nazionale di fronte all'iniziativa regionale in base all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, Audizione, Commissione parlamentare per le questioni regionali. 29-11-2017, anche su Issirfa.cnr.it.

¹⁶ Così osserva D. Casanova, *Il procedimento di attuazione del regionalismo differenziato*, cit., 294: «A partire dal testo dell'intesa, quindi, attraverso la mozione – più realisticamente una pluralità di mozioni – il Parlamento, coinvolgendo anche la Commissione bicamerale per le questioni regionali, potrebbe indicare i contenuti della bozza di intesa sui quali non vi è un consenso e, conseguentemente, chiedere al Governo di attivarsi per modificare, nei termini indicati nella mozione, l'accordo che lo Stato ha raggiunto con la Regione».

maggioranza assoluta dei suoi membri, sentito il parere del Consiglio per le autonomie locali, secondo le modalità e le forme stabilite nell'ambito della propria autonomia statutaria». Ciò consentirebbe a tutti di assumersi pubblicamente le loro responsabilità politiche ed istituzionali.

Da un lato consentirebbe al Consiglio regionale, che è il solo organo rappresentativo di tutto il corpo elettorale regionale (maggioranza e opposizioni) di pronunciarsi anche sulle future funzioni (legislative e amministrative) della Regione e sulla loro sostenibilità politica e istituzionale anche dopo la fine della consiliatura regionale, anche perché aumenterebbero pure le funzioni legislative del Consiglio.

Dall'altro lato consentirebbe al Presidente della Giunta, che fa parte di diritto anche del Consiglio regionale, di prendere una posizione pubblica nel dibattito di fronte al Consiglio. Peraltro, tutto ciò non impedisce l'autonomia statutaria regionale e l'eventuale coinvolgimento del corpo elettorale regionale, deciso autonomamente da ogni Regione, che ben potrebbe deliberare di indire un eventuale referendum popolare consultivo o di indirizzo prima di esaminare e approvare l'atto di iniziativa¹⁷.

Al c. 5 la trasmissione dello schema di intesa approvato deve avvenire da parte del Presidente della Giunta regionale, quale rappresentante della Regione ai sensi dell'art. 121 Cost.

Al c. 8 occorre prevedere parere obbligatorio della Commissione parlamentare bicamerale per le questioni regionali prima dell'espressione del voto di ogni Camera sulla legge di approvazione dell'intesa¹⁸.

8. Circa la determinazione dei LEP (art. 3). Al c. 2 occorre prevedere un rafforzamento del ruolo parlamentare nella determinazione dei LEP, prevedendo il sistema del doppio parere vincolante sullo schema di decreto legislativo: in caso di voto contrario o di mancato ottemperamento al parere parlamentare il Presidente del Consiglio dei ministri riferisce di nuovo alle Camere e spiega le ragioni e se le Commissioni parlamentari e la Commissione parlamentare bicamerale per le questioni regionali approvano un parere esso è vincolante per il Governo.

Al c. 3 la determinazione dei LEP deve riguardare tutte le materie trasferibili e perciò appare irrazionale la limitazione della determinazione dei LEP soltanto alle materie ivi indicate tra quelle spettanti alla potestà legislativa concorrente che possono essere trasferite alle regioni con l'intesa ai sensi dell'art. 116, c. 3, Cost. Del tutto irrazionale appare lasciare fuori materie assai delicate e complicate come la protezione civile.

Più razionale sarebbe prevedere una più complessiva delega legislativa al Governo.

¹⁷ In proposito N. Zanon, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V*, in AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano, 2001, 56 afferma che «molto bene si inserirebbero qui referendum regionali di tipo consultivo». L'art. 123 Cost. prevede che ogni statuto regionale deve disciplinare referendum su leggi e provvedimenti amministrativi regionali e dunque su atti normativi regionali e non su atti di iniziativa regionale volti a stimolare atti statali, ma ciò non può essere ritenuto preclusivo di referendum regionali consultivi sull'atto di iniziativa regionale previsto dall'art. 116, c. 3, Cost. (come invece ritiene M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., 18), perché lo stesso art. 123 Cost. prevede che ogni Statuto disciplina anche le forme di partecipazione popolare, tra le quali ben può rientrare anche la convocazione di un referendum preliminare alla presentazione della richiesta regionale di autonomia differenziata ed infatti una simile convocazione non è stata ritenuta incompatibile con la procedura di cui all'art. 116, c. 3 Cost., da Corte cost. sentenza n. 118/2015.

¹⁸ Si potrebbero sottoporre le «bozze d'accordo alle commissioni parlamentari competenti per materia, alle Commissioni affari costituzionali e alla Commissione bicamerale per le questioni regionali affinché esprimano il loro parere ed eventuali proposte di modifiche, che poi andrebbero sottoposte agli esecutivi statale e regionale, per poi passare infine alla finale approvazione parlamentare». Così, B. Caravita Di Toritto, *Un doppio binario per l'approvazione del regionalismo differenziato?*, in *Federalismi.it*, 19, 2019, 4.

Appare confuso menzionare le materie del c. 3 dell'art. 117 Cost. e poi però inserire nello stesso elenco i LEP concernenti due materie di potestà legislativa esclusiva statale (norme generali sull'istruzione, tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali).

Al c. 6 occorre aggiungere il parere obbligatorio della Commissione parlamentare bicamerale per le questioni regionali.

Al c. 7 appare incostituzionale prevedere che con un mero decreto del Presidente del Consiglio dei ministri si possa provvedere a rivedere e aggiornare i LEP che all'origine erano stati determinati con decreto legislativo. Nel sistema delle fonti del diritto il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri non è un atto avente valore di legge, ma, se caso, una fonte subordinata alla legge e pertanto mai potrebbe modificare o integrare un atto legislativo.

Occorre pertanto modificare la norma, magari prevedendo una delega legislativa ad emanare decreti legislativi integrativi e correttivi dei decreti legislativi originari.

Ai cc. 9 e 10 occorre meglio chiarire il senso della salvezza delle norme della legge di bilancio 2023 (l. n. 197/2022) al fine di assicurare che si giunga comunque alla determinazione dei LEP in materia di servizi sociali e assistenza sociale.

9. Circa il trasferimento delle funzioni (art. 4). Al c. 1 occorre specificare che il trasferimento delle funzioni concerne sia funzioni legislative sia funzioni amministrative o, meglio, occorre sempre specificare di quale tipo di funzioni si tratta.

In generale appare del tutto irragionevole la distinzione tra il trasferimento (differito) delle funzioni collegati a LEP (comma 1) e trasferimento (immediato) delle funzioni senza LEP (c. 2).

Piuttosto si preveda una delega legislativa al Governo per disciplinare i principi fondamentali nelle materie di potestà concorrente, prima di disporre l'eventuale trasferimento.

10. Circa l'ulteriore attribuzione di funzioni amministrative ad enti locali (art. 6). Il testo dell'art. 6 del d.d.l. appare ambiguo.

Infatti, delle due l'una: o l'articolo appare inutile, perché ripete ciò che già prevede la Costituzione agli artt. 117, c. 2, lett. p), per le funzioni fondamentali dei Comuni e all'art. 118 circa l'allocatione delle funzioni amministrative oppure l'articolo conferma implicitamente che già nell'assetto normativo vigente basterebbe trasferire funzioni amministrative statali anche a Regioni ed enti locali perché già ora ai sensi dell'art. 118 Cost. non sussistono «esigenze unitarie» per trattenere queste funzioni amministrative in capo all'amministrazione statale.

Non è poi chiaro il momento in cui la Regione dovrebbe scegliere se trasferire queste funzioni agli enti locali o se trattenerle a sé, se cioè debba avvenire contestualmente all'entrata in vigore della legge di approvazione dell'intesa con lo Stato oppure dopo.

In realtà nella sua autonomia costituzionalmente garantita la Regione potrà fare ciò che vorrà proprio seguendo i due vincoli costituzionali dell'art. 117, comma 2, lett. p), e dell'art. 118, il che conferma che l'art. 6 del d.d.l. appare norma legislativa statale inutile e superflua.

11. Circa la durata delle intese e la successione di leggi nel tempo (art. 7). Nel c. 1 occorre meglio precisare il procedimento di eventuale modifica dell'intesa in modo omogeneo col procedimento di avvio del negoziato: richiesta della Regione al Governo, con parere favorevole o su proposta delle due Camere o, meglio, della Commissione bicamerale parlamentare per le questioni regionali.

Sempre nel comma 1 occorre meglio precisare (in modo omogeneo al procedimento di negoziato e approvazione della legge di approvazione dell'intesa ex art. 116, c. 3, Cost.) i

tempi e i modi che in ogni intesa si devono prevedere circa la richiesta di cessazione di efficacia dell'intesa stessa. Occorre aggiungere il parere obbligatorio della Commissione parlamentare bicamerale per le questioni regionali e prevedere che la richiesta regionale sia approvata dal Consiglio regionale a maggioranza assoluta, sentito il parere del Consiglio delle autonomie locali.

Occorre poi prevedere che la stessa intesa preveda espressamente gli effetti immediati della cessazione dell'intesa: ritrasferimento delle funzioni legislative e amministrative allo Stato e ritrasferimento immediato delle relative risorse economiche, strumentali e di personale.

Al c. 3 occorre sostituire «disposizioni di legge statale che cessano di avere efficacia nel territorio regionale» con le parole «disposizioni di leggi o atti aventi valore di legge dello Stato che cessano di avere efficacia nel territorio regionale».

Il c. 5 appare un mero autovincolo legislativo, cioè una disposizione legislativa che non è vincolante per le leggi entrate in vigore successivamente. Occorre che questa medesima disposizione prevista dal c. 5 sia inserita nell'intesa e/o nella legge di approvazione dell'intesa, che la renderebbe vincolante ai sensi dell'art. 116, c. 3, Cost.

367

12. Circa il monitoraggio (art. 8). Occorre prevedere il coinvolgimento permanente della Commissione parlamentare bicamerale per le questioni regionali che potrebbe svolgere un ruolo efficace di coordinamento di tutte le iniziative delle commissioni parlamentari sull'effettiva attuazione di ogni intesa.

13. Circa le clausole finanziarie (art. 9). Il c. 1 suscita gravi dubbi: è dubbio che questa legge non comporti maggiori oneri, perché la sola previsione dei LEP non dovrebbe limitarsi a distribuire le risorse finanziarie già esistenti, ma deve indicare prestazioni, in funzione delle quali si indicheranno costi standard e fabbisogni standard, che ben potrebbero non essere sufficientemente coperti dalle risorse finanziarie statali esistenti. In ogni caso vi saranno sicuramente nuove spese perché occorrerà individuare per ogni Regione quale personale statale sarà incaricato di vigilare sull'effettiva attuazione delle nuove norme ed in particolare dell'effettiva attuazione regionale dei LEP.

Non appare chiara poi al c. 3 l'effettiva applicabilità dell'art. 119 Cost. alle Regioni beneficiarie dell'intesa ex art. 116, c. 3 Cost. Occorre coordinare meglio questa disposizione del comma 3 con le disposizioni dell'art. 10.

Il c. 4 non chiarisce il modo con cui sia possibile prevedere vincoli effettivi ed efficaci, anche dal punto di vista contabile e finanziario, per vincolare la Regione che ottiene l'intesa al concorso degli obiettivi di finanza pubblica.

14. Circa le misure perequative indicate nell'art. 10. Occorre prevedere al comma 3 che il Governo informi non soltanto le Camere e la Conferenza unificata, ma anche la Commissione bicamerale per le questioni regionali.

15. Le disposizioni transitorie e finali dell'art. 11. Si tratta di disposizioni che suscitano importanti criticità e perciò appaiono meritevoli di ripensamento.

Il c. 1 appare incostituzionale perché in violazione del principio costituzionale di eguaglianza prevede che siano conservati gli atti di iniziativa di quelle Regioni che li avevano presentati prima dell'entrata in vigore della nuova legge e per i quali si era già avviato il confronto tra Governo e Regione.

Si tratta di un trattamento irragionevolmente preferenziale e che dimentica che nel frattempo potrebbero o potranno essere cambiate le composizioni politiche non soltanto del Parlamento e del Governo, ma anche degli organi regionali (Consiglio regionale, Presidente

della Giunta regionale e Giunta regionale). Occorre prevedere che anche questi atti di iniziativa e questi negoziati riprendano nei modi e nei tempi previsti dalla nuova legge.

Il c. 3 sul mantenimento del potere sostitutivo dovrebbe essere meglio precisato: occorre adattare le norme sull'esercizio del potere sostitutivo alla nuova legge. A tal fine occorrerebbe fare norme di coordinamento con la disciplina del potere sostitutivo previsto dall'art. 120 Cost. nell'art. 8, l. n. 131/2003. Occorre pure prevedere norme sull'esercizio del potere sostitutivo per mancata attuazione delle norme europee ai sensi dell'art. 117, c. 6, Cost. A tal fine occorre prevedere norme di coordinamento anche con le leggi europee che disciplinano l'esercizio del potere sostitutivo in caso di attuazione di norme UE ai sensi della l. n. 234/2012.

MEMORIA PER LA COMMISSIONE AFFARI COSTITUZIONALI, CAMERA DEI DEPUTATI, AUDIZIONE DEL 12 MARZO 2024, SUL DISEGNO DI LEGGE A.C. 1665, APPROVATO IN PRIMA LETTURA DAL SENATO DELLA REPUBBLICA IL 23 GENNAIO 2024, RECANTE *DISPOSIZIONI PER L'ATTUAZIONE DELL'AUTONOMIA DIFFERENZIATA DELLE REGIONI A STATUTO ORDINARIO AI SENSI DELL'ARTICOLO 116, TERZO COMMA, DELLA COSTITUZIONE*

369

di Giovanna De Minico*

Sommario. 1. Le possibili vie del regionalismo differenziato e le sue condizioni di costituzionalità. – 2. La prima condizione: la «ragionevole ragione» e l'esperienza tedesca. – 3. La seconda condizione: l'ordine dei pagamenti e la centralità parlamentare per i diritti sociali. – 4. La terza condizione: la supremazia del Parlamento nel processo di differenziazione. – 5. Per concludere: metodo - tempo - sovranità parlamentare.

1. Le possibili vie del regionalismo differenziato e le sue condizioni di costituzionalità. Vado immediatamente all'oggetto della mia presenza in questa Commissione: l'A.C. n. 1665, una modalità attuativa dell'art. 116, c. 3, Cost., non l'unica.

Apro con questo concetto in quanto lo ritengo la premessa indispensabile se volessimo disegnare forme alternative, in ipotesi anche distanti dalla proposta governativa, di regionalismo differenziato. Con questo concetto bipolare si intende dire che talune Regioni, quelle attive nell'avviare un'intesa, avranno di più dallo Stato in funzioni e risorse¹ rispetto a quanto spetterebbe loro in base all'ordinario criterio di riparto dei compiti tra centro e periferia.

2. La prima condizione: la «ragionevole ragione» e l'esperienza tedesca. Pertanto, la deroga alla disciplina normale del rapporto Stato/Regioni assegna all'ente territoriale una posizione migliore di quella che in origine condivideva con le altre Regioni. Secondo quanto previsto nell'art. 116 Cost., la progettata differenziazione è un'eccezione all'articolo 3, c. 1, Cost., perché rompe la corrispondenza biunivoca situazioni soggettive uguali/uguali diritti, come vorrebbe il principio di uguaglianza formale. Una deroga questa, introdotta dalla norma di revisione costituzionale, sempre che ricorra una «ragionevole ragione». L'espressione è mia e rimanda a due elementi, uno oggettivo e l'altro soggettivo, che insieme sono la *ratio* giustificativa dell'eccezione al principio egualitario.

L'elemento soggettivo è il motivo per cui la Regione ritiene di potersi sostituire in via definitiva allo Stato nell'esercizio di funzioni, altrimenti a lei precluse. Pertanto, la Regione

* Sottoposto a referendum.

*Professoressa ordinaria di Diritto Costituzionale – Università degli studi di Napoli Federico II.

¹ F. Gallo, *L'incerto futuro del regionalismo differenziato sul piano finanziario*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2018, 6 ss.

richiedente dovrà fare due cose: esibire un interesse territoriale, attuale e specifico, che giustifica il trattamento migliorativo rispetto a quello standard delle altre Regioni²; e provare i fatti di efficienza e di adeguatezza³ in forza dei quali presume essere più capace dello Stato nell'assolvere i compiti richiesti, come impone il vincolo di sussidiarietà verticale⁴.

L'elemento oggettivo si definisce invece in negativo: qualunque sia il regime più favorevole accordato a una Regione, esso dovrà comunque rispettare il limite rappresentato dall'art. 5⁵. In altri termini, la differenziazione non si potrà spingere fino a rendere la Regione, non solo più autonoma delle altre, ma addirittura indipendente dallo Stato perché in tal caso non si tratta di autonomia, fattispecie lecita, ma più correttamente di secessione, evento illecito, che si colloca fuori dell'ordinamento costituzionale stante la sua natura *extra-ordinem*⁶. In questa seconda ipotesi saremo infatti dinanzi a una violazione della Costituzione per lesione della sovranità statale dovuta alla creazione di uno Stato nello Stato, dove il nuovo soggetto pubblico rivendica un'originarietà uguale a quella del soggetto territoriale-madre da cui si è definitivamente staccato⁷. Questo sarebbe un processo *contra constitutionem*, che disegna il limite negativo, insuperabile dall'autonomia, la quale, per quanto differenziata sia, si deve muovere entro il *framework* costituzionale originario.

Con l'art. 116, c. 3, Cost. facciamo un salto della staccionata, cambiamo la corsia di marcia: dal regionalismo cooperativo slittiamo verso declinazioni competitive dello stesso⁸, che rimandano al riformato modello tedesco⁹. Il presupposto di ogni idealtipo competitivo consiste nel pregresso allineamento degli enti territoriali o, per dirla con gli studiosi di diritto antitrust, S. Brayer¹⁰, nel fatto che gli attori partono dai medesimi blocchi. La gara inizierà solo se i giocatori sono equiordinati perché, in caso contrario, la competizione sarebbe falsata in partenza per la presenza di un vincitore stabilito a tavolino. Questo presupposto era noto al legislatore di revisione del 2001, che infatti aveva condizionato l'operatività dell'art. 116 alla preventiva osservanza dell'art. 119, sintesi delle azioni perequative. Pertanto, lo Stato è chiamato a fare qualcosa prima di avviare la diversificazione delle Regioni: ha un obbligo di attivarsi in opposizione al dovere di rimanere fermo. Un esperimento tratto dalla fisica rende visivo il mio discorso: quello dei vasi comunicanti. Lo Stato è come se avesse nelle mani le chiavi del rubinetto, che dovrà aprire per consentire all'acqua di scorrere dal vaso più alto verso il più basso fino a quando il livello non sarà lo stesso. Lo Stato, quindi, deve far defluire le risorse dalle Regioni più ricche alle meno e solo a parità di risorse avvierà la gara con l'augurio che vinca il miglior concorrente. Il *level playing field* è una regola basilare del liberismo economico e aver trasferito questa dinamica sul terreno del diritto costituzionale presuppone che il 116 abbia disegnato in anticipo le tappe fondamentali del regionalismo competitivo:

² M. Villone, *Italia divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o secessione occulta?*, ES, Napoli, 2019, 65-66. V.P. Grossi, *La perdurante attualità del regionalismo differenziato. Un'analisi dei contenuti delle 'bozze d'intesa'*, in *Dir. Reg.*, 2, 2021, 363 ss.

³ Cfr. L. Antonini, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2017, 48 ss.

⁴ S. Staiano, *Autonomia differenziata, la lezione del 2001: no a riforme fatte per paura*, in *Dir. Reg.*, 3, 2019, 6.

⁵ M. Villone, *Memoria del Prof. Massimo Villone. Per l'audizione nella I Commissione del Senato sui ddl n. 615 e conn. (attuazione dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario)*, martedì 30 maggio 2023, in www.senato.it, 2 ss.

⁶ Cfr. l'insegnamento di: C. Esposito, *Autonomia e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 69 ss. e T. Martinez, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1956, 100 ss., anche in Id., *Opere*, III, Milano, 2000, 293 ss.

⁷ F. Benvenuti, *L'ordinamento repubblicano*, Padova, 1996, 48.

⁸ M. Luciani, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Reg.*, 5, 1994, 1313 ss.

⁹ O. Chessa, *Specialità e asimmetria nel sistema regionale italiano*, in S. Mangiameli (a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, Giuffrè, Milano, 2011, 161-178.

¹⁰ S. Breyer, *Regulation and its reform*, Harvard, 1982, 157-161.

prima si equiordinano le Regioni e in un secondo momento si trasferirà il *surplus* a chi dimostra di meritarlo. Ma il processo bifasico caratterizzato da un preciso ordine di intervento non trova corrispondenza nel progetto governativo, perché l'Esecutivo ha fretta di differenziare e quindi pospone la perequazione all'art. 116. Questa inversione del cronoprogramma compone l'incostituzionalità del ddl 1665, del resto non è la prima volta che disattendere la dimensione temporale si risolve in una violazione all'assetto costituzionale.

Voglio sgombrare il campo da ogni equivoco: non sto parlando di un'incostituzionalità dell'art. 116 in sé¹¹ perché l'illegittimità riguarda la sua modalità attuativa. Se il Governo avesse rispettato il tempo di intervento delle due azioni, l'A.C. si sarebbe sottratto alle censure di incostituzionalità almeno limitatamente a questo profilo. Invece, il progetto del Governo prevede come prima mossa l'avvio della gara, dopo l'equiordinazione dei concorrenti.

Né sembra che l'esperienza tedesca, possibile esempio di un modello federale capace di coniugare con equilibrio elementi cooperativi con istanze competitive, sia stato realmente considerato dal d.d.l. 1665, affermazioni di principio a parte.

In via preliminare, voglio ricordare che l'unificazione delle due Berlino costò cinque punti di Pil¹², pagati con i sacrifici dell'intero popolo tedesco, il che permise ai *Länder*, anche ai più poveri, di accostarsi ai ricchi. Compiuta l'equiordinazione, il legislatore di revisione¹³ con la *Föderalismusreform I* del 2006 riscrisse l'art. 72, c. 3, della GG per imprimere al federalismo una curvatura asimmetrica che consentisse ai *Länder* di legiferare su materie un tempo loro precluse.

La prima osservazione che voglio fare con Voi riguarda l'ampiezza della riforma tedesca¹⁴: essa interessa appena sei materie, peraltro politicamente leggere – la caccia, la pesca, a eccezione dell'ambiente, che però viene prima impoverito di compiti importanti riservati allo Stato federale e poi devoluto ai *Länder* in una dimensione asciugata. Noi invece pensiamo di cedere materie fondamentali, ad esempio l'ordinamento della comunicazione. Questo settore è dominato dall'imperativo europeo di creare un unico ecosistema digitale, necessario per mettere la convivenza delle vecchie fonti d'informazione con le nuove; noi invece, noncuranti del *diktat* europeo, vogliamo spezzettare il mercato nazionale in tanti spazi regionali quante sono le Regioni. Intendo dire che le materie, almeno quelle inscindibilmente unitarie, andrebbero sottratte alle rivendicazioni autonomistiche¹⁵, e quindi tenute fuori dall'elenco delle cose trasferibili. Ma il nostro legislatore la pensa diversamente, visto che la lista tiene dentro ogni materia di competenza concorrente indipendentemente dalla sua vocazione frazionabile o meno.

Infine, sempre la riforma tedesca decise per una *devolution* temporanea, nonostante intervenisse a *Länder* equiordinati. Infatti, la Germania stabilì che lo Stato potesse in ogni momento riappropriarsi delle competenze prima concesse ai *Länder*, derogando così al criterio di specialità, perché in questo caso non prevarrà la disciplina speciale, quella dei

¹¹ L. Elia, *Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del Titolo V della Parte II della Costituzione*, in *Resoconto stenografico*, Senato della Repubblica XIV Leg., 1ª Commissione, Seduta n. 40 del 23 ottobre 2001.

¹² Cfr. H.W. Sinn e F. Westermann, *Two Mezzogiornos*, in *CESifo Working Paper*, 2000, 378, 9 ss.

¹³ 52ª Legge di revisione costituzionale del 31 agosto 2006, in *BGBI*, 2034.

¹⁴ Per tutti si veda: J. V. Blumenthal, *La riforma costituzionale del 2006 e il «nuovo» federalismo*, trad. it., in *La Germania di Angela Merkel*, a cura di S. Bolgherini-F. Grotz, Bologna, 2010, 43 ss. Nella letteratura italiana ci limitiamo *ex multis* a rinviare: R. Bifulco, *La riforma costituzionale del federalismo tedesco del 2006. Nota per l'indagine conoscitiva delle Commissioni affari costituzionali della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica sulle questioni relative al Titolo V della Parte II della Costituzione*; e E. Di Salvatore, *La potestà legislativa derogatoria dei Länder tedeschi*, in *Rivista giuridica on-line – ISSIRFA – CNR*, 1, 23, 2012.

¹⁵ S. Parisi, *Indipendenza, specialità e asimmetria: requiem per il regionalismo collaborativo?*, in S. Prisco, F. Abbondante, S. Parisi (a cura di), *Ritornano le piccole patrie? Autodeterminazione territoriale, secessione, referendum*, Napoli, 2020, 24.

Länder, ma quella che arriva per ultima: cioè, la legge di richiamo dello Stato. Il ping-pong¹⁶, l'invenzione tedesca¹⁷, corregge in chiave diacronica la *devolution*, che ha dunque carattere precario perché lo Stato la potrà in ogni momento riportare allo *status quo ante*, se lo vorrà.

Ebbene, il nostro Stato non si è riservato qualcosa di analogo al ripensamento tedesco, per cui da noi, una volta attuata la devoluzione¹⁸, non si potrà più tornare indietro.

Inoltre, siccome l'art. 116, c. 3, costruisce la legge approvativa dell'intesa sul modello dell'atto normativo a forza passiva rinforzata, anche le sue modifiche dovranno seguire il medesimo iter iniziale. Sarà dunque necessario l'accordo con la Regione che ha avuto di più. Ma quale Regione sarà disposta ad accettare di meno? L'indefettibilità dell'accordo non solo rende l'azione devolutiva definitiva nel tempo, ma la sua irrevocabile permanenza sottrae all'indirizzo politico delle maggioranze future la decisione sulla devoluzione, che si imporrà come un fatto compiuto, contro il quale nulla potranno¹⁹.

A tal proposito voglio ricordare che il disegno di legge costituzionale d'iniziativa popolare di modifica dell'art. 116 Cost.²⁰ proponeva di attenuare la rigidità evolutiva della legge in esame, sostituendo all'intesa il parere obbligatorio della Regione.

Lasciamoci ora alle spalle quello che poteva essere ma non è stato, e torniamo alle cose fattibili: completiamo il *cabiers de doléances* delle sue supposte incostituzionalità.

3. La seconda condizione: l'ordine dei pagamenti e la centralità parlamentare per i diritti sociali. Andiamo alla seconda ragione di incostituzionalità della disciplina attuativa in esame: anche questo vizio ha a che fare col tempo. Qui però la variabile cronologica riguarda il rapporto tra l'art. 117, c. 2, lett. m)²¹ e l'art. 116 Cost.

In questa memoria mi soffermerò sui punti di snodo del tormentato percorso dei Lep, mentre rinvio per quanto non dirò alla mia memoria consegnata al Senato²².

I Lep sono compiti esclusivi e incedibili dello Stato, a dirlo è la riserva di legge che assegna appunto alla legge e alle fonti alla prima equiparate il dovere di individuarli e di quantificarli in aderenza ai bisogni essenziali della persona, con preclusione per ogni altro potere statale di intervenire sui medesimi²³.

Nel definire i Lep ho fatto un passaggio sulla persona, allora chiediamoci perché i Lep intercettano l'individuo.

L'art. 2 Cost. riconosce alla persona un posto centrale nell'architettura costituzionale, la quale infatti deve promuovere la piena dignità costituzionale dell'individuo a prescindere dalla sua

¹⁶ A. Anzon Demming, *Il regionalismo "asimmetrico: la via italiana e il modello tedesco*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 28 settembre 2006, ma anche S. Mangiameli, *Regionalismo e uguaglianza*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 1, 2019, 23, nota 68.

¹⁷ R. Bifulco, *La riforma costituzionale del federalismo tedesco del 2006*, cit., 5 ss. e S. Mangiameli, *Il riparto delle competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, in *Dir. Reg.*, 3, 2020, 313 ss.

¹⁸ M. Villone, *Italia divisa e diseguale*, cit., pp. 106 ss. Sul difficile rapporto tra le «leggi rinforzate», quale quella prevista dall'art. 116, c. 3, Cost., e il principio democratico: C. Blanco de Morais, *Le finalità politiche delle leggi rinforzate*, in *Quad. Cost.*, 1, 1997, 27 ss.

¹⁹ Salvo la possibilità per lo Stato di disdettarla, ma solo dopo che siano decorsi dieci anni dalla sua entrata in vigore. Ora, data la breve vita dei nostri Governi, un termine così dilatato significa che gli Esecutivi che si susseguiranno saranno vincolati all'antico accordo siglato dall'Esecutivo di dieci anni prima.

²⁰ XIX Leg., A.S. 764, disegno di legge costituzionale d'iniziativa popolare, in https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/testi/57195_testi.htm.

²¹ I livelli essenziali delle prestazioni saranno da ora indicati con l'acronimo Lep.

²² G. De Minico con V.P. Grossi, *Note in tema di AS 615 per le Audizioni informali sull'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario, presso la 1° Commissione permanente del Senato della Repubblica*, 2023, in www.senato.it.

²³ M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m della Costituzione)*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2002, 354. L. Trucco, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in *Rivista del "Gruppo di Pisa"*, 3, 2012, spec. 5.

identità e dalle iniziali condizioni di vita²⁴. I Lep entrano sulla scena politica per incontrare la domanda fondamentale dell'individuo: porlo in condizione di contribuire con le sue abilità e personalità alla vita politica, sociale ed economica del paese. È evidente il rapporto che tiene stretti i Lep all'uguaglianza sostanziale, chiamata in causa per assicurare a ciascun cittadino uguale dignità, a nulla rilevando dove risieda. Ritorna anche con l'art. 117 il concetto di equiordinazione, con la differenza che in questo caso non sono le Regioni a rivendicare l'allineamento reciproco, ma i cittadini a pretendere condizioni di sostanziale parità, essenziali per l'esercizio effettivo delle libertà fondamentali, diritti sociali inclusi.

Ma i Lep intercettano anche la domanda di uguaglianza formale.

Il ragionamento è il seguente: il popolo non è massa informe e confusa di individui, ma una comunità²⁵ territoriale che ha in comune un patrimonio di valori, principi e diritti; questo tessuto dà corpo al vincolo inscindibile di una collettività: l'unità nella pari titolarità dei diritti. Se il cittadino vede che l'altro ha più diritti di lui, lo considererà un suo nemico, perché l'uguaglianza o è tra uguali o è disuguaglianza se uno è più uguale dell'altro.

Questa è la ragione per cui questi diritti devono essere scritti dalla mano ferma dello Stato e disegnati nei termini di diritti attuabili in un'unica soluzione, in antitesi al modello della fattispecie a formazione progressiva²⁶, la quale consente invece un'erogazione delle prestazioni col contagocce, sempre che qualche goccia ancora residui allo Stato. Le parole della Corte esprimono proprio il medesimo concetto nel garantire ai Lep un contenuto minimo, un costo incompressibile che corrisponde al «la soglia di spesa costituzionalmente necessaria per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, nonché «il nucleo invalicabile di garanzie minime» per rendere effettivi tali diritti (*ex multis*, sentenze n. 142/2021 e n. 62/2020) al di sotto della quale lo Stato non può andare²⁷. In sintesi, i Lep sono tante cose insieme: un'obbligazione di risultato verso il cittadino, contando infatti quanto lo Stato gli eroga, non gli sforzi fatti per provare ad adempiere. Sono altresì un'obbligazione a contenuto costituzionalmente necessario, nel senso che lo Stato non si può sottrarre a quella cifra, rimanendo il responsabile dell'esito atteso. Infine, sono un'obbligazione che non tollera differimenti esecutivi, nel senso che il cittadino può pretendere che lo Stato si attivi senza indugio, perché il tempo perso va a danno di chi non ha e consolida i vantaggi di chi ha.

Ancora una riflessione voglio fare sulla proposta di qualificare i Lep come fattispecie a formazione progressiva: ne risulterebbero degradati da diritti ad aspettative, con conseguente loro collocazione in un preambolo costituzionale, lì dove il Costituente li ha inseriti direttamente nel tessuto precettivo. Da qui la loro promozione a situazioni giuridiche soggettive e dunque il riscatto dallo *status* di figli di un Dio minore perché assenti nello Statuto Albertino. Nati infatti solo con la Costituzione del '48, hanno recuperato presto il ritardo genetico grazie alla loro forza evolutiva, la quale misura il grado di democraticità del nuovo ordine repubblicano, segna la sua distanza da quello statutario e opera come leva per rimuovere gli ostacoli al compimento della piena dignità costituzionale dell'individuo.

Chiarita la natura giuridica dei Lep, ora possiamo tornare al cronoprogramma disegnato per loro dal legislatore di revisione del 2001: lo Stato prima li deve individuare e soddisfare, e

²⁴ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, 1975, 147 ss. Sul rapporto tra l'art. 2 e l'uguaglianza: G.M. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 29 ss. Per la giurisprudenza, Corte costituzionale, sent. n. 38/1973.

²⁵ G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 2001, 47.

²⁶ S. Cassese, *Audizione parlamentare*, I Commissione Senato della Repubblica, in https://webtv.senato.it/4621?video_evento=243505.

²⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 220/2021.

solo dopo potrà avviare la differenziazione²⁸. Quanto all'individuazione, il compito è stato affidato al Clep²⁹, che ha operato secondo il criterio dell'immobilismo temporale perché ha riproposto per l'avvenire i Lep già individuati in passato. Questa modalità strida con la dimensione dinamica e al tempo stesso permanente della Costituzione: progetto politico con capacità tendenzialmente proiettive e stabili verso le generazioni future³⁰. Se il disegno dei Lep è la fotografia di quello che è stato, significa che il passato ci tiene stretti a sé al punto da impedirci di sollevare lo sguardo oltre il momento attuale. A seguire invece la proiezione costituzionale il Clep avrebbe dovuto rileggere la vecchia lista dei Lep, sfoltendola semmai di qualche prestazione divenuta desueta, ma arricchendola di altre prestazioni, quelle inedite in risposta ai nuovi bisogni digitali del cittadino della rete³¹.

Una volta individuati i Lep, questi andranno monetizzati come la loro natura prestazionale richiede, il cui nocciolo duro si risolve in quello specifico atto di adempimento dovuto dallo Stato-debitore. Un esempio: mentre il mio parlare non costa nulla allo Stato, anzi lo Stato meno fa e meglio è, i diritti sociali sono onerosi: se mi reco in un ospedale mi attendo di trovare cure, strutture e medici tendenzialmente uguali ovunque: Napoli come Roma e come Milano. Questa è l'Italia che vorrei lasciare ai miei figli e che credo anche voi, on.li Deputate e Deputati, vogliate lasciare ai vostri figli.

Ebbene, la monetizzazione dei Lep – distribuiti idealmente lungo una scala verticale – spetta al Parlamento, che, per la riserva di legge, è tenuto a decidere su quale gradino fermare la quantificazione delle prestazioni sociali. Un esempio: la scuola deve prestare cultura e formazione secondo lo standard milanese o in base a quello napoletano?

Decidere dove fermare questa asticella è una scelta che spetta solo al legislatore statale, che si potrà attestare sui valori quantitativi e qualitativi milanesi o preferire quelli napoletani. Nel primo caso chi ha di meno sarebbe finalmente portato allo stesso livello di chi ha di più; nel secondo caso il Sud continuerebbe ad avere quanto ha avuto finora, cioè poco, ma sarebbe improbabile, e anche odioso, che si abbassasse per simmetria il livello prestazionale del Nord e si smantellassero gli asili del Nord per portare i mattoni al Sud³².

Se la riserva di legge ancora ha un senso, il Parlamento dovrà parlare per primo sui Lep. E in un questo suo discorso regolatorio dovrà dire almeno due cose: individuare i Lep, non limitandosi a farne la fotografia dell'esistente ma con una proiezione regolatoria in avanti, contrariamente a quanto ha fatto il Clep; e poi sostanziarli nel *quantum* e nei tempi di erogazione. Ma il d.d.l. 1665 nulla dice in proposito, perché trasferisce all'Esecutivo i compiti propri del Parlamento, condannandolo a un anticipato riposo rispetto a quello riservatogli dalla riforma costituzionale sul premierato ancora in corso.

Sarà facile obiettarci che il d.d.l. affida i Lep al decreto legislativo, quindi a un atto primario come la legge, il che farebbe ritenere soddisfatta la riserva. L'obiezione non convince perché l'A.C. 1665 ha costruito il decreto legislativo in modo da eludere la riserva sul piano sostanziale. Infatti, il Parlamento, tenuto a dettare criteri e principi direttivi con la legge di delega, è stato messo a tacere in anticipo perché il d.d.l. (art. 3, c. 1) ha già promosso la legge

²⁸ Cfr. A. Patroni Griffi, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in *Dir. Pubbl. Eur. Rass. online*, 2, 2019, spec. par. 3.

²⁹ Comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni, *Rapporto finale*, 15/11/2023, in <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=49640>.

³⁰ M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, 2009, *passim*.

³¹ Mi sia consentito il rinvio a un mio saggio, *Nuova tecnica per nuove disuguaglianze*. Case law: *Disciplina Telecomunicazioni*, Digital Services Act e *Neurodiritti*, in G. Di Plinio, *'Neurodiritti' tra virtuale e reale*, in *Federalismi.it*, 6, 2024, 5-9 e 19-21.

³² G. Viesti, *Contro la secessione dei ricchi. Autonomie regionali e unità nazionale*, Bari – Roma, 2023, 73 ss.

di bilancio per il 2023³³ a legge di delega sui Lep³⁴. Ma questa insolita legge di delega non ha fatto quanto avrebbe dovuto perché non ha indirizzato l'azione regolatoria del Governo sui Lep; ne consegue che il futuro decreto legislativo sarà di fatto abilitato a scrivere su una lavagna bianca, il che non lo rende così diverso³⁵ da un d.p.c.m., fonte in origine a ciò deputata dall'A.S. 615³⁶. Così attraverso il gioco dei rinvii a catena il Governo è rimasto solo nella scelta politica di come orientare i Lep, e questa solitudine è anche la misura di una disinvoltata violazione di quell'unico modello di delega legislativa costituzionalmente ammissibile: l'art. 76 Cost.

Infine, guardiamo al momento soddisfacente dei Lep. I soldi per pagarli non sono stanziati con questa legge, la quale anzi afferma l'invarianza di bilancio rispetto a tali diritti, che, come ci ricorda l'U.P.B.³⁷, sono destinati a rimanere un credito inesigibile perché lo Stato dopo aver devoluto funzioni e risorse alle Regioni, non avrà più soldi per i Lep.

Ripeto che anche rispetto all'adempimento dei Lep l'A.C. 1665 commette un'inversione cronologica di dubbia costituzionalità. L'ordine nei pagamenti è invece chiarito nell'art. 116 Cost.: la devoluzione è una facoltà per lo Stato, dunque una spesa facoltativa, che potrà essere fatta ma dopo aver onorato quelle necessarie, che corrispondono ai compiti dovuti. Ecco l'ordine legittimo: i Lep come compito obbligatorio andranno pagati in anticipo e poi su quanto residua ogni devoluzione sarà possibile.

4. La terza condizione: la supremazia del Parlamento nel processo di differenziazione. Un'altra *issue* passibile di compromettere l'assetto costituzionale riguarda la forma di taluni atti normativi richiamati nell'A.C. 1665. La forma come ordine tassativo di intervento delle fonti è criterio di ripartizione dell'indirizzo politico tra Parlamento e Governo, ordine questo, da osservare con attenzione perché compone la gerarchia delle fonti nominate in Costituzione.

Ebbene, il d.d.l. 1665 declassa l'apporto decisionale del Parlamento a un contributo passivo, quindi a una non volontà, sulla vicenda devolutiva, che si limita a osservare, lasciando che altri facciamo quanto sarebbe di sua competenza. Il ddl 1665 infatti più volte chiama in causa il Governo – per individuare e quantificare i Lep, come per selezionare materie e funzioni da trasferire – dimenticando che a Costituzione invariata siamo ancora una Repubblica parlamentare, cioè una forma di governo che riserva al Parlamento un ruolo da protagonista nell'articolare l'indirizzo politico, sebbene non in solitaria ma in tandem con il Governo. Mentre il ddl in esame lo sceglie come comparsa, di cui potrebbe fare a meno, come del resto fa estromettendolo dal negoziato sulle intese e dal concordamento sui Lep³⁸.

A questo moto governo-centrico il Parlamento dovrebbe opporre le sue prerogative costituzionali in ordine al procedimento che si perfeziona nella legge «approvata a

³³ L. n. 197/2022, recante *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025*, (22G00211), in part. l'art. 1, c. 791 a 801-bis.

³⁴ C. De Fiore, *Audizione Prof. Claudio De Fiore, sul disegno di legge A. C. 1665, recante "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione"*, 4 marzo 2024, in www.camera.it, 8-9.

³⁵ Le diversità tra il d.P.C.M. e il d.lgs. rimangono quanto alla natura dei due atti; alla forma, l'una monocratica, l'altra collegiale; e al sindacato di costituzionalità, escluso nel primo caso, ammesso nel secondo.

³⁶ Cfr.: Leg. XIX, A.S. 615, *Disegno di legge, recante "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione"*, in <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/56845.htm>.

³⁷ Ufficio Parlamentare di Bilancio, *Audizione 1ª Commissione del Senato della Repubblica, Risposta dell'Ufficio parlamentare di bilancio alla richiesta di approfondimenti*, 20 giugno 2023, 8-3.

³⁸ Mi si consenta il rinvio al mio: *Perché il ddl Calderoli supera il confine della legittimità costituzionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 6 gennaio 2023 e *Diritti sociali, l'individuazione spetta al Parlamento*, in *Il Sole 24 Ore*, 6 marzo 2023.

maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata» in quanto questa legge rappresenta l'unico momento in cui l'Assemblea elettiva potrà dire se e in che misura voglia assottigliare la sovranità statale a vantaggio dell'autonomia regionale. Pertanto, la legge non va intesa come atto meramente formale, con cui il Parlamento è chiamato ad accettare o rifiutare un accordo altrui, stipulato in luoghi lontani dalle aule parlamentari, in quanto il modello dell'art. 7 Cost. non fa al caso nostro. Invero, non siamo davanti a due soggetti reciprocamente autonomi e indipendenti ciascuno nel proprio ordine, questi due attributi appartengono solo allo Stato³⁹; mentre l'altro contraente dell'intesa, la Regione, è sì autonoma, ma con certi requisiti di dipendenza, «cioè di limitata indipendenza da un altro ordinamento» secondo la bella endiadi autonomia-dipendenza di Santi Romano⁴⁰. Questa legge è un atto regolatorio che deve il suo contenuto all'energia volitiva del Parlamento, il quale conserva intatta la prerogativa di emendare l'intesa, in ipotesi anche di azzerarla, comportando l'avvio *ex novo* della procedura; pertanto, essa non è accostabile alla ratifica di un trattato internazionale, rispetto alla quale l'Assemblea effettivamente non può avanzare pretese modificative.

Questa costruzione ha il merito di restituire a ciascuno il suo e quindi al Parlamento la parola ultima e definitiva sul se e come fare questa devoluzione, che non è un obbligo, ma una mera facoltà per lo Stato, libero di avvalersene come di lasciare le cose come stanno.

5. Per concludere: metodo - tempo - sovranità parlamentare. Chiudo con un desiderio che affido al nostro decisore politico: provare a rendere questa modalità di attuazione del 116 conforme a Costituzione con piccoli ma importanti accorgimenti.

La prima correzione che apporterei al d.d.l. 1665 riguarda la tecnica normativa impiegata. Questa legge dovrebbe preferire al metodo del trasferimento in blocco dell'intero elenco delle materie, pur cedibili in punto di principio data l'espressa previsione dell'art. 116, c. 3, Cost., un criterio di compilazione riduttiva della lista, alleggerita dalle materie inguaribilmente unitarie, insuscettibili di regolazione parcellizzata in base al territorio.

L'interessante emendamento⁴¹ approvato in Senato (ora art. 2, c. 2, A.C. 1665), che assegna al Presidente del Consiglio il potere di selezionare dall'area della devoluzione cosa lasciare e cosa togliere, è una tecnica politica distante dall'assegnare a una legge quadro il potere esercitabile apriori e una volta di ridurre la lista o lasciarla invariata. Una selezione rimessa al Presidente ridurrebbe la sovranità a merce di scambio di un ordinario *do ut des* con le sole forze di maggioranza. Di contro, affidare la lista alla legge accrescerebbe il valore democratico della decisione finale in ragione della partecipazione delle opposizioni, assenti invece dalle deliberazioni governative, collegiali o unipersonali. In sintesi, non concordo sull'ipotesi monocratica dell'A.C. 1665 quanto al soggetto competente a sfoltire l'elenco delle materie preferendo alla prima l'Assemblea rappresentativa; mentre apprezzo l'idea di fondo dell'intrasferibilità di interi settori politico-sociali e ciò perché le valutazioni legali tipiche, già viziate di per sé da schematismo definitorio, sono ora divenute addirittura incompatibili con una regolazione *reasonable*, cioè riflessiva nell'accezione di Teubner, al mutevole assetto sociale.

³⁹ G. D'Angelo, *L'utile "fine del monopolio delle scienze ecclesiasticistiche". Prime riflessioni su diritto ecclesiastico e autonomia differenziata delle regioni ordinarie*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 10, 2019, 4.

⁴⁰ S. Romano, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, 20.

⁴¹ Emendamento 2.7(testo 3) De Priamo, Lisei, Spinelli, Mennuni, Balboni, Gelmini, A.S. 615. *Al comma 1, terzo periodo, aggiungere, in fine, le seguenti parole*: «che, con riguardo a materie ambiti di materie riferibili ai LEP di cui all'articolo 3, è svolto per ciascuna singola materia o ambito di materia. Ai fini dell'avvio del negoziato, il Presidente del Consiglio dei ministri o il Ministro per gli affari regionali e le autonomie tiene conto del quadro finanziario della Regione.», https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/testi/56845_testi.htm

Altra misura correttiva riguarda l'onere per la Regione richiedente di esibire e dimostrare la stretta inerenza della specifica materia a un interesse territoriale *ad hoc*, connessione questa, idonea a giustificare la sua rivendicazione *extra-ordinem*. Riterrei che l'aggettivo «particolare» debba guidare la mano della Regione verso una cauta selezione finalizzata a individuare quei settori che più degli altri si prestano a essere devoluti piuttosto che a rimanere confusamente accentrati nelle mani statali.

Del resto la Corte costituzionale, chiamata a giudicare su una legge che assegnava apoditticamente talune materie alla competenza esclusiva del giudice amministrativo (art. 103 Cost.)⁴², escluse che rientrasse nella discrezionalità insindacabile del legislatore la scelta di affidare un intero settore alla competenza esclusiva del giudice amministrativo, riconoscendogli invece la più ridotta capacità di «indicare 'particolari materie' nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe 'anche' i diritti soggettivi».

Visto che anche l'art. 116, c. 3, Cost. ricorre alle «particolari» condizioni per connotare la richiesta avanzata dalla Regione, riterrei che questo filo rosso tra la domanda e la specificità del territorio non debba più rimanere nelle pieghe della legge, ma uscire alla luce del sole ed essere esibito dalla Regione, in quanto *ratio* oggettiva, titolo fondativo della diversa allocazione di funzioni e risorse rispetto al riparto ordinario tra centro e periferia. Anche il principio di sussidiarietà, più volte richiamato nel ddl 1665, sollecita una riduzione della potestà statale a vantaggio regionale, ma sempre nel rispetto di valutazioni, non compiute su giudizi astratti e presuntivamente validati dalla legge, ma *case by case*.

Infine, indicherei nel rispetto della regola «a ciascuno il suo» il terzo profilo di emendabilità del disegno di legge in esame in modo da restituire al Parlamento il ruolo che gli è proprio: decidere se e quanta sovranità cedere in basso – cioè l'emendabilità dell'intesa – ma anche scegliere qualità e quantità di *welfare* da realizzare, cioè l'individuazione e la quantificazione dei Lep.

A questo punto, considerato che non esiste una sola modalità implementativa dell'art. 116, c. 3, Cost., ripropongo in chiave sintetica le tre condizioni da me suggerite per ricondurre l'A.C. 1665 alla legalità costituzionale: sfoltimento delle materie con esclusione di quelle irriducibilmente unitarie; stretta connessione tra la domanda accrescitiva di materie e l'attributo territoriale *ad hoc*; e coinvolgimento volitivo del Parlamento nella decisione su Lep e intese.

Concludo con il ricordo delle parole di Giorgio Berti⁴³, il quale descriveva l'art. 5 ricorrendo a una metafora. Il 5 è una medaglia con due facce: una è l'unità – come condivisione di un patrimonio valoriale e di diritti – l'altra è l'autonomia, lo Stato si rende conto della sua insufficienza, diventa riflessivo, cioè si piega per recuperare le voci dal basso, direbbe Eduardo De Filippo, e poi le ammette alla costruzione della giuridicità, ma pur sempre nel rispetto dell'unità dell'ordinamento.

⁴² Corte costituzionale, sentenza n. 204/2004.

⁴³ G. Berti, *Art. 5*, in Branca G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 1975, 277-295.

SUL FONDAMENTO DI LEGITTIMITÀ DELLA GESTIONE PUBBLICA DEL SERVIZIO IDRICO *

di Franca Meola^{1**}

Sommario. 1. La gestione del servizio idrico tra mano pubblica e intervento privato: brevi considerazioni a mo' di premessa. – 2. Il rapporto pubblico/privato nella disciplina dei servizi pubblici tra diritto interno [...] - 2.1 [...] e diritto europeo. – 3. Il contributo della giurisprudenza, costituzionale ed europea, nella definizione della portata del principio della concorrenza. – 4. Concludendo sulla legittimità della gestione pubblica del servizio idrico.

378

1. La gestione del servizio idrico tra mano pubblica e intervento privato: brevi considerazioni a mo' di premessa. Anche in quanto veicolata dal continuo ricorso al mercato ed alle sue logiche, l'idea che la gestione del servizio idrico² non possa che essere lasciata al libero gioco della concorrenza, e debba quindi ritenersi oramai estranea agli ambiti di intervento della mano pubblica, si è talmente tanto diffusa da rendere quasi ciclico il bisogno di una riscoperta delle ragioni che, ad oggi ancora, militano in senso contrario.

Il richiamo, in questo caso, non è solo a valutazioni proprie dell'analisi economica, che, già da anni, ha ampiamente argomentato circa l'incompatibilità del ricorso al mercato con l'esigenza di garantire un servizio universale ed a costi contenuti. Inopinabilmente, gli arresti ultimi di tale analisi sono utili ad intendere la chiara e diffusa propensione dei gestori privati dei servizi pubblici a godere di un regime tariffario «controllato», che, sbandierato come necessario a garantire una «equa remunerazione del capitale investito», in realtà finisce per contraddire *in nuce* la logica del mercato, che come tale non dovrebbe «garantire» nulla ma solo consentire il libero manifestarsi delle pratiche concorrenziali. Ugualmente, questo tipo di analisi è altresì preziosa per intendere come, in aperto contrasto con quei valori di giustizia sociale a cui anche da ultimo il legislatore italiano ha espressamente dichiarato di ispirare il proprio intervento in materia di servizi pubblici³, questi stessi operatori siano naturalmente inclini a massimizzare i profitti mediante una gestione «oculata» degli interventi di

* *Sottoposto a referendum*. La pubblicazione è stata realizzata da ricercatrice con contratto di ricerca cofinanziato dall'Unione Europea – PON Ricerca e Innovazione 2014 - 2020, ai sensi dell'art. 24, c. 3, lett. a), della l. 30 dicembre 2010, n. 240 e s.m.i., e del D.M. 10 agosto 2021, n. 1062.

** Ricercatrice t.d., lett. a), di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli.

² In tema di servizio idrico, per tutti, cfr. C. Iannello, *Il diritto all'acqua. Proprietà collettiva e Costituzione*, con prefazione di Paolo Maddalena, Napoli, 2013.

³ Si legga al riguardo la relazione illustrativa al d.d.l. annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2021, approvato dal Consiglio dei Ministri nell'adunanza del 4 novembre 2021, così come previsto dall'art. 47, l. n. 99/2003. Tale relazione, infatti, si apriva con un espresso richiamo, da parte dei suoi estensori, al dogma della concorrenza che, oltre a «favorire l'efficienza e la crescita economica», sarebbe anche idonea «ad abbassare i prezzi e ad aumentare la qualità dei beni e dei servizi», nonché a «a favorire una più consistente eguaglianza sostanziale e una più solida coesione sociale». Il testo completo di tale relazione è consultabile all'indirizzo: <http://25%20MARZO%202021/ABC/Disegno-di-legge-annuale-per-il-mercato-e-la-concorrenza-2021-RELAZIONE-TECNICA.pdf>.

manutenzione e di investimento nonché di erogazione del servizio⁴.

Ferma la pregnanza di tali osservazioni, è peraltro evidente che la continua erosione di spazi, anche importanti, all'intervento pubblico in ambito necessari in realtà anzitutto di un recupero di quelle ragioni di carattere più propriamente giuridico (ed economico-sociale) che, ad ora, fondano la legittimità della gestione pubblica del servizio idrico⁵. Il carattere parametrico delle molte disposizioni di diritto, non solo interne ma anche e soprattutto europee, che la riflessione specialistica immediatamente riesce ad individuare come conferenti in tema, vale infatti non soltanto a dimostrare la fallacia di ogni pretesa volta a giustificare la torsione del legislatore nazionale a favore del mercato e delle sue regole alla luce di stringenti obblighi sovranazionali cui dare attuazione, ma anche a marcare la più diretta aderenza della gestione pubblica del servizio idrico a quei beni e valori che la nostra Carta costituzione assume tra quelli fondamentali e fondanti la nostra identità culturale ed ordinamentale.

In questo senso, quindi, non si tratta solo di contraddire, in punto di diritto, certe interpretazioni fin troppo ideologicamente ispirate che del dato normativo europeo sono state offerte in questi anni al fine di giustificare, fin quasi a farle intendere come obbligate, le scelte che le forze politiche sono andate via via compiendo nel frattempo in materia. Piuttosto, ciò che pare opportuno è tornare a riflettere sul rapporto che a livello sovranazionale il legislatore ha disegnato tra la mano pubblica e l'intervento privato nella gestione del servizio in questione per poter, proprio qui, trovare conferma delle molte criticità del percorso normativo battuto in questi anni dal decisore pubblico interno, già pure emergenti da una loro rilettura in chiave costituzionale.

2. Il rapporto pubblico/privato nella disciplina dei servizi pubblici tra diritto interno [...]. Inopinabilmente, a chi si ponga nella prospettiva tracciata, e voglia perciò intendere i termini del rapporto pubblico/privato nello specifico contesto della gestione del servizio idrico integrato⁶, risulterà anzitutto evidente la necessità di calare tale peculiare profilo di indagine all'interno di una più ampia riflessione, in grado di coinvolgere, sia pur in linee generali, tutto il settore dei servizi pubblici⁷.

⁴ A riportare tali critiche è M. Pittau, *Il Disegno di Legge per la Concorrenza 2021 non colpisce più i professionisti*, editoriale il cui testo, nella sua interezza, può essere consultato all'indirizzo: www.affaritecnici.it.

⁵ Su tali profili, cfr. A. Lucarelli, L. Longhi, *La trasformabilità di una società per azioni in house in azienda speciale*, e Id., *La legittimità della gestione pubblica (azienda speciale) secondo il diritto interno*, entrambi in A. Lucarelli (a cura di), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Torino, 2014, rispettivamente 3 ss. e 15 ss.

⁶ Ad offrire una definizione di «servizio idrico integrato» è il d. lgs. n. 152/2006, *Norme in materia ambientale* (in G.U. n. 88 del 14.04.2006 - Suppl. Ordinario n. 96). Ai sensi dell'art. 141, c. 2: «Il servizio idrico integrato è costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue, e deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie [...]».

⁷ In mancanza di una puntuale definizione normativa, la nozione di *servizio pubblico* è stata da sempre oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina, oltre che di significativi interventi della giurisprudenza, specie amministrativa.

A livello dottrinale, i contributi offerti sul tema dei servizi pubblici, specie in termini definitori, sono davvero assai numerosi, dividendosi, tradizionalmente, al loro interno, tra quelli che, nell'approccio al tema, sono stati strutturati sull'elemento soggettivo, e lo hanno perciò trattato sotto il profilo dell'imputabilità del servizio ad un soggetto pubblico, e quelli che, al contrario, sono stati incentrati sull'elemento oggettivo, e lo hanno perciò analizzato sotto il profilo del tipo di attività svolta. In particolare, nella definizione degli autori che hanno puntato sull'elemento soggettivo, il servizio pubblico è inteso come «un'attività imputabile, direttamente o indirettamente allo Stato, volta a fornire prestazioni ai singoli cittadini», aggiungendo che «il concetto di prestazione rappresenta il tratto peculiare dell'istituto». Così, A. De Valles, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, IV, Milano, 1930, 613.

Contestualmente, a chi voglia attendere ad una puntuale ricostruzione dello «statuto normativo» interno dei servizi pubblici risulterà immediatamente evidente come non soltanto tale statuto si sia per lo più strutturato sulla base della successiva legislazione ordinaria, ma sia stato anzitutto e soprattutto forgiato o comunque influenzato dalla normativa comunitaria⁸.

Ciò peraltro non vale a negare la mancata ricorrenza, a livello costituzionale, di indicazioni atte a tracciare le coordinate dell'intervento pubblico nell'economia e perciò ad indirizzare le scelte del regolatore pubblico anche per quel che concerne la disciplina dei servizi pubblici. Al contrario, fin dalla prima parte del testo, in cui cioè sono positivizzati i principi fondamentali su cui si regge l'edificio costituzionale, è facile rintracciare una serie di disposizioni di certa pregnanza in materia. Sebbene infatti non espressamente declinato sulla materia ora indagata, è indubbio che, riletto in prospettiva sinergica ed evolutiva, già l'art. 3, c. 2, Cost. si presta ad offrire all'interprete elementi certo utili ai fini del tracciamento della c.d. «amministrazione per servizi», in particolare ponendosi quale presidio di uguaglianza sostanziale anche quanto all'accesso da parte di tutti all'erogazione dei servizi. In questo

Messa in crisi dalla constatazione che alcune di queste attività, pur avendo caratteristiche di pubblica utilità e di pubblico interesse, non sono gestite da soggetti pubblici, la dottrina *de qua* è stata superata dal pensiero di chi, puntando sull'elemento oggettivo, ha invece connotato un determinato servizio in termini di servizio pubblico in ragione dell'attività espletata. Tra questi, U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, Padova, 1964.

In generale, per una ricostruzione del dibattito dottrinale in argomento, si leggano, *ex multis*, i contributi di: S. Cattaneo, *Servizi pubblici*, in Enc. dir., XLII, 1990, 362 ss.; Cfr. F. Merusi, *Servizio pubblico*, in *Nuov. Dig. It.*, XVII, 1970, 217; G. Napolitano, *Servizi pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006, 5517 ss.

Dal punto di vista giurisprudenziale, invece, un contributo fondamentale nella definizione di tale nozione è stato offerto dal Consiglio di Stato. Secondo i giudici di Palazzo Spada, «per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indispensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione». Ed aggiungono: «oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di un'accezione oggettiva della nozione, che le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative), e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili)». Infine, riferendosi a propri precedenti, ribadiscono che «nemmeno la circostanza, che per le attività in esame non sia prevista l'erogazione di un corrispettivo da parte dei beneficiari (come è invece proprio di un'usuale attività di depurazione), è idonea a inficiare i riferiti connotati dell'attività quale attività di servizio pubblico, in quanto, per un verso, la previsione di un corrispettivo (così come di un profitto del gestore del servizio) non è essenziale sul piano della qualificazione giuridica delle attività di servizio pubblico e, per altro verso, da un punto di vista strettamente economico, l'utilità dei soggetti tenuti alla messa in sicurezza e alla bonifica di siti inquinati è, in una visione complessiva, all'evidenza rappresentata dal vantaggio che i medesimi (o i loro danti causa) abbiano conseguito precedentemente attraverso l'esternalizzazione dei costi (le disconomie da inquinamento trasferite all'esterno dell'impresa e accollate al pubblico) relativi a oneri del processo produttivo (ossia quelli connessi al corretto smaltimento degli agenti inquinanti) che – come rimanda il principio generale 'chi inquina paga' – sarebbero dovuti restare ab origine a carico delle stesse imprese inquinatrici: sicché alcuni di detti costi attraverso le procedure di bonifica e messa in sicurezza vengono nuovamente internalizzati (peraltro, verosimilmente in misura inferiore al vantaggio ottenuto dalle imprese obbligate, non essendo integralmente risarciti i danni, individuali e collettivi, alla salute medio tempore verificatisi)». In questi termini, Cons. Stato, Sez. VI, 12/10/2012 n. 5268 (il cui testo è reperibile all'indirizzo: http://www.francocrisafi.it/web_secondario/sentenze/202012/consiglio/20stato/20sez/206/20sentenza/205268/2012.pdf).

⁸ In tema, cfr. C. Iannello, *I servizi pubblici locali dal pluralismo organizzativo al monopolio privato. Riflessioni circa il rapporto tra le recenti riforme in materia di servizi pubblici locali e l'ordinamento europeo*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2011, 99 ss.

senso, quindi, esso offre la più corretta prospettiva entro cui leggere ed interpretare il combinato disposto dagli artt. 31 e 38 Cost per i servizi di assistenza, ovvero l'art. 32 per quel che concerne più direttamente i servizi sanitari, nonché gli artt. 33, c. 2, e 34, c. 2, per quanto riguarda l'istruzione. Il tutto, peraltro, senza tacere del rilievo che, in ambito, rivestono gli artt. 41, c. 3, e 43 Cost. concernenti l'intervento dello Stato nell'economia, nonché, l'art. 117, c. 1, lett. e), nella parte in cui orienta l'azione statale al mercato ed alla concorrenza, e lett. m), nella parte in cui riserva allo Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Altrimenti detto, dall'art. 3, c. 2, Cost., quale *sedes materiae* del principio di uguaglianza sostanziale, scaturirebbe, a carico dei pubblici poteri, un preciso obbligo di intervento, finalizzato a rendere l'azione amministrativa strumentale al soddisfacimento dei diritti enunciati dagli artt. 32, 33, c. 2, 34, c. 2, 35, 38, 41, c. 3, e 43 Cost. Tra l'altro, proprio le disposizioni da ultimo menzionate, e specificamente l'art. 43 Cost. riveste in ambito un rilievo anche ulteriore rispetto al profilo appena marcato, in particolare consentendo la configurazione dei c.d. «servizi pubblici essenziali»⁹, nonché la riferibilità della titolarità della relativa erogazione in capo ad imprese che possono essere riservate *ab origine* o successivamente trasferite allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti a fronte di un preminente interesse generale.

Anzi – secondo quanto osservato da puntuale ed attenta dottrina – «nel bilanciamento tra libertà di iniziativa economica ex artt. 41 Cost, disciplina della concorrenza art. 117 Cost. e art. 43 Cost.» proprio le «finalità di preminente interesse generale» di cui parla l'articolo in questione possono costituire «un elemento ragionevole per ritenere prevalente la riserva ad un soggetto pubblico della gestione di un servizio pubblico»¹⁰.

D'altra parte, se letto in rapporto con gli artt. 41 e 42 Cost., sempre l'art. 43 «si presta anche ad una lettura coerente con la teoria della concorrenza di matrice ordoliberal, posto che in tale visione la struttura concorrenziale del mercato, prima ancora che funzionale alla libertà di competere delle imprese, doveva essere lo strumento per preservare una società libera da rischi di “cattura” dello Stato da parte di interessi privati che potessero mettere a rischio il sistema economico o la stessa democrazia»¹¹.

Dal canto suo, invece, l'art. 97 veicolerebbe i criteri di buon andamento e di imparzialità dell'*agere* amministrativo, che, declinati poi dall'art. 1, c. 1, l. n. 241/1990 nei canoni dell'economicità, dell'efficacia, dell'imparzialità, della pubblicità e trasparenza, impatterebbero tanto sull'organizzazione quanto sull'erogazione dei servizi in esame.

⁹ Di servizi pubblici essenziali tratta la l. n. 146/1990, *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* (in G.U. n. 137 del 14 giugno 1990). In base all'art. 1, «sono considerati servizi pubblici essenziali, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro, anche se svolti in regime di concessione o mediante convenzione, quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione».

¹⁰ In questi termini, A. Lucarelli, nel parere scritto reso alla X Commissione del Senato, su richiesta del senatore Girotto, nell'ambito dell'istruttoria per l'esame del disegno n. 2469 (*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*), il cui testo è reperibile sul sito istituzionale del Senato all'indirizzo: Senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/documenti/54618_documenti.htm, 10. Lo stesso Autore, del resto, già negli *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, 89, aveva osservato: «In sostanza, tali articoli vanno interpretati all'insegna della ricerca di un equilibrio tra regole della concorrenza, libero mercato e valorizzazione dell'impresa privata da una parte e salvaguardia dei diritti sociali e dei principi di solidarietà ed uguaglianza sostanziale dall'altra».

¹¹ Così, V. Vaira, *La gestione del Servizio Idrico Integrato e i nuovi modelli di “democrazia organizzativa”*, in *Federalismi.it* del 23.09.2020, 245.

È da tale complesso articolato normativo che possono insomma desumersi le regole che da sempre la dottrina assume come fondanti l'ambito materiale in esame, e che *breviter* possono essere individuate *in primis* nella riferibilità del servizio di erogazione di servizi sia in capo al pubblico che ai privati; quindi, nella riserva in capo ai soli pubblici poteri delle scelte concernenti l'individuazione del preminente interesse generale all'erogazione di un determinato servizio; infine, nella indiscussa titolarità statale di ogni responsabilità per il servizio.

2.1. [...] e diritto europeo. Ciò posto, però, è innegabile che l'articolato normativo sin qui sommariamente descritto sia stato nel tempo fortemente influenzato dal diritto comunitario (oggi europeo). Anzi, secondo parte della dottrina, quest'ultimo ha radicalmente modificato i principi giuridici tradizionali su cui si è da sempre retta la disciplina dei servizi pubblici¹². Ebbene, proprio l'insistenza con cui, sia pur in termini a volte assolutamente diversi e disomogenei, l'argomentazione in questione torna nelle riflessioni degli autori che si sono confrontati con il tema spiega allora la centralità che l'analisi in prospettiva europea assume nell'economia complessiva della riflessione che si va conducendo.

In particolare, la tendenza di certa parte della dottrina a rintracciare nel sistema normativo comunitario le radici di un approccio squisitamente di profitto nei riguardi della regolamentazione del settore dà ragione della necessità di una rilettura critica dei relativi dispositivi conferenti in tema per saggiare l'attendibilità di tale tesi.

Sicché, però, proprio alla luce di una rilettura attenta di questi, la tesi in questione pare completamente destituita di ogni serio fondamento giuridico.

Addirittura, l'ancoraggio stesso al diritto europeo, anziché un pilastro, finisce piuttosto per palesarsi come un punto di assoluta fragilità dell'edificio normativo che, nel segno della privatizzazione del servizio idrico¹³, e più in generale dei servizi di interesse economico generale¹⁴, il legislatore italiano va via via costruendo.

¹² Cfr. G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 355 ss. Sulla rilettura delle norme della Costituzione economica per effetto del diritto europeo, si leggano pure le notazioni svolte da G. Lemme, *L'art. 41 Cost. e il multiforme concetto di «utilità sociale»*, in Id. (a cura di), *Diritto ed economia del mercato*, Padova, 2014, 149 ss.

¹³ A livello normativo interno la nozione di «servizio di interesse economico generale», in cui rientra il servizio idrico integrato, è definita dal d.lgs. n. 175/2016 *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* (in G.U. 8 settembre 2016, n. 210). Ai sensi dell'art. 2, c. 1, lett. i), sono «servizi di interesse economico generale»: «i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato».

¹⁴ «I servizi di interesse generale sono servizi che le autorità pubbliche degli Stati membri dell'UE classificano come di interesse generale e che pertanto sono soggetti a obblighi specifici di pubblico servizio. Essi possono essere forniti dallo Stato o dal settore privato. Esempi di servizi di interesse generale comprendono: i trasporti pubblici, i servizi postali e l'assistenza sanitaria». Tale è la definizione che di «servizi di interesse generale» si rintraccia sul sito ufficiale dell'Unione europea, all'indirizzo: https://ec.europa.eu/info/topics/single-market/services-general-interest_it. Nell'offrire tale definizione, si chiarisce altresì che: «Vi sono tre categorie di servizi di interesse generale: economici, non economici e sociali. I servizi di interesse economico generale, che sono servizi di base forniti dietro pagamento, come i servizi postali, sono soggetti alle norme in materia di concorrenza e mercato interno europeo. Tuttavia, sono possibili deroghe a tali norme qualora sia necessario per garantire l'accesso dei cittadini ai servizi di base. I servizi non economici, quali la polizia, la giustizia e i regimi previdenziali previsti dalla legge, non sono soggetti a una normativa europea specifica né alle norme sul mercato interno e la concorrenza. I servizi sociali di interesse generale sono quelli che rispondono alle esigenze dei cittadini vulnerabili, e si basano sui principi di solidarietà e accesso paritario. Essi possono essere sia di natura economica che non economica. Ne sono esempi i sistemi previdenziali, i servizi per l'occupazione e l'edilizia sociale».

E ciò non solo in ragione dell'assenza, a livello sovranazionale, di una netta e decisa opzione a favore di assetti proprietari privati, a cui, piuttosto, ex art. 345 T.F.U.E.¹⁵, viene preferito il mantenimento di una posizione neutrale, e perciò rispettosa delle scelte operate in tema di regime proprietario dai singoli Stati membri¹⁶.

In realtà, a dimostrare l'insufficienza del parametro europeo nel supportare l'idea, pure assai diffusa all'interno del nostro sistema ordinamentale, della primazia del mercato e delle sue logiche è anzitutto il disposto di cui agli artt. 14¹⁷ e 106, par. 2¹⁸, T.F.U.E. Il tenore testuale di tali articoli rende infatti immediatamente evidente come la regola della concorrenza nell'ambito dei servizi di interesse economico generale¹⁹, tra cui inopinabilmente si annovera anche quello idrico, non ha per nulla valore assoluto²⁰. Piuttosto, la sua capacità di implementazione nel sistema e di torsione della regolamentazione di tal genere di servizi in senso privatistico è limitata dal necessario «allineamento» della sua applicazione al

È bene peraltro ricordare che, giusto quanto sentenziato dai giudici costituzionali, ai servizi di interesse economico generale (SIEG) (di derivazione euro-unitaria) di cui si è appena detto devono oggi essere pienamente equiparati i servizi pubblici locali di interesse economico (disciplinati dal diritto nazionale). In questo senso, Corte cost., sent. n. 325/2010 (il cui testo è consultabile sul sito *Consulta on line* all'indirizzo: *Giurcost.org*).

¹⁵ Ai sensi di tale articolo: «I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri». Sull'incidenza di tale articolo sulle politiche di privatizzazione, cfr. A. Gardella, *Articolo 345 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 2510 ss.

¹⁶ È la stessa Corte di Giustizia U.E. a riconoscere nell'art. 345 T.F.U.E. un'espressione del principio di neutralità in relazione ai regimi di proprietà nei singoli Stati membri, concludendo, quindi, per l'ammissibilità, alla stregua di tale disposto, sia di operazioni di privatizzazione che operazioni di nazionalizzazione delle imprese. In questo senso, si rinvia anzitutto alla sentenza della Corte (Grande sezione) n. 677 del 22 settembre 2013, cause riunite da C-105/12 a C-107/12; e quindi alla sentenza del 20 aprile 1974, causa 155/73, «Sacchi».

¹⁷ Ai sensi dell'art. 14 T.F.U.E. (ex art. 16 del T.C.E.): «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 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».

¹⁸ Ai sensi dell'art. 106, par. 2, T.F.U.E. (ex art. 86 del T.C.E.): «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. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione».

¹⁹ In dottrina, sull'argomento, tra i più recenti contributi dottrinali, si rinvia a: E. Bruti Liberati, *Servizi pubblici e servizi di interesse economico generale sulla riflessione di Domenico Sorace*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, 533 ss.; M. Trimarchi, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, ivi, 53 ss.; A. Lucarelli, *Il nuovo governo delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico-generale: profili giuspubblicistici*, in F. Fimmanò, A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, Roma, 2017, 165 ss.; R. Miccù, 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 Id. (a cura di), *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, Napoli, 2019, 253 ss.; M. Renna, S. Vaccari, *I servizi pubblici locali di interesse economico generale. Brevi riflessioni in tema di nozione, assunzione e forme di gestione a margine di un recente schema di testo unico*, in G. Sala, G. Scialoja (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Napoli, 2017, 177 ss.; F. Sorrentino, *L'acqua come bene comune e come servizio pubblico*, in *Diritto e società*, 2016, 546 ss.

Tra i lavori monografici in argomento, sebbene risalente, si segnala il testo di C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'idea di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, 2005.

²⁰ In argomento, A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, 155 ss.

raggiungimento dei fini sociali ed al rispetto dei valori fondanti dell'Unione, quali lo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche²¹.

D'altro canto, non può certo dirsi irrilevante quanto disposto dall'art. 59 T.F.U.E. che, ai fini della liberalizzazione di un dato servizio, prevede l'adozione da parte di Parlamento e Consiglio, di specifiche direttive. Soprattutto, non può dirsi trascurabile la circostanza che, pure a fronte di tale prescrizione, ad oggi le istituzioni europee non abbiano ancora mai approvato alcuna direttiva che imponga la liberalizzazione dei servizi pubblici in questione²². La stessa Direttiva 2006/123/CE del Parlamento e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, nonostante in premessa spieghi che «una maggiore competitività del mercato dei servizi è essenziale per promuovere la crescita economica e creare posti di lavoro», poi, però, nel prosieguo stabilisce che le disposizioni in essa presenti riguardo alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi «si applichino soltanto nella misura in cui le attività in questione sono aperte alla concorrenza e non obblighino pertanto gli Stati membri a liberalizzare i servizi d'interesse economico generale, a privatizzare gli enti pubblici che forniscono tali servizi o ad abolire i monopoli esistenti per quanto riguarda altre attività o certi servizi di distribuzione»²³. D'altra parte, lo stesso articolo di apertura dell'atto normativo in questione stabilisce che la direttiva lascia comunque «impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti». Quindi, a maggiore specificazione dell'approccio del regolatore pubblico europeo nei riguardi della regolamentazione del settore, la disposizione immediatamente successiva precisa altresì che le disposizioni in materia di concorrenza nel mercato interno «non si applicano: [...] c) ai servizi d'interesse economico generale assicurati alla collettività in regime di esclusiva da soggetti pubblici o da soggetti privati, ancorché scelti con procedura ad evidenza pubblica, che operino in luogo e sotto il controllo di un soggetto pubblico»²⁴.

Certamente rilevante, un tale disposto tuttavia non costituisce affatto un dato di «novità» all'interno del sistema ordinamentale sovranazionale. Ed infatti, già nel 2000, il Parlamento europeo, contrastando la spinta liberista della Commissione, con la Risoluzione sui servizi d'interesse generale aveva espressamente chiarito che: «la decisione su ciò che debba essere considerato servizio d'interesse generale e come debba essere gestito va innanzitutto presa a livello locale» e che «i cittadini europei devono ricevere servizi di qualità a prezzi accessibili e gratuitamente se lo richiedono le condizioni sociali»²⁵. Nello stesso arco temporale, del resto,

²¹ Su questi profili, sia consentito rinviare a quanto già osservato dalla scrivente in *La gestione del servizio idrico integrato nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 2, 2022, 139 ss.

²² Anche per tale profilo, ai fini di un approfondimento, sia consentito rinviare a quanto già osservato dalla scrivente in *La gestione del servizio idrico integrato nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*, ivi.

²³ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno (in G.U.U.E. L 376/36 del 27.12.2006) – *Considerando* n. 8.

²⁴ Qui il rinvio è di nuovo a F. Meola, *La gestione del servizio idrico integrato nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*, cit., 140 ss.

²⁵ Risoluzione del Parlamento europeo sulla comunicazione della Commissione «I servizi d'interesse generale in Europa» (COM (2000) 580 - C5 - 0399/2001 - 2001/2157(COS) - Punto I.1. Il testo di tale Risoluzione è consultabile all'indirizzo: <https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Serv/Serviziidiinteressegeneralerisoluzion.pdf>.

anche l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁶, non a caso inserito nel Titolo IV rubricato «Solidarietà», ha altresì *expressis verbis* stabilito che: «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 ai trattati», con previsione che finisce chiaramente per «rendere più stringenti gli interventi regolativi di livello europeo, per assicurare l'effettività del diritto quanto ai criteri di erogazione del servizio (universalità, qualità, accessibilità) e alla tutela degli utenti»²⁷. E tale previsione - come è stato correttamente rilevato - «non può che conferire a rendere più stringenti gli interventi regolativi di livello europeo, per assicurare l'effettività del diritto quanto ai criteri di erogazione del servizio (universalità, qualità, accessibilità) e alla tutela degli utenti»²⁸. Peraltro, quanto risulta dal disposto *de quo* non pare possa essere contraddetto dal confinamento dello svolgimento dei servizi d'interesse economico generale nei limiti dati dal solo rispetto delle finalità di coesione sociale e territoriale dell'Unione, con esclusione, quindi, di ogni accenno a quei valori comuni dell'Unione già indicati all'art. 16 T.C.E.²⁹ (oggi, art. 14 T.F.U.E.³⁰), cui la Carta dei diritti, nella disposizione in commento, fa implicito rinvio. Certamente, nella sua portata letterale, l'articolo cui si è fatto ora cenno consentiva, senza dubbio alcuno, di concludere direttamente nel senso che «il principio della concorrenza e del libero mercato non ha valore assoluto, ma è limitato dal raggiungimento di fini sociali e dal rispetto dei valori fondanti dell'Unione, quali lo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, la solidarietà, l'elevato livello dell'occupazione e la protezione dell'ambiente, della salute e dei consumatori»³¹. Le salvezze da esso apposte *in incipit*, a mezzo

²⁶ Per un commento all'articolo in questione si rimanda alle puntuali osservazioni di A. Lucarelli, *Comment to article 36*, in W. B.T. Mock, G. Demuro (eds.), *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Durham, 2010, 222. Ulteriori scritti in argomento, ai quali pure si rimanda, sono stati offerti da L. Grard, *Place et signification de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union pour le concept de services d'intérêt général*, in ERA Forum, 3, 2002, 158 ss.; M. Panebianco, *Commento all'articolo 36*, in Id. (a cura di), *Repertorio della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Roma, 2001, 355 ss.; O. Porchia, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 4, 2002, 633 ss.; ed A. Arena, *Art. 36. Accesso ai servizi d'interesse economico generale*, in R. Matroiani, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea - Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2017, 680 ss.

²⁷ Così, S. Staiano, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, in *Federalismi.it*, 5, 2011, 7.

²⁸ In questi termini, S. Staiano, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, cit., 7.

²⁹ Art. 16 T.C.E.: «Fatti salvi gli artt. 73, 86, 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere ai loro compiti».

³⁰ Art. 14 T.F.U.E. (ex art. 16 del T.C.E.): «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 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».

³¹ Così, A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., 83.

del richiamo al rispetto delle disposizioni di cui agli artt. 73³², 86³³, 87³⁴ (attualmente, in formulazione identica, artt. 93, 106 e 107), permetteva infatti di riferire l'applicazione delle regole della concorrenza e del libero mercato anche alle imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale, ma solo in quanto non ostative del compito degli enti erogatori di perseguire i valori comuni dell'Unione e di promuovere la coesione economico-sociale e territoriale³⁵.

Tuttavia, a proposito della disposizione della Carta dei diritti in commento, al fine di superare i limiti di sue letture un po' troppo asfittiche, può anzitutto osservarsi come, sebbene in via interpretativa, l'espressione «coesione sociale e territoriale» in essa presente sia stata considerata comunque inclusiva dei valori comuni dell'Unione Europea³⁶. Soprattutto, però, è opportuno, ed anzi propriamente doveroso, marcare come lo stesso articolo espressamente riconosca e rispetti l'accesso ai servizi d'interesse economico generale «quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati»³⁷.

³² In base all'art. 73 T.C.E., nel testo consolidato (ex art. 77): «Sono compatibili con il presente trattato gli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio».

³³ Ex art. 86 T.C.E., nel testo consolidato (già art. 90):

«1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi.

2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, 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. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità.

3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni».

³⁴ In forza dell'art. 87 T.C.E., nel testo consolidato (ex art. 92):

«1. Salvo deroghe contemplate dal presente trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.

2. Sono compatibili con il mercato comune:

a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti,
 b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali,
 c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione.

3. Possono considerarsi compatibili con il mercato comune:

a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione,
 b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro,
 c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse,
 d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune,
 e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione».

³⁵ In particolare tanto si ricava dal disposto dell'art. 86 T.C.E.

³⁶ In questo senso, A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., 87.

³⁷ *Ibidem*.

Ciò sta a significare che, in linea con la *ratio* da sempre sottesa alle norme in tema di gestione dei servizi di interesse economico generale, anche la disposizione *de qua* non si propone affatto di contrastare la spinta liberalizzatrice dell'UE, ma cerca di bilanciarla, valorizzando la dimensione sociale dell'Unione «e perseguendo finalità di interesse economico generale mediante l'affidamento di determinati compiti a soggetti pubblici o dotati di diritti speciali o esclusivi, secondo la comune tradizione dello statuto sociale dell'Europa continentale»³⁸.

Così interpretato il disposto normativo in esame³⁹, ne risulta la chiara proiezione dell'Unione Europea ad assumere, tra le proprie finalità, un preciso obiettivo, ossia quello di verificare se il perseguimento dei fini di profitto ed efficienza, cui naturalmente tende un sistema concorrenziale, possa determinare un abbassamento della qualità e della stessa disponibilità di servizi. Il tutto, al chiaro fine di evitare che da ciò derivi un danno sul piano della salvaguardia di interessi economici generali meritevoli di tutela, con conseguente chiaro pregiudizio dei principi di uguaglianza sostanziale e solidarietà, oltre che con l'obbligo del servizio universale. Conseguentemente, anche a mezzo del percorso argomentativo ora proposto, risulta indubbia la derogabilità delle regole della concorrenza, e perciò stesso la piena legittimità della scelta dei singoli Stati a favore dell'impresa pubblica altresì nella gestione del servizio idrico in tutti i casi in cui l'applicazione delle regole della concorrenza e del mercato non sia effettivamente in grado di garantire il raggiungimento degli obiettivi anzidetti. Nel contesto di tale analisi, del resto, non poco significativo pare pure il contenuto Direttiva 2014/25/UE. Intervenendo «sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali»⁴⁰, tale direttiva non soltanto ha nuovamente ribadito la piena discrezionalità dei singoli Stati membri nella scelta delle modalità con cui, sempre nel rispetto dei principi euro-unitari, regolamentare i servizi di interesse economico generale, ma ha altresì esplicitamente negato la ricorrenza di un qualche obbligo in capo agli Stati di «affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici».

Ed allora, proiettata in prospettiva europea, e ripensata sul piano del diritto positivo, l'idea della vigenza, a livello sovranazionale, di un preciso obbligo, incombente sui singoli Stati membri, a favore dell'adozione di scelte che militino nel segno della privatizzazione dei servizi di interesse economico generale, ivi compresi i servizi pubblici locali, può dirsi certamente priva di un solido fondamento giuridico. Vero è piuttosto che la normativa europea lascia ampia facoltà agli Stati membri di regolare in piena autonomia la materia, consentendo espressamente la gestione pubblica nelle varie forme previste.

3. Il contributo della giurisprudenza, costituzionale ed europea, nella definizione della portata del principio della concorrenza. Già argomentata alla luce del dato positivo, la piena legittimità della gestione pubblica del servizio idrico trova ulteriori elementi a supporto anzitutto nella giurisprudenza costituzionale. Chiamata infatti a confrontarsi con il sistema comunitario dei servizi pubblici locali, già in occasione della sent. n. 325/2010⁴¹, la

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Un'uguale interpretazione dello stesso disposto, è stato proposto dalla scrivente già in *La gestione del servizio idrico integrato nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*, 141 e spec. 143.

⁴⁰ Si tratta della Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, che abroga la direttiva 2004/17/CE Testo rilevante ai fini del SEE (in G.U.U.E. L 94/243 del 28.03.2014).

⁴¹ Corte costituzionale, sentenza 17 novembre 2010, n. 325, cit. A commento di tale sentenza, si leggano i contributi offerti da: R. Caranta, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Forumcostituzionale.it*; A. Lucarelli, *Primissime considerazioni a margine della sentenza n. 325 del 2010*,

Corte ha espressamente spiegato che l'ordinamento comunitario «ha definito solo un livello minimo di regole pro-concorrenza senza impedire agli Stati Membri di introdurre regole concorrenziali più rigorose». Conseguentemente, l'introduzione nel sistema di regole concorrenziali più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell'Unione europea, come quelle previste dalla disposizione oggetto nell'occasione di scrutinio di legittimità⁴², non è imposta dall'ordinamento comunitario, «e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost. [...], ma neppure si pone in contrasto [...] con la [...] normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri»⁴³. Al contrario, essa rappresenta solo «una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare»⁴⁴, senza peraltro che ciò determini una violazione del dettato costituzionale di cui all'art. 117, c. 1.

Ancor più efficacemente, nella sent. n. 24/2011⁴⁵, in perfetta linea di continuità con la precedente pronuncia, pure espressamente richiamata, la Corte chiarisce definitivamente che il diritto europeo non impone alcun obbligo di privatizzazione per le imprese pubbliche o incaricate della gestione dei servizi pubblici. Anzi, nell'occasione la stessa Corte spiega come, al contrario, l'azione comunitaria in materia sia piuttosto improntata al rispetto del principio di neutralità nei confronti del regime pubblico o privato della proprietà. E tale principio, insieme a quelli di libertà di definizione e proporzionalità, «costituisce uno dei cardini della disciplina comunitaria dei servizi di interesse generale»⁴⁶.

Ebbene, nel marcare la rilevanza che, nell'economia di una qualsiasi trattazione del tema, deve certamente riconoscersi alla giurisprudenza costituzionale in commento, già anni fa attenta dottrina, proprio richiamandosi ad essa, ha spiegato che «la normativa comunitaria tiene una posizione imparziale rispetto alle decisioni dell'autorità locale, come pure rispetto alla natura pubblica o privata del soggetto gestore del servizio, non dettando alcuna prescrizione in merito alla scelta dell'ente locale di ricorrere o meno all'autoproduzione o al mercato e non imponendo all'operatore economico (nozione comunitaria di impresa) alcuna forma per diventare titolare della gestione di servizi»⁴⁷. Infatti, «nella prospettiva europea, la

in *Rivistaaic.it*, 1, 2011; F. Costantino, *Servizi locali e concorrenza. A proposito della sent. n. 325 del 2010*, in *Rivista AIC*, 1, 2011.

⁴² Oggetto di sindacato, nell'occasione, era l'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008 (*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008, nel testo originario ed in quello modificato dall'art. 15, c. 1, n. 135/2009 (*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 166/2009.

⁴³ Corte cost., sent. n. 325/2010, cit., punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

⁴⁴ Corte cost., sent. n. 325/2010, cit., punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 24/2011, il cui testo è consultabile sul sito Consulta on line (all'indirizzo: *Giurcost.org*). A commento di tale sentenza si leggano le osservazioni di A. Lucarelli, *La Corte costituzionale di fronte al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2010.

⁴⁶ Così, A. Lucarelli, L. Longhi, *Sul governo dei servizi pubblici locali nella prospettiva delle città metropolitane*, in *Gazzettaforense.com*, 3, 2014, nota 18.

⁴⁷ In questi termini, V. Avaltroni, *L'assetto della disciplina del SII dopo il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 – note d'approfondimento*, in *Dirittodeiserviziipubblici.it* del 06.07.2011. Ugualmente, A. Lucarelli, nel parere, cit., 5, per il quale: «L'apertura al mercato è secondo il diritto europeo la via prevalente, ma tuttavia è una delle vie, e come tale non esclusiva al punto da essere imposta ai Comuni, per garantire l'efficienza e l'efficacia del servizio, considerando le amministrazioni pubbliche non in grado di gestire un servizio pubblico». Quindi, riferendosi al testo del d.d.l. in commento, aggiunge: «Quello che viene sostanzialmente dimenticato nel testo, è che non è l'unica via: anzi come più volte ricordato dalla giurisprudenza, gli enti locali devono essere messi in condizione di optare tra più modelli».

pubblica amministrazione può decidere di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore degli utenti mediante proprie strutture organizzative senza dovere ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato»⁴⁸.

Pienamente coerente con l'indirizzo giurisprudenziale sopra riassunto è pure l'approccio che nei riguardi del tema è stato sposato dalla Corte di Giustizia. In occasione della definizione di uno dei giudizi maggiormente incidenti sul piano materiale in esame, il giudice europeo, infatti, non ha mancato di puntualizzare come, in via generale, un'autorità pubblica può perfettamente adempiere i compiti cui è tenuta mediante propri strumenti, senza essere obbligata a fare ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, precisando come possa altresì farlo in collaborazione con altre autorità pubbliche⁴⁹. In verità, «l'ordinamento comunitario consente la gestione dei servizi pubblici locali e nazionali sia da parte di soggetti pubblici che da parte di soggetti privati ma esige che non si creino impropri favori per tali soggetti (sia pubblici che privati) che possano alterare la concorrenza e, in caso di coinvolgimento dei privati, impedisce che ciò avvenga in modo discriminatorio e non trasparente»⁵⁰. Conseguentemente, «spetta all'ente valutare le modalità ottimali di espletamento del servizio con riguardo ai costi, ai margini di copertura degli stessi, alle migliori modalità di organizzazione del servizio in termini di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto dei principi di tutela della concorrenza da un lato e della universalità e dei livelli essenziali delle prestazioni dall'altro»⁵¹.

Anche in forza di tale giurisprudenza, dunque, gli enti locali recuperano quell'autonomia di scelta fra le varie forme di gestione che, già pure costituzionalmente garantita, ha trovato un saldo ancoraggio anche nella giurisprudenza amministrativa, con il solo limite, da questa imposta⁵², «di motivare adeguatamente la decisione finale»⁵³. Limite, questo, reso poi ancor più stringente dai principi elaborati in tema dalla Corte dei Conti. Si tratta di principi che «poggiano sul dettato costituzionale di cui all'art. 97 Cost. e sulla considerazione che – atteso che ogni ente pubblico ha una sua organizzazione ed un suo personale – è con essi che deve ottemperare alle sue funzioni»⁵⁴. Pertanto, «l'ente, deve attentamente valutare l'an e il *quomodo* dell'espletamento del servizio pubblico, procedendo ad esternalizzare lo stesso o a svolgerlo in maniera associata solo quando ciò risulti effettivamente la soluzione migliore, in termini di efficacia, efficienza ed economicità, in alternativa alla gestione diretta da parte dell'ente stesso»⁵⁵.

Ecco, allora, che, ripensata quale *ratio* fondante scelte fortemente orientate verso il mercato e le sue logiche, anche l'argomentazione all'apparenza più robusta cade, conseguentemente conferendo, anche per tale profilo, maggiore corposità alle molte critiche che hanno negli anni investito le successive scelte operate dal legislatore italiano nel segno della privatizzazione del sistema.

⁴⁸ Corte cost., sent. n. 439/2008, punto 7 del *Considerato in diritto*. Il testo di tale sentenza è consultabile sul sito Consulta on-line (all'indirizzo: Giurcost.org).

⁴⁹ Corte Giust., sent. *Coditel Brabant* CE, 09.06.2009 causa C-480/06.

⁵⁰ Sul punto, G. Rossi, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *Giustamm.it*, 6, 2011.

⁵¹ Corte Conti, sezione regionale di controllo per la Regione Lombardia, 11/05/2009 n. 195.

⁵² Cons. Stato, Sez. V°, sent. n. 854/2011.

⁵³ Così, M. Grieco, *Effetti collaterali dell'esito referendario sulla gestione integrata dei rifiuti*, in *Lexambiente.it*, 21 luglio 2011.

⁵⁴ R. Francaviglia, *L'incidenza della flessibilità del rapporto di lavoro sul costo del personale nelle aziende sanitarie*, in *Diritto.it*, giugno 2004.

⁵⁵ Corte Conti, sez. reg.le di contr. Regione Lombardia, parere 22/10/2008, n. 79.

Né, a sconfessare l'indirizzo giurisprudenziale in questione pare in qualche modo utile il richiamo ai più recenti arresti della giurisprudenza della Corte di Giustizia, e quindi della Corte costituzionale, chiamate rispettivamente a pronunciarsi sulla conformità al diritto euro-unitario e quindi al dettato costituzionale di una più recente normativa limitativa della possibilità da parte della P.A. di ricorrere al modello c.d. *in house*. Già la Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁵⁶, infatti, in occasione della definizione della questione introdotta a mezzo rinvio pregiudiziale di interpretazione avente ad oggetto la direttiva 2014/24⁵⁷, pur offrendo una lettura della disposizione indubbiata⁵⁸ atta a tradursi in un chiaro riconoscimento della possibilità di ricorso a procedure di appalto pubblico, ribadisce come «nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici» di qui, quindi, passando a rimarcare, anche espressamente, la piena libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze. Analogamente, la Corte costituzionale⁵⁹, in occasione dello scrutinio di legittimità avente ad oggetto la normativa nazionale che favorisce l'aggiudicazione di appalti pubblici a discapito dei contratti *in house*⁶⁰, nel rigettare i dubbi di costituzionalità sollevati, in perfetta continuità con i suoi precedenti giurisprudenziali, ammonisce che la scelta legislativa in questione «proprio perché reca una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta – e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., come sostenuto dallo Stato –, ma neppure si pone in contrasto [...] con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo

⁵⁶ Corte Giust., Sez. IX, sentenza 6 febbraio 2020, C-89/19 e C-91/19.

⁵⁷ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (in G.U.U.E. L 94/65 del 28.03.2014).

⁵⁸ In occasione del rinvio pregiudiziale d'interpretazione alla Corte di Giustizia, avente ad oggetto tale direttiva, il giudice remittente chiedeva in sostanza, «se l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche «contratto *in house*», all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna». Al riguardo, la Corte, anche richiamando i suoi noti precedenti, ed in particolare la sentenza *Irgita* (C-285/18), ricorda che «l'articolo 12, paragrafo 1, di tale direttiva, relativo alle operazioni interne, che si limita quindi a precisare le condizioni che un'amministrazione aggiudicatrice deve rispettare quando desidera concludere un'operazione interna, ha soltanto l'effetto di autorizzare gli Stati membri ad escludere una tale operazione dal campo di applicazione della direttiva 2014/24». Conseguentemente – sentenza la Corte – «tale disposizione non può [...] privare gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito di altre. In effetti, questa libertà implica una scelta che viene effettuata in una fase precedente all'aggiudicazione di un appalto e che non può quindi rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 (sentenza *Irgita*, punto 44)».

⁵⁹ Corte cost., sent. n. 100/2020. Il testo di tale sentenza è consultabile sul sito Consulta on-line (all'indirizzo: Giurcost.org).

⁶⁰ Si tratta dell'art. 192, c. 2, del d.lgs. n. 50/2016, *Codice dei contratti pubblici* (in G.U. n. 91 del 19 aprile 2016), ai sensi del quale: «ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

inderogabile per gli Stati membri»⁶¹.

Anche le posizioni più recentemente assunte in tema dai massimi giudici italiano ed europeo attestano, insomma, l'assenza, ai fini della gestione dei servizi pubblici, di un qualsiasi obbligo di privatizzazione di matrice europea a carico dei singoli Stati membri. E tale affermazione, che ripete più risalenti prese di posizione sul punto, pare oramai definitivamente consolidare l'indirizzo giurisprudenziale in parola, come dimostra anche un'ultima sentenza resa in tema dai giudici di Palazzo Spada⁶².

Intervenendo anche loro sulla normativa di cui si è appena detto, i supremi giudici amministrativi, infatti, dopo aver evidenziato una duplice condizione cui, in forza della normativa *de qua*, è subordinata la legittimità del ricorso al modello di gestione *in house* dei servizi pubblici, ossia la dimostrazione del cd. «fallimento del mercato», e la sussistenza di specifici «benefici per la collettività» derivanti dall'affidamento diretto del servizio *in house*, precisato che «il primo presupposto per procedere mediante l'«in house» consiste nell'obbligo di motivare le ragioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato»⁶³, concludono che alla luce di tanto «non potrebbe escludersi la legittima possibilità per l'amministrazione di procedere secondo modalità che non si traducono nell'effettuazione di specifiche indagini di mercato e/o di tipo comparativo». Ed infatti «la peculiarità del caso concreto, l'esperienza di mercato vissuta in precedenza, l'elaborazione di specifici dati ben possono indurre alla ragionevole valutazione che l'affidamento mediante gara non garantisca (non, quantomeno, nella stessa misura di quello diretto) il raggiungimento degli obiettivi prefissati, traducendosi in plausibili, dimostrabili e motivate ragioni idonee a giustificare la scelta»⁶⁴.

Ebbene, di là dai dubbi che pure solleva in merito alla compressione degli spazi di autonomia degli enti locali nelle scelte da adottare in tema di affidamento dei servizi pubblici, è comunque certo che tale disposizione non recide affatto *in toto* la possibilità di un affidamento *in house*. Piuttosto, resta fermo che, pur rappresentando ormai un'ipotesi derogatoria e residuale rispetto all'ordinario ricorso al mercato, l'utilizzo del modello gestorio in questione resta comunque perfettamente legittimo laddove ricorrano i requisiti sopra indicati e l'Amministrazione adotti un'adeguata motivazione a sostegno del mancato ricorso al mercato.

4. Concludendo sulla legittimità della gestione pubblica del servizio idrico. Sia se riguardata sotto il profilo interno che sovranazionale, la questione della legittimità dell'affidamento pubblico del servizio idrico pare dunque doversi intendere e risolvere in senso affermativo. Inopinabilmente, specie a livello europeo, il sistema normativo e giurisprudenziale è altamente frammentato e contraddittorio, con regole, come quella della concorrenza ed il libero mercato, affiancate da così tante eccezioni, sì che la ricerca di un'auspicata coerenza all'interno del diritto pubblico europeo dell'economia finisce per scontrarsi con il dato di realtà costituito da un insieme di principi, regole, dati giurisprudenziali «che talvolta si contrappongono, tali altre si integrano e/o limitano il diritto

⁶¹ Corte cost., sent. n. 100/2020, cit., punto 9.2 del *Considerato in diritto*, che sul punto richiama quali suoi precedenti conformi la sent. n. 325/2010, e la sent. n. 46/2013.

⁶² Cons. Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7023.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

dei mercati e della concorrenza»⁶⁵. Tuttavia, né sull'uno né sull'altro piano si rintracciano elementi che, in punto di diritto, possano dirsi effettivamente ostativi ad una positiva definizione di tale *querelle*.

Anzi, le considerazioni fin qui svolte mostrano la facile ricognizione all'interno del nostro sistema ordinamentale, nonché a livello europeo, di una serie di prescrizioni assolutamente utili non soltanto ai fini dell'affermazione della piena legittimità della gestione pubblica del servizio in esame, ma anche della sua maggiore rispondenza ai valori che su l'uno e l'altro piano sono assunti a fondamento dell'azione dei pubblici poteri.

Il tutto senza contare la più diretta aderenza che la scelta a favore di una simile gestione dei servizi pubblici palesa a fronte del peculiare rilievo che, in seno all'ordinamento interno, è costituzionalmente attribuito agli enti locali. Sebbene trattasi di un'argomentazione mai insinuata nel ragionamento dei giudici costituzionali in occasione dei diversi giudizi incidenti in tema, è indubbio il rilievo che, nella trattazione del tema, riveste anzitutto l'art. 5 Cost., laddove il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali si accompagna alla fissazione dell'impegno da parte della Repubblica ad attuare, nei servizi che dipendono dallo Stato, il più ampio decentramento amministrativo, nonché ad adeguare i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento. Ma anche l'art. 118, Cost. che, dal canto suo, positivizzando il principio di sussidiarietà in senso verticale, attribuisce le funzioni amministrative agli enti pubblici a partire da quello più vicino ai cittadini, ossia il Comune.

Inopinabilmente, sul piano strettamente giuridico, ad accentuare la torsione dell'interpretazione delle conferenti disposizioni in materia in senso maggiormente aderente alle esigenze sociali sottese all'intervento pubblico hanno concorso le molte falle apertesesi nel sistema concorrenziale. Non è un caso che, conscia di tanto, la Corte costituzionale, per anni impegnata nella costante modulazione del bilanciamento tra principi e valori dalla non facile composizione imposta dall'evoluzione delle politiche economiche e delle dinamiche di mercato decise a livello europeo, e quindi dal crescente rilievo riconosciuto al valore della concorrenza⁶⁶, abbia più recentemente orientato la propria interpretazione delle disposizioni in materia di rapporti economici «verso nuovi e più recenti paradigmi di crescita, sviluppo e integrazione sovranazionale»⁶⁷. D'altro canto, anche a livello europeo, l'acquisita consapevolezza della fallibilità del mercato ha da ultimo fatto emergere «una forte necessità di recupero della coesione politico-sociale e di una dimensione maggiormente personalista anche dell'Unione europea, nell'obiettivo di raggiungere un bilanciamento ottimale fra la componente mercantile e i principi definiti di *individual freedom* e *self determination*, espressione del modello di *Democratic Economic Constitution*»⁶⁸. Sicché, oggi più che mai, l'espressione «L'Europa lo vuole»⁶⁹, da anni impiegata per rispondere in maniera acritica e

⁶⁵ In questo senso, A. Lucarelli, *Il Bail-in paradigma dell'eterno conflitto tra Stato assicuratore e stato regolatore. Crisi delle banche e nuove forme di risanamento: tra mercato, regola della concorrenza e dimensione sociale*, in *Federalismi.it*, 18, 2016, 10.

⁶⁶ Sul punto, per un approfondimento, O. Pini, *Giurisprudenza costituzionale e statuto dei rapporti economici: "interpretazione adeguatrice" ed evoluzione ordinamentale*, in *Diritti fondamentali*, 2, 2019, *passim*.

⁶⁷ Cfr. V. Vaira, *La gestione del Servizio Idrico Integrato e i nuovi modelli di "democrazia organizzativa"*, cit., 246.

⁶⁸ Così, V. Vaira, *La gestione del Servizio Idrico Integrato e i nuovi modelli di "democrazia organizzativa"*, cit., *ivi*. Sul punto, per un maggiore approfondimento, cfr. altresì A. Lucarelli, *Il Bail-in paradigma dell'eterno conflitto tra Stato assicuratore e stato regolatore. Crisi delle banche e nuove forme di risanamento: tra mercato, regola della concorrenza e dimensione sociale*, cit., 20.

⁶⁹ Il senso di tale esclamazione è ben marcato da G. Silvestri, *Stato di diritto, tutela dei diritti sociali e crisi delle finanze pubbliche*, in AA.VV. (a cura di), *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Napoli, 2016, 10. L'autorevole costituzionalista, infatti, evidenzia come tale esclamazione sia quella a cui, anche senza alcun fondamento

fondamentalmente irresponsabile alle obiezioni sollevate da quanti andavano avversando la deriva privatizzatrice dei diversi interventi legislativi intanto registratisi in materia nel nostro Paese, pare priva di ogni effettiva gravidanza giuridica.

Ciononostante, è indubbio che, ad oggi ancora, specie nel nostro Paese, tale rinnovato approccio nei riguardi dei rapporti economici complessivamente intesi stenta a tradursi in interventi legislativi sempre concretamente finalizzati a rendere il sistema aderente alle finalità appena marcate.

Certamente, in questa prospettiva, non mancano delle aperture. Basti pensare al riordino dei servizi di interesse economico generale ad opera del d.lgs. n. 210/2022⁷⁰. Adottato in attuazione della delega conferita dall'articolo 8, l. n. 118/2022⁷¹, tale decreto, in effetti, pare chiaramente indirizzato, negli ambiti materiali oggetto di suo intervento⁷², all'obiettivo di coniugare autonomia locale, mercato e diritti sociali⁷³. Ma, a prescindere dalle complicate conseguenze agli ulteriori oneri posti a carico degli enti locali, soprattutto in materia di analisi a supporto della scelta della forma di gestione e in tema di monitoraggio e controllo degli affidatari (aspetti, questi ultimi, per i quali gli enti locali sono spesso privi delle competenze aziendalistiche necessarie), non bisogna scordare come l'adozione del decreto *de quo* rappresenti il punto di arrivo di un *iter* politico/normativo di ben diversa portata nel suo avvio. Ed infatti, per contenuti e finalità, ben diversa era la portata del disegno di legge in materia di concorrenza e mercato⁷⁴ che ha portato infine all'approvazione della legge con cui il Governo è stato infine delegato all'adozione del decreto in questione. Soprattutto, si ricorderà come gli emendamenti apportati al testo originario del disegno di legge *de quo* siano state conseguenza delle molte critiche da più parti sollevate rispetto a molte sue disposizioni, con argomentazioni atte ad inficiare la stessa legittimità delle previsioni in esse contenute⁷⁵. In breve, insomma, ad oggi ancora, tra piano teorico-speculativo e normativa di attuazione,

giuridico, i governi nazionali fanno molte volte riferimento per deresponsabilizzarsi rispetto all'adozione di provvedimenti non sempre popolari.

⁷⁰ Si tratta, più specificamente, del d.lgs. n. 201/2022, *Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica* (in G.U. Serie generale - n. 304 del 30 dicembre 2022).

⁷¹ L. n. 118/2022, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021* (in G.U. n. 188 del 12.08.2022). In attuazione dell'articolo 8, il Governo, a mezzo del già citato d. lgs. n. 201/2022, esercita la delega con l'obiettivo di riordinare la disciplina in materia, coordinandola con la normativa in materia di contratti pubblici e di società a partecipazione pubblica per gli affidamenti in autoproduzione, oltre che con le discipline settoriali e con quella in tema di Piano nazionale di ripresa e resilienza (P.N.R.R.).

⁷² In particolare, oltre a soffermarsi su principi generali, ambito di applicazione e rapporti con le discipline di settore (T.P.L., servizio idrico, elettrico, farmacie ecc.) il decreto *de quo* interviene in modo organico e puntuale in tema di: istituzione, organizzazione e modalità di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, a rete e non.

⁷³ Che tali siano le finalità perseguite dal decreto in esame, lo dimostra il fatto che l'esercizio del potere pubblico in materia, in ordine all'istituzione ed alla modalità di gestione dei servizi pubblici, deve «garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale» e, al contempo, assicurare l'adeguatezza dei servizi in termini di «accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza». Così disponendo, dunque, all'autonomia locale si è, in buona sostanza, chiesto di esplicarsi in maniera responsabile, soddisfacendo i bisogni della comunità di riferimento in modo non solo trasparente ma anche efficiente ed economico, coniugando al meglio l'autonomia costituzionalmente garantita dei poteri pubblici locali, con il mercato e concorrenza, nonché con la tutela dei diritti sociali dei cittadini.

⁷⁴ Il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2021 è stato approvato dal Consiglio dei Ministri nell'adunanza del 4 novembre 2021, così come previsto dall'art. 47, l. n. 99/2003. Il testo completo di tale disegno è, tra l'altro, consultabile dell'ANSA, all'indirizzo: https://www.ansa.it/documents/1636051142145_concorrenza.pdf.

⁷⁵ Sul punto, per un approfondimento, F. Meola, *La gestione del servizio idrico integrato nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*, cit., 114 ss.

continua spesso volte a registrarsi una distanza alquanto problematica, specie sotto il profilo dell'effettivo soddisfacimento delle esigenze sottese all'affermazione di un'economia improntata al più giusto bilanciamento tra diritti e mercato.

Ma, una volta sconfessata la bontà delle argomentazioni di matrice giuridica il più delle volte addotte al fine di avversare la legittimità della gestione pubblica del servizio idrico, e con ciò anche il pretesto di una quale «debenza europea» cui non sarebbe stato possibile sottrarsi, proprio tale distanza mette chiaramente in luce la vera natura del problema.

Palesandosi tra l'altro anche attraverso recenti esternazioni di alcuni esponenti specie di una certa parte politica, fieramente avversa alla realizzazione di interventi pensati e realizzati nel segno della garanzia della continuità della gestione del servizio idrico integrato per mano pubblica, ma anche e soprattutto in opinabili tentativi di «sabotaggio» della stessa⁷⁶, quello in analisi si mostra di fatto come un problema di natura strettamente e squisitamente politica.

Un problema cioè che affonda le proprie radici non solo in una scarsa o nulla comprensione da parte dei rappresentanti del corpo elettorale del quadro giuridico, interno ed europeo, in cui le scelte in tema devono necessariamente calarsi, ma anche in una certa miopia istituzionale rispetto alle distorsioni che politiche troppe liberiste hanno in questi anni prodotto a danno dell'intero sistema. Il tutto, peraltro, secondo un *modus agendi* assolutamente risalente e da sempre oggetto di severe critiche da parte della dottrina più attenta. Questa, infatti, non ha mai mancato di evidenziare i molti limiti di tante scelte in materia dei servizi pubblici locali, e quindi di servizio idrico integrato che, adottate dal legislatore, hanno visto l'assunzione della tutela della concorrenza a punto di riferimento privilegiato (se non esclusivo) della relativa disciplina, anche ben oltre quanto richiesto dalla stessa normativa europea⁷⁷, con conseguente chiara compressione di altri profili pure rilevanti in tema. Basti in questo senso pensare al deciso cambio di rotta emergente dal confronto della l. n. 142/1990⁷⁸ con gli atti normativi adottati successivamente al d. lgs. n. 267/2000⁷⁹. Nel corso degli anni, infatti, e per effetto dell'influenza esercitata dal diritto europeo, la disciplina dei servizi pubblici locali è via via passata dal «realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali» a soddisfare le esigenze proprie del mercato, anche grazie all'esplicito riferimento fatto in atto alla tutela della concorrenza, che di qui in poi sarà inopinabilmente assunta a base di ogni successivo intervento normativo in tema⁸⁰.

Per quel che riguarda il nostro Paese, però, proprio tale *modus agendi* getta ancor più ombre sull'operato delle forze politiche, e non solo perché tradisce quei valori di fondo del nostro

⁷⁶ Da ultimo, infatti, a danno dei gestori pubblici del servizio idrico, si è addirittura artatamente tentato di tagliarli fuori dalla possibilità di avvantaggiarsi delle possibilità di crescita ad oggi consentite, in via generale, alla realtà aziendale italiana grazie ai fondi stanziati dal P.N.R.R. Qui, in particolare il riferimento è a quanto accaduto ai danni dell'A.B.C. (Acqua Bene Comune), ossia l'azienda speciale che per il Comune di Napoli gestisce il servizio idrico integrato, il 18 maggio del 2022, in prossimità della scadenza del primo bando del P.N.R.R.. Nell'occasione, nel corso della seduta dell'esecutivo dell'Ente Idrico Campano, viene approvata la delibera di adozione delle proposte progettuali dei cinque gestori dell'acqua, con esclusione di quelle di A.B.C. Napoli perché non conformi ai requisiti richiesti. In realtà, però, come denunciato dal Comitato acqua pubblica Napoli – Coordinamento campano per la gestione pubblica dell'acqua, in un comunicato del 19 maggio 2022, quella adottata è «motivazione non giustificata» stante il contemporaneo riconoscimento a favore di A.B.C. di finanziamenti per un P.O.N. che richiedeva analoghi requisiti.

⁷⁷ Il dato è stato ben marcato dalla Corte costituzionale nelle già citate sentenze n. 325 del 2010 e n. 24 del 2011.

⁷⁸ L. n. 142/1990, *Ordinamento delle autonomie locali* (in G.U. 12 giugno 1990 - Suppl. Ordinario n. 42).

⁷⁹ D. lgs. n. 267/2000, *Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali a norma dell'articolo 31 della legge 3 agosto 1999, n. 265* (in G.U. n. 227 del 28 settembre 2000, s.o. n. 162/L).

⁸⁰ Per un approfondimento sul punto, cfr. P. Chirulli, *I servizi pubblici locali e il servizio idrico integrato tra legislatore, Corte costituzionale e (presunta) "volontà" referendaria*, in *Federalismi.it*, 8 aprile 2015, 10 ss.

sistema costituzionale che fa del principio egualitario e di quello solidarista elementi indefettibili di qualunque bilanciamento imposto dalla regolamentazione del settore, ma anche perché ne marca altresì distanza dal corpo elettorale. Ed infatti, ciò che si può e si deve rimproverare agli esponenti politici nostrani è, tra l'altro, il tradimento di quella volontà referendaria che, chiaramente espressasi già anni fa in senso contrario alla privatizzazione del servizio idrico⁸¹, si trova oggi ad essere di nuovo, continuamente, messa in discussione.

In questa prospettiva, anzi, la vicenda dell'azienda speciale A.B.C., che per il Comune di Napoli gestisce il servizio idrico integrato, può essere assunta ad emblema di quella crisi nei rapporti tra rappresentante e rappresentato che costituisce di certo una delle maggiori urgenze del nostro tempo. Tra le poche realtà che, a seguito della consultazione referendaria del 12 e 13 giugno 2011, hanno consentito l'inveramento delle volontà popolari, espressasi, nell'occasione, contro la privatizzazione dei servizi pubblici locali, e, tra questi, specificamente del servizio idrico, tale azienda, in realtà, è stata da sempre oggetto di continui attacchi che, anche in ragione dell'irrazionale e continuo intervento regolativo del settore da parte del legislatore, hanno portato, anzitutto a suo danno, a dubitare della trasformabilità di una società per in azioni *in house* in azienda speciale (e, quindi, nel caso di specie della trasformabilità dell'A.R.I.N. S.p.A. in A.B.C. – Acqua Bene Comune, azienda speciale⁸²), oltre che della stessa legittimità della gestione pubblica del servizio idrico.

Ecco allora che già ripensare la vicenda dell'azienda napoletana in questione alla luce della volontà espressa dal corpo elettorale a mezzo della consultazione referendaria di anni fa, riscrivendone il futuro in direzione di un più generale rafforzamento del carattere pubblico della gestione del servizio idrico, potrebbe tra l'altro essere utile per ricostruire quel rapporto fiduciario tra società e politica, cittadini e rappresentanti, che negli anni si è chiaramente incrinato.

⁸¹ Il riferimento, qui, è alla consultazione referendaria svoltasi il 12 e 13 giugno del 2011. È bene ricordare che dei quattro quesiti referendari dichiarati, nell'occasione, ammissibili dalla Corte costituzionale (sentt. nn. 24/2011 e 26/2011, il cui testo è consultabile sul sito della Consulta on line, all'indirizzo: *Giurcost.org*), due, nello specifico, investivano la questione del servizio idrico integrato. In particolare, il quesito n. 1 mirava ad abrogare l'art. 23-bis (*Servizi pubblici locali di rilevanza economica*), d.l. n. 112/2008 (*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e finanza la perequazione tributaria*), convertito, con modificazioni, in l. n. 133/2008, come modificato dall'art. 30, c. 26, l. n. 99/2009 (*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*), e dall'art. 15 d.l. n. 135/2009 (*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della corte di giustizia della Comunità europea*), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 166/2009, nel testo risultante a seguito della sent. n. 325/2010 della Corte cost. Il quesito n. 2, invece, aveva ad oggetto l'abrogazione dell'art. 154, cod. amb. (d.lgs. n. 152/2006).

⁸² L'azienda speciale A.R.I.N. (Azienda Risorse Idriche di Napoli) - Ente strumentale del Comune di Napoli venne costituita il 29 maggio 1995, con deliberazione del Consiglio comunale n. 131. Dal 1° gennaio 2001, poi, essa divenne S.p.A. con il Comune di Napoli unico azionista. In anni più vicini a noi, e specificamente il 23 settembre 2011, la Giunta comunale ha anzitutto approvato la delibera n. 942 proposta dal Consiglio ai fini della trasformazione dell'A.R.I.N. S.p.A. in azienda speciale. A questa, poi, è seguita la delibera n. 32 del 26 ottobre 2012, con la quale il Consiglio comunale stesso ha disposto, nei confronti di A.R.I.N. S.p.A., la trasformazione della società A.R.I.N. in azienda speciale A.B.C. (Acqua Bene Comune), approvando lo schema di statuto, ed istituendo un comitato di sorveglianza con funzioni consultive, di controllo, di informazione, d'ascolto, di concertazione e di dibattito, anche propositivo, sul servizio pubblico idrico ed in particolare rispetto alle decisioni inerenti gli atti fondamentali di pianificazione, programmazione e gestione, composto da rappresentanti degli utenti, del mondo ambientalista e dei dipendenti dell'Azienda stessa. Finalmente, quindi, nell'aprile del 2013, l'A.R.I.N. S.p.A. si è trasformata in Acqua Bene Comune Napoli azienda speciale.

⁸² La *Commissione Rodotà* (dal nome del suo Presidente, il Prof. Stefano Rodotà) fu istituita dal Ministro della giustizia, con proprio decreto, il 14 giugno 2007, al fine di redigere uno schema di disegno di legge delega per la riforma delle norme del codice civile in materia di beni pubblici.

Abstract. Il saggio indaga sul fondamento di legittimità della gestione pubblica del servizio idrico. In questa prospettiva, esso esamina le norme, di diritto interno ed europeo, rilevanti in tema. E ciò al fine di dimostrare la fallacia di ogni pretesa volta a giustificare la torsione del legislatore nazionale a favore del mercato e delle sue regole alla luce di stringenti obblighi sovranazionali cui dare attuazione, nonché per marcare la più diretta aderenza della gestione pubblica del servizio idrico a quei beni e valori che la nostra Carta costituzione assume tra quelli fondamentali e fondanti la nostra identità culturale ed ordinamentale.

Abstract. The essay investigates the basis of legitimacy of the public management of the water service. From this perspective, it examines the provisions of domestic and European law relevant to the topic. And this in order to demonstrate the fallacy of any claim aimed at justifying the twist of the national legislator in favor of the market and its rules in light of stringent supranational obligations to be implemented, as well as to mark the most direct adherence of the public management of the water service to those goods and values that our Constitution Charter considers among those fundamental and founding our cultural and legal identity.

Parole chiave. concorrenza – mercato – servizi pubblici – gestione servizio idrico – intervento pubblico nell’economia.

Key words. competition – market – public services – water service management – public intervention in the economy.

IL PREMIERATO DEL D.D.L. A.S. 935/2023: CRITICHE E PROSPETTIVE*

di Leandra Abbruzzo**

Sommario. Considerazioni introduttive – 2. Una breve riflessione sul metodo delle riforme – 3. I precedenti tentativi di riforma – 4. Perché una riforma inerente alla forma di governo? – 5. Il d.d.l. A. S. 935/2023 – 6. Osservazioni conclusive.

397

1. Considerazioni introduttive. Il lavoro si propone di analizzare, pur nella consapevolezza delle modifiche che in sede di discussione vi saranno apportate, il d.d.l. A.S. 935/23 inerente all'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Da anni si discute di una riforma della forma di governo¹ nel dibattito scientifico e politico al punto da rappresentare un elemento costante nei programmi elettorali dei partiti. Così è stato anche nella campagna elettorale del 2022 per il rinnovo del Parlamento. Nel programma del partito che ha riscosso maggiore consenso, in particolare, veniva richiamato il presidenzialismo, ma nella Dichiarazione finale del confronto fra il Governo e le opposizioni sulle riforme istituzionali del 9 maggio 2023 emergevano chiaramente due fattori: la presenza di una chiusura da più parti «su sistemi di modello presidenziale o semipresidenziale», dall'altro una valutazione «più variegata nell'ipotesi di una elezione diretta del Presidente del Consiglio».

A valle di questo confronto ha assunto centralità nel dibattito il tema del c.d. premierato ovvero di una forma di governo in cui vi è un Presidente del Consiglio eletto dal corpo elettorale: non si tratta, tuttavia, di un modello presidenziale o semipresidenziale, bensì di neoparlamentarismo inteso quale evoluzione della forma di governo parlamentare in cui permane un rapporto di fiducia tra Governo e Parlamento e la figura di un Presidente

* Sottoposto a referaggio.

** Dottoranda di ricerca in Il diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo – Università degli studi di Napoli Parthenope.

¹ La letteratura giuridica in materia è copiosa. Si vedano, tra gli altri, M.S. Giannini, *Prefazione*, in G. Burdeau, *Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopoguerra*, Milano, 1950; L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970; G.U. Rescigno, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989; M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir. - Annali*, vol. III, Milano, 2009; A. Spadaro, *L'evoluzione della forma di governo. Dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in *Quad. Cost.*, 1, 2019. Tra i contributi più recenti, invece, si rimanda a S. Staiano, G. Ferraiuolo, A. Vuolo (a cura di), *Partiti politici e dinamiche della forma di Governo*. Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa (Napoli, 14-15 giugno 2019), Napoli, 2020; A. D'Andrea, *Relazione introduttiva al XXXVIII convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti "Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana"*, in *Rivista AIC*, 2023; A. Morrone, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, in *Rivista AIC*, 2023; F. Salmoni, *Forma di governo e indirizzo politico-economico*, in *Rivista AIC*, 2023. Sul tema della rappresentanza si veda, invece, A. Papa, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Napoli, 1998.; Id., *Rappresentanza politica versus democrazia elettronica tra molteplicità di prospettazioni e problematicità di rapporti*, in L. Chieffi (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione. Elites al potere*, Atti del convegno (Caserta, 6-7 maggio 2005), Torino, 2006; A. Napolitano, *Rappresentanza politica e dimensione territoriale. Crisi e prospettive*, Napoli, 2022.

della Repubblica, garante e arbitro².

In realtà, parte della dottrina ha messo subito in evidenza come il processo verso il premierato (termine che in chiave comparata rimanda a modelli diversi³) sia già cominciato pur non venendo riconosciuto espressamente in Costituzione⁴. All'assoluta rilevanza nello scenario politico attuale del Governo, infatti, si accompagna anche un ulteriore fattore: la verticalizzazione interna allo stesso Esecutivo⁵. Nonostante il carattere collegiale del Governo, da anni si assiste a una enfattizzazione del ruolo del Premier (soprattutto nei casi in cui sia anche *leader* della coalizione⁶) dovuta all'«elasticità della disciplina costituzionale della forma di governo» incisa da fattori quali il processo di integrazione europea⁷, la situazione geopolitica internazionale, le stesse politiche di

² T. E. Frosini (a cura di), *Il Premierato nei governi parlamentari*, Torino, 2004; Id, *Sulla forma di governo del premierato (elettivo)*, in *Federalismi, Paper* – 7 giugno 2023. Favorevoli al neoparlamentarismo, tra gli altri, anche S. Ceccanti, *Per un'efficace (ma non troppo rigida) forma di governo neo-parlamentare*, in *Federalismi, Paper* – 7 giugno 2023; V. Lippolis, *Un modello di forma di governo neoparlamentare per la stabilità degli esecutivi e un diretto collegamento del premier alla volontà popolare*, in *Federalismi, Paper* – 7 giugno 2023; A. Poggi, *Perché e a che condizioni l'elezione diretta del Presidente del Consiglio può essere utile alla razionalizzazione della forma di governo parlamentare*, in *Federalismi, Paper* – 7 giugno 2023; N. Zanon, *Su quanto possa o debba essere "forte" un Presidente del Consiglio eletto direttamente*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2024; G. Guarino, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 961, 27, tratteggia l'immagine di un presidente garante politico del sistema. Cfr. anche E. Cheli, *Tendenza evolutiva nel ruolo e nei poteri del Capo dello Stato*, in *Quad. cost.*, 1985, 41 ss.

³ Si pensi al modello Westminster, al Cancellierato tedesco e all'esperienza neoparlamentare israeliana avutasi tra il 1996 e il 2001.

⁴ Si veda in proposito A. Algostino, *Premierato... purché capo sia: il fascino della verticalizzazione del potere e i rischi del suo innesto in una democrazia spolitizzata*, in *Rivista AIC*, 3, 2023, 122.

⁵ P. Mazzina, *La verticalizzazione della decisione politica e il rapporto tra Stato e Regioni nel contrasto alla diffusione del contagio da Covid/19*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1, 2021. A. Manzella, *Il presidente del governo*, in *Rivista AIC*, 3, 2021, 25, parla di una «marcata emancipazione della presidenza del Consiglio dalla monarchia». Analogamente anche L. Dell'Atti, *Elementi costituzionali dell'organo Presidente del Consiglio dei ministri. Un aggiornamento alla luce dell'esperienza dei governi Conte*, in *Rivista AIC*, 3, 2021, 455 e ss. In dottrina ci si interroga sul ruolo del Presidente del Consiglio: recentemente ne discute F. Clementi, *Il Presidente del Consiglio dei ministri. Mediatore o decisore?*, Bologna, 2023. Cfr. anche S. Cassese, *I Presidenti del Consiglio dei ministri nella storia repubblicana*, in S. Cassese, A. Melloni, A. Pajno (a cura di), *I Presidenti e la Presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2022, 31 ss., G. Amato, *Relazione generale (ricordando Alberto Predieri)*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2001, Il Governo*, Atti del XVI Convegno annuale dei costituzionalisti, Palermo 8-9-10 novembre 2001, Padova, 2002, 267.

⁶ Il Presidente del Consiglio, in caso di patto di coalizione, tende a non ingerirsi nelle scelte dei Ministri per evitare attriti e, in particolare, quando sono numerosi i partiti della coazione e quindi è superiore il pericolo di defezioni che potrebbero comportare la revoca della fiducia. Si comprende come, in virtù del carattere collegiale del Governo, non possano aversi posizioni egemoniche, nemmeno del Presidente del Consiglio. Cfr. G. Pitruzzella, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri e l'organizzazione del Governo*, Padova, 1986, 169 e ss.

⁷ I. Ruggiu, *Mutamenti della forma di governo e processo di integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 2023.

attuazione del PNRR⁸ e, non da ultimo, la recente emergenza sanitaria⁹. Questi elementi, susseguitesi nell'ultimo trentennio, hanno comportato la trasformazione della funzione del Governo, non più corrispondente solo a un'attività politica, idonea a decidere fini e programmi e a elaborare la politica nazionale e l'indirizzo politico. Tale attività attualmente è ridotta e accostata da funzioni svolte non dalle istituzioni politiche, bensì dai *providers* digitali o dai *social media*, capaci di esercitare forme di *moral suasion* rilevanti¹⁰. Al fine di ostacolare la frammentazione del potere politico, le istituzioni politiche hanno deciso di configurare la sede decisionale nel Governo, rinunciando contemporaneamente a una deliberazione condivisa e dunque alla mediazione parlamentare¹¹, sempre più mortificata dalla crisi dei partiti e della rappresentanza politica. Questi fattori hanno indebolito l'attività parlamentare ancor di più rispetto alle situazioni emergenziali imputabili alla crisi economico-finanziaria, a quella sanitaria e alla guerra in Ucraina¹².

Tutto ciò ha condotto a parlare di una «anomalia italiana riguardo alla forma di governo»¹³ evidente sia da un punto di vista interno che europeo: per ciò che concerne il primo angolo visuale menzionato, di riforma della forma di governo, come si vedrà *infra* più dettagliatamente, si parla da tempo, pur essendosi già concretizzato a livello regionale e locale un simile intervento nell'elezione diretta rispettivamente del Presidente della Regione e del Sindaco¹⁴. Per quanto riguarda la prospettiva europea, invece, la variabilità e l'instabilità governativa¹⁵ non sono elementi che aiutano l'Italia ad assumere

⁸ O. Spataro, *Evoluzione del ruolo del Presidente del Consiglio dei ministri e riforme istituzionali*, in *Federalismi.it, Paper* – 7 giugno 2023, 5. Per M. G. Rodomonte, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3, 2021, pp. 14 – 15, la verticalizzazione dell'Esecutivo «sembra rappresentare con ogni probabilità la più diretta e immediata ricaduta della progressiva 'normalizzazione' del ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza mostrando in effetti come le situazioni straordinarie acutizzano 'la propensione di ricollocare la funzione rappresentativa in capo ad un organo monocratico'». Si veda in merito anche I. Nicotra, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, 163 e P. Bilancia (a cura di), *L'impatto del PNRR sul sistema di governo multilivello. Opportunità e criticità*, Bologna, 2023.

⁹ M. G. Rodomonte, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?*, cit., 12 e ss. V. Lippolis, *Il rapporto Governo-Parlamento nel tempo della pandemia*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, 277, sottolinea tuttavia come la perdita di autorevolezza del Parlamento abbia radici lontane. Si rinvia anche a G. Preterossi, *Senza freni. La decostruzione neolibérale*, in *Teoria politica*, 2019, 31 ss. e I. Ciolli, *Emergenza pandemica e verticalizzazione del potere nella struttura dell'Esecutivo. Il ruolo del Presidente del Consiglio*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2022.

¹⁰ Trattasi di poteri privati da cui non deriva responsabilità politica, ragion per cui parte della dottrina li considera una tappa verso il nichilismo politico. Sul punto A. Morrone, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quad. cost.*, 1, 2018, 22 ss.

¹¹ E. Olivito, *Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, 42 ss.

¹² Per un approfondimento sul sistema delle fonti nelle situazioni emergenziali I. A. Nicotra, *Le tendenze della produzione normativa alla luce di pandemia, crisi economica, guerra e cambiamento climatico*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2022, 873 ss.; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2, 2020. Su questi aspetti I. Ciolli, *Emergenza pandemica e verticalizzazione del potere nella struttura dell'Esecutivo. Il ruolo del Presidente del Consiglio*, cit., 310.

¹³ M. Olivetti, *Riformare la forma di governo italiana?*, in *Federalismi.it, Paper* – 7 giugno 2023, 2. S. Staiano, *A partire dal fondamento. Sulla forma di governo parlamentare italiana e sui suoi detrattori*, in *Federalismi.it*, 29, 2021, parla di «inevitabile disfunzionalità» della forma di governo parlamentare.

¹⁴ A. Papa, *La legge per l'elezione diretta del Sindaco, del Presidente della Provincia e dei Consigli comunali e provinciali al vaglio della Corte costituzionale*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica italiana*, 12, 1996.

¹⁵ A. Lucarelli, *La forma di governo parlamentare: mutazioni genetiche di un modello «nel nome» della governabilità. Contributo per un dibattito a partire da alcuni studi di Fulco Lancaster su forma di governo e sovranità popolare*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1, 2021 e Id., *Il mito della governabilità nelle società complesse: modelli decisionali tra atto e processo*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 2, 2021.

un ruolo di rilevanza «sui tavoli ove si producono le alchimie decisionali dell'Unione europea»¹⁶.

2. Una breve riflessione sul metodo delle riforme. Prima di analizzare le cause di tale instabilità governativa e il disegno di legge attualmente in corso di esame in Parlamento, è d'uopo preliminarmente riflettere sul metodo di realizzazione delle riforme costituzionali¹⁷. È notorio come periodicamente, soprattutto negli ultimi cinquant'anni, essendo ormai sempre più evidente la discrasia tra Costituzione formale e Costituzione materiale, frazioni della classe politica, indipendentemente dalle proprie ideologie, propongano riforme costituzionali.

Ad oggi il Parlamento ha approvato numerose leggi di revisione e altre leggi costituzionali, quasi tutte «micro-riforme» ovvero riforme chirurgiche aventi ad oggetto poche disposizioni costituzionali, come nel caso del d.d.l. che sarà analizzato, seppur brevemente, nelle pagine successive.

Sin al 2001, tuttavia, queste leggi sono state approvate da un *quorum* superiore a quello fissato dall'art. 138 Cost. poiché i soggetti politici rispettavano un diritto di veto reciproco concependo la Costituzione come una «casa comune» del popolo italiano¹⁸. Dal 2001, invece, ovvero dall'approvazione a maggioranza assoluta della riforma del Titolo V, si parla di modifiche della Costituzione «a colpi di maggioranza», rientrando in questa categoria anche i tentativi di riforma del 2006 e del 2016, cui si accennerà *infra*.

Essendo stato pensato l'art. 138 Cost. per operare in un sistema pluralistico e proporzionale, il cambio di rotta è probabilmente influenzato dallo stampo maggioritario del sistema elettorale avutosi dopo il 1993¹⁹. La Costituzione, tuttavia, dovrebbe essere difesa dal ricorso al principio di maggioranza altrimenti si rischierebbe di suffragare l'opinione che le riforme costituzionali siano elementi imprescindibili dei programmi di governo: se la Carta fondamentale fosse esposta a continui adeguamenti, temporalmente coincidenti con i cambiamenti della maggioranza, si comprometterebbero «quei caratteri di durevolezza e tendenziale perpetuità dai quali trae alimento l'autorità etico-politica, ancor prima che giuridica, delle prescrizioni costituzionali»²⁰.

La rigidità, oltre ad attenere a un procedimento aggravato, si lega al grado di sensibilità dei soggetti politici ai valori costituzionali e alla loro capacità di attuarli ed è connessa dunque alla costituzione materiale di un ordinamento.

La costituzione in senso materiale²¹ rappresenta il sostrato culturale che legittima la classe politica, omogenea almeno limitatamente a quei valori che ne sono alla base. Per tale ragione la costituzione in senso materiale si configura come la principale garanzia

¹⁶ M. Olivetti, *Riformare la forma di governo italiana?*, cit., p. 4.

¹⁷ Sulle riforme più recenti si veda, *ex plurimis*, F. Vari, *Primi spunti sulle riforme a colpi di maggioranza e lo snuotamento della rigidità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2016; G. Armao, *Regionalismo differenziato, condizione di insularità e premierato elettivo, tra sinergia e ingorgo*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2, 2023 e A. Ruggeri, *Riforme costituzionali: quali e perché?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2023.

¹⁸ G. La Pira, *La casa comune: una Costituzione per l'uomo*, Firenze, 1979.

¹⁹ M. C. Specchia, E, *della Costituzione repubblicana, "Italiani! Voi cosa volete fare?"*. *Noterelle a margine di una revisione costituzionale che nasconde molto più di quanto non dica*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2023, LVI ss.

²⁰ G. Scaccia, *Revisione di maggioranza e "qualità" della Costituzione*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 1, 2002, 117-128.

²¹ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1998.

della rigidità costituzionale: essa individua contenuti che non sono suscettibili di modifica e sono sottratti alla disponibilità delle maggioranze che si susseguono²². Una Costituzione di parte è una «non Costituzione» poiché «sulle regole del gioco politico tutti i giocatori in campo devono potersi riconoscere»²³.

Proprio il passato ha mostrato come le riforme a colpi di maggioranza o manifestino serie problematiche²⁴ o non riescano (come nel 2006 e nel 2016²⁵). È fondamentale, dunque, che una riforma relativa alla forma di governo italiana sia condivisa anche dai partiti di opposizione²⁶.

3. I precedenti tentativi di riforma. Prima ancora di analizzare il d.d.l., è opportuno comprendere quali siano le cause che rendono necessaria una riforma della forma di governo²⁷. Sicuramente vi è un problema di stabilità: con una durata media di circa 13 mesi dal 1948, infatti, si sono succeduti 68 Esecutivi²⁸. Concentrandosi su un dato temporale più recente, invece, dal novembre 2011 ad oggi l'Italia ha avuto 8 Governi con una durata media di 17 mesi.

L'instabilità governativa, come noto, si lega inevitabilmente all'assetto politico ovvero all'omogeneità della coalizione: il rapporto Governo - partiti è «il tallone d'Achille del nostro sistema politico-istituzionale e la causa della prolungata debolezza dell'esecutivo»²⁹. Un secondo elemento da considerare, non a caso, è la crisi e la trasformazione dei partiti, le cui convenzioni rivestono un ruolo decisivo nei rapporti tra gli organi costituzionali, dapprima caratterizzati da una forte coesione ideologica, ma oggi molto lontani dall'essere considerati catalizzatori degli interessi sociali³⁰.

Lo stesso rapporto di fiducia tra Parlamento e Governo rappresenta la traduzione del patto di coalizione tra forze politiche e comporta l'egemonia di questi soggetti politici

²² Su questi aspetti R. Manfellotti, *Diritto pubblico*, Torino, 2023, 507 ss.

²³ A. Ruggeri, *La riforma Meloni e le sue stranezze, al bivio tra evoluzione istituzionale ed involuzione autoritaria*, in *ConsultaOnline*, 3, 2023, 1011.

²⁴ E. Cheli, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, Bologna, 2023, 8 ss.

²⁵ Fortemente critico nei confronti di chi si oppone alla riforma costituzionale Renzi - Boschi nel 2016, B. Caravita Di Toritto, *Riforme e Referendum: un metodo che unisce*, in *Federalismi.it*, 30 marzo 2016; Id., *Referendum, nuovo governo, scioglimento delle Camere*, in *Federalismi.it*, 14 dicembre, 2016; Id., *Le recenti vicende sociali e istituzionali del paese, le trasformazioni del Pd e il futuro della democrazia italiana*, in *Federalismi.it*, 11 gennaio 2017

²⁶ Cfr. M. C. Specchia, *E, della Costituzione repubblicana, "Italiani! Voi cosa volete fare?"*, cit., LIV – LV.

²⁷ Su questi aspetti A. Poggi, *Perché e a che condizioni l'elezione diretta del Presidente del Consiglio può essere utile alla razionalizzazione della forma di governo parlamentare*, cit., 2 ss.

²⁸ I quattro governi più duraturi sono stati, nell'ordine, il «Berlusconi II», (1412 giorni), il «Berlusconi IV» (1287 giorni), il «Craxi I» (1093 giorni) e il «Governo Renzi» (1024 giorni). Cfr. M. Ainis, *La forma di governo della Terza Repubblica*, in *Quad. cost.*, 1, 2019 e A. Spadaro, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., 80 ss.

²⁹ A. Barbera – C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2001, 287.

³⁰ Per L. Elia, *Governo (forme di)*, cit., 638, i partiti sono una «condizione di immediata rilevanza giuridica nella determinazione della forma di governo». In proposito si vedano M. Galizia, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, Milano, 1972, 180 ss.; P. Bilancia, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in *Federalismi.it*, speciale 1, 2017; Id., *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, 2018; Id., *Crisi nella democrazia rappresentativa, populismo e istanze di rafforzamento della democrazia diretta*, in D. Galliani, E. Santoro (a cura di), *Europa umana. Scritti in onore di Paulo Pinto de Albuquerque*, Pisa, 2020, 69-79; E. Grosso, *Partiti politici e regolazione della forma di governo*, in *Rivista AIC*, 2023; R. Manfellotti, *Egemonia dei partiti politici e forma di governo*, Napoli, 2019; A. Papa, *Partiti politici, informazione e disintermediazione dei processi di formazione del consenso nella problematica prospettiva della "democrazia della comunicazione"*, in S. Staiano, G. Ferraiuolo, A. Vuolo (a cura di), *Partiti politici e dinamiche della forma di Governo*, cit.; F. Scuto, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, 2017.

sia sull'organo rappresentativo che esecutivo. Autorevole dottrina³¹ già negli anni '70 evidenziava i due elementi costitutivi del patto di coalizione indicandone uno programmatico, inerente al programma del Governo, e uno strutturale, relativo alla ripartizione fra i partiti partecipanti al patto dei Ministeri.

I rapporti tra Governo e Parlamento, dunque, si configurano in maniera diversa in base al modo in cui si struttura il patto di coalizione: la consistenza del sistema dei partiti politici e le modalità attraverso cui si estrinsecano le relazioni tra gli stessi influenzano la stessa forma di governo. L'organo esecutivo, infatti, è la manifestazione del patto di coalizione, ragion per cui sarà più stabile in presenza di una coalizione solida, mentre sarà più debole in caso di una coalizione in cui i legami sono particolarmente fragili³². Essendo ciascun Ministro espressione di un determinato partito, il Governo è stato definito un organo a multipolarità diseguale poiché il rapporto di fiducia con il Parlamento si scompone in un insieme di rapporti fiduciari tra i partiti della coalizione e il Governo stesso³³. È importante anche sottolineare come il Governo sia legittimato politicamente dalla coalizione egemone e dunque sono i partiti politici ad accordare e revocare la fiducia: se ne deduce che il sistema partitico condiziona l'attività dell'esecutivo soprattutto in un contesto multipartitico³⁴. In un ordinamento caratterizzato da un così forte pluripartitismo e da instabili maggioranze, infatti, la crisi potrebbe aversi anche per il ritiro di uno solo dei partiti³⁵.

Ciò conduce a ragionare su un altro aspetto. Se è palese che da anni si assiste a una enfattizzazione del ruolo del *Premier*, è altrettanto vero che egli non può esercitare nessuna prerogativa sulla maggioranza che lo sostiene. Da questo angolo visuale la direzione generale del Governo, attribuita *ex art.* 95 Cost. al Presidente del Consiglio, è subordinata al carattere collegiale dell'Esecutivo.

L'instabilità governativa è suscettibile di pregiudicare anche la credibilità dell'Italia sullo scenario internazionale ed europeo poiché non vi è una continuità di rapporti. Un esempio appare esemplificativo: il *Next Generation Eu* è stato gestito da tre diversi Governi ovvero il «Conte 2» (che ha tratto per l'erogazione dei fondi), il «Draghi» (che si è occupato dell'attuazione normativa) e il «Meloni» (che sta concretamente utilizzando tali risorse)³⁶.

A questa instabilità del Governo va poi ad aggiungersi la crisi ultratrentennale del Parlamento, che non riveste più il ruolo di centro propulsore della funzione normativa

³¹ G. Ferrara, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973, 124 ss., che definisce l'accordo di governo una «figura negoziale di diritto costituzionale». Si vedano in merito anche P.A. Capotosti, *Presidente della Repubblica e formazione del Governo*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, nn. 49-50, 1980, 378; C. Lavagna, *Maggioranza al governo e maggioranze parlamentari*, in *Politica del diritto*, 1974, 685 ss. e A. D'Andrea, *Accordi di governo e regole di coalizione. Profili costituzionali*, Torino, 1991, 77 ss.

³² Si pensi al Governo Prodi II.

³³ L. Ventura, *Il Governo a multipolarità diseguale*, Milano, 1988, spec. 125 ss.

³⁴ Cfr. G. Sartori, *Teoria dei partiti e caso italiano*, Milano, 1982, spec. 63 ss.

³⁵ A. Lucarelli, *Premierato e riforme costituzionali: il mito della governabilità*, in *Rivista AIC*, 4, 2023, 306, in merito alla formazione del Governo «Draghi» afferma che «Il modello della 'governabilità tecnocratica', espressione del dualismo Presidente della Repubblica - Presidente del Consiglio, che si pone al di sopra della forma di governo parlamentare, svilendo il ruolo del Parlamento, trasformando i partiti politici in 'comparse della commedia dell'arte', determinando dunque un *vulnus* diretto alla sovranità popolare ed all'esercizio dei diritti politici, può rappresentare una delle cause del populismo, ma in senso più ampio, realizzare uno psicodramma collettivo di perdita di coscienza democratica».

³⁶ M. Belletti, *Il Valore della stabilità di governo e la ricerca della forma migliore. Semipresidenzialismo o Premierato?*, in *Federalismi.it, Paper* - 7 giugno 2023, 2.

scontandosi dall'obiettivo dell'Assemblea costituente di far riacquistare una posizione centrale all'organo elettivo. Non stupisce, pertanto, che in riferimento al rapporto con l'Esecutivo, divenuto ormai «signore delle fonti»³⁷, si parli di una relazione a responsabilità «invertita» poiché ad oggi «è il Parlamento ad essere responsabile nei confronti del Governo nel ratificare in modo rapido ed efficiente le sue decisioni»³⁸.

4. Perché una riforma inerente alla forma di governo? Sulla base delle considerazioni che precedono è facile comprendere che già in passato siano stati avanzati tentativi di riforma della forma di governo italiana.

In seguito all'entrata in vigore della Costituzione nel 1948, lo scenario politico era polarizzato tra DC e PCI. Già dagli anni 70-80 si registrarono difficoltà che mostrarono la necessità, soprattutto a partire dall'VIII legislatura, di «sbloccare» la democrazia mediante delle riforme, anche a livello elettorale. Per superare l'instabilità governativa, l'impostazione proporzionale del sistema elettorale³⁹ venne abbandonata con la legge n. 277/1993⁴⁰ che, tuttavia, opacizzando eccessivamente i partiti, venne sostituita dalla l. n. 270/2005⁴¹.

Come noto, su quest'ultima legge si espresse la Corte costituzionale con la sentenza n. 1/2014 che, non solo dichiarò parzialmente illegittima la legge, ma mise in discussione la stessa torsione maggioritaria: considerata la necessità di un «più chiaro e diretto collegamento fra il voto degli elettori e gli effetti dello stesso sulla composizione degli organi rappresentativi»⁴², per la Consulta «garantire la stabilità del governo del Paese [...] costituisce senz'altro un obiettivo costituzionalmente legittimo» ma ciò non può comportare «una illimitata compressione della rappresentatività dell'assemblea parlamentare».

Accanto a queste modifiche del sistema elettorale, vi sono stati anche tentativi di modifica del testo costituzionale al punto che l'intervento sulla forma di governo è entrato nell'agenda delle Commissioni parlamentari già nel 1983-1985 con la Commissione bicamerale per le riforme istituzionali «Bozzi» (1983-1985). Quest'ultima presentò l'ipotesi di una modifica degli artt. 92, 93, 94 e 96 prevedendo l'investitura fiduciaria del Presidente del Consiglio ad opera del Parlamento prima della nomina dei Ministri da parte del Presidente della Repubblica.

Successivamente la Commissione De Mita - Iotti (1993-1994) suggerì l'elezione, sulla base di candidature sottoscritte da almeno un terzo dei componenti l'Assemblea, da

³⁷ M. Cartabia, *Il Governo "signore delle fonti"?*, in *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, a cura di M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella, Torino, 2011, IX. In proposito si vedano anche F. Biondi, S. Leone, *Il Governo "in" Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali*, in *Rivista AIC*, 1, 2012 e M. G. Rodomonte, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?*, cit.

³⁸ A. Algostino, *Premierato... purché capo sia: il fascino della verticalizzazione del potere e i rischi del suo innesto in una democrazia spolitizzata*, cit., 122. Si rinvia altresì a I. Ciolli, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 2022, 129 ss., nonché a A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020, *passim*, che parla di «fuga dalla rappresentanza».

³⁹ R. Manfellotti, *Sistema elettorale, forma di Stato, forma di Governo: appunti per una ricostruzione*, in G. De Minico, G. Ferraiuolo (a cura di), *Legge elettorale e dinamiche della forma di Governo*, Firenze, 2019, 117-132.

⁴⁰ L. n. 277/1993, *Nuove norme per l'elezione della Camera dei deputati* (c.d. «Legge Mattarella»).

⁴¹ L. n. 270/2005, *Modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica* (c.d. «Legge Calderoli» o «Porcellum»).

⁴² L. Violini, *Crisi della democrazia e elezione diretta del premier: un passo verso il superamento della disaffezione al voto?*, in *Federalismi.it, Paper* – 7 giugno 2023, 3.

parte del Parlamento in seduta comune con maggioranza assoluta del Presidente del Consiglio e l'attribuzione a quest'ultimo del potere di nomina e di revoca dei Ministri.

La Commissione bicamerale guidata da D'Alema (1997-1998), più vicina a un semipresidenzialismo «temperato», ipotizzò la nomina del Primo ministro da parte del Presidente della Repubblica «tenendo conto dei risultati delle elezioni della Camera», il potere di proporre al Presidente della Repubblica la nomina e la revoca dei singoli Ministri e la fiducia presunta tra Governo e Parlamento.

Durante la XIV legislatura la maggioranza governativa di centrodestra approvò a maggioranza assoluta un disegno di legge di revisione costituzionale in cui veniva prevista la candidatura alla carica di Primo ministro mediante collegamento con i candidati all'elezione della Camera dei deputati, l'illustrazione del programma del Governo alle Camere entro dieci giorni dalla nomina e il potere di nomina e di revoca dei Ministri in capo al Presidente del Consiglio⁴³.

Nella c.d. «Bozza Violante» della XVI legislatura, invece, veniva attribuita la proposta di nomina e revoca dei Ministri al Primo ministro, il quale entro dieci giorni dalla formazione del Governo avrebbe dovuto esporre alle Camere il programma del Governo, titolare di un rapporto di fiducia con la Camera dei deputati.

Anche nel 2013 il Governo Letta predispose un disegno di legge costituzionale, con cui si prevedeva, ad esempio, l'attribuzione dell'esame in sede referente dei progetti di revisione costituzionale, nonché di quelli ordinari in materia elettorale a un organo bicamerale, ossia il Comitato (composto da quarantadue parlamentari). Quest'ultimo, una volta completato l'esame della proposta di legge, avrebbe trasmesso ai Presidenti delle Camere i progetti di legge costituzionale, accompagnati da relazioni illustrative e eventuali relazioni di minoranza. L'organizzazione dei lavori parlamentari relativi ai progetti di legge di costituzionale avrebbe dovuto consentire la conclusione entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della legge costituzionale. Veniva inoltre inserita una deroga all'art. 138 Cost. riducendo l'intervallo tra le due successive deliberazioni sul progetto o i progetti di riforma costituzionale a quarantacinque giorni e prevedendo la possibilità di richiedere il referendum popolare anche in caso di

⁴³ Fortemente critico rispetto a questa riforma G. Ferrara, *Verso la monocrazia. Ovvero del rovesciamento della Costituzione e della negazione del costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2004, che parla di «poteri abnormi che in nessun ordinamento democratico sono disponibili per il titolare di un solo organo. È per perpetuare l'aggregazione che si comprime il ruolo del Parlamento, tramutandolo in organo esecutivo del Primo ministro, degli ordini che il Primo ministro vuole che siano assunti in forma legislativa. Lo si comprime trasformando l'elezione di un ramo del Parlamento, quello cui è affidato il compito di porre in essere gli atti di indirizzo politico, in elezione del Primo Ministro e dei suoi seguaci nella Camera del Parlamento destinata appunto a legiferare concretizzando l'indirizzo politico in atti, senza alcuna autonomia, ma obbedendo agli ordini del Primo ministro, e negando normativamente ogni possibilità di influenza dell'opposizione sulla produzione legislativa. [...] Ma lo svuotamento della rappresentanza comporta la sterilizzazione del diritto politico per eccellenza, il diritto di voto, oltre a quello ad essere rappresentato. Comporta anche altre ricadute egualmente catastrofiche. [...] Col premierato, quindi, questa devastante manipolazione della forma di governo parlamentare in altra cosa non ha nulla a che fare. Non ha nulla a che fare con la democrazia. Credo che la si debba denominare per quello che è: una monocrazia. Quanto di più lontano possa esserci dalla teoria e dalla storia del costituzionalismo, quanto di più contrario alle conquiste di civiltà evocate da questa parola». Analogamente L. Elia, *Un premierato assoluto che mortifica le Camere*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 ottobre 2004, e in Id., *La Costituzione aggredita. Forma di governo e devolution al tempo della destra*, Bologna, 2005, 134-135. Secondo l'Autore si tratta di «una eresia antidemocratica così enorme non avrebbe mai dovuto essere pensata... vederla scritta nella Costituzione basta a squalificarci di fronte a tutte le autentiche democrazie». Si rinvia altresì a B. Caravita Di Toritto, *La riforma costituzionale: discutiamone con calma*, in *Federalismi.it*, 1° dicembre 2005.

approvazione della legge o leggi costituzionali con la maggioranza dei due terzi. Ad agosto 2023 Matteo Renzi altresì ha presentato un disegno di legge inerente al c.d. «Sindaco d'Italia», in virtù del quale il Presidente del Consiglio dei ministri è eletto a suffragio universale e diretto, contestualmente alle elezioni delle Camere, detiene il potere di nomina e revoca dei Ministri e sussiste un rapporto di fiducia presunta tra Parlamento e Governo poiché quest'ultimo entro dieci giorni dal giuramento si presenta alle Camere per illustrare le linee programmatiche.

5. Il d.d.l. A. S. 935/2023. In questa cornice si inserisce il d.d.l. A. S. 935/2023, che modifica quattro disposizioni ovvero gli artt. 59, 88, 92, 94 Cost. al fine di realizzare gli obiettivi riportati nel comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 57 del 3 novembre 2023 ovvero «di rafforzare la stabilità dei Governi, consentendo l'attuazione di indirizzi politici di medio-lungo periodo; consolidare il principio democratico, valorizzando il ruolo del corpo elettorale nella determinazione dell'indirizzo politico della Nazione; favorire la coesione degli schieramenti elettorali; evitare il transfughismo e il trasformismo parlamentare».

L'art. 3 del d.d.l. modifica l'art. 92 Cost., prevedendo nel secondo comma che il Presidente del Consiglio sia eletto a suffragio universale e diretto e che tali votazioni e quelle delle Camere avvengano contestualmente⁴⁴. Nello stesso comma, altresì, si legge che la legge disciplinerà il sistema elettorale delle Camere secondo i principi di rappresentatività e governabilità e in modo che un premio, assegnato su base nazionale, garantisca il 55 % dei seggi nelle Camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio dei Ministri.

A catturare l'attenzione in particolare è la maggioranza parlamentare conferita mediante l'attribuzione del 55% dei seggi. Tale disposizione introduce non solo l'elezione diretta contestualmente a quella delle Camere⁴⁵, ma anche una c.d. riserva di legge assoluta rinforzata poiché il legislatore ordinario sarà tenuto ad adottare una legge elettorale a stampo maggioritario⁴⁶. Stupisce inoltre che il d.d.l. non abbia previsto una soglia al fine di poter accedere al premio di maggioranza. Con la già citata sentenza 1/2014, infatti la Corte costituzionale, oltre a considerare il premio di maggioranza «foriero di una eccessiva sovra-rappresentazione della lista di maggioranza relativa», ha anche chiarito come l'assenza di «una ragionevole soglia di voti minima per competere all'assegnazione del premio» determini «un'alterazione del circuito democratico definito dalla Costituzione».

Sulla base di questi assunti questa disposizione desta non poche perplessità: la stessa Consulta nella sentenza n. 1146/1988 ha sancito che anche le leggi costituzionali e di revisione costituzionale potrebbero essere sottoposte al sindacato di legittimità costituzionale per vizi sostanziali qualora siano lesive dei principi supremi

⁴⁴ Nella prima bozza si legge invece che «le votazioni per l'elezione del Presidente del Consiglio e delle Camere avvengono tramite un'unica scheda elettorale».

⁴⁵ Secondo M. Calamo Specchia, *E, della Costituzione repubblicana, "Italiani! Voi cosa volete fare?"*, cit., L, il Presidente del Consiglio diviene un «*primus inter partes*».

⁴⁶ Si vedano in merito le considerazioni di A. Lucarelli, *Editoriale, La tirannia della maggioranza parlamentare: forma di governo e irrazionalità diffuse nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 2, 2023, II e di M. Ruotolo, *Tra premierato e possibile jackpot system. L'idea di democrazia sottesa alla proposta di riforma costituzionale*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2023, XXII.

dell'ordinamento⁴⁷.

In merito al premio di maggioranza il d.d.l. ne stabilisce l'assegnazione su base nazionale, ma l'art. 57 Cost., che prevede l'elezione del Senato su base regionale, non è stato oggetto di revisione. Ne consegue un potenziale conflitto interno tra disposizioni costituzionali: o si modifica anche l'art. 57 Cost., oppure si stabilisce l'assegnazione del premio su base regionale per il Senato, formalizzando il pericolo di creare maggioranze diverse tra le due Camere.

È bene inoltre operare un'ultima riflessione su questo comma. Nonostante la candidatura del Presidente del Consiglio sia collegata a una o più liste delle due Camere, ciò non esclude la possibilità che Parlamento e Governo rappresentino maggioranze differenti, determinando il rischio di una paralisi istituzionale, incrementato proprio dalla formula maggioritaria introdotta nel disegno di legge *de quo*⁴⁸. Lo stampo maggioritario, come si vedrà *infra*, non assicura la fiducia della maggioranza parlamentare al Presidente eletto, anzi tale elezione è «l'effetto – rimuovibile – conseguente alla creazione di una maggioranza parlamentare»⁴⁹.

Il terzo comma dell'art. 3 invece sancisce il conferimento dell'incarico da parte del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio eletto di formare il Governo. In presenza di una legittimazione democratica, tuttavia, non sembra occorrere altro anche perché al Capo dello Stato spetterebbe un atto solamente formale, dal momento che, non potendo più ricorrere alle consultazioni, sarebbe vincolato agli esiti della votazione. Il suddetto vincolo sembra non sussistere più nella seconda parte della disposizione *de qua* in cui viene confermata la nomina presidenziale, su proposta del Presidente del Consiglio, dei Ministri: il potere del Capo dello Stato sarebbe quindi sostanziale includendo anche la possibilità di rifiutare una nomina come nel caso Savona⁵⁰. Se così fosse però si genererebbero tensioni con maggioranza parlamentare e corpo elettorale, ragion per cui non si comprende la *ratio* di questa scelta. L'unico motivo di questa previsione potrebbe essere quello di far sembrare la riforma in questione ispirata «a un criterio 'minimale' di modifica della Costituzione vigente, in modo da [...] preservare al massimo grado le prerogative del Presidente della Repubblica»⁵¹, ma in realtà il Capo dello Stato sarebbe titolare esclusivamente di una prerogativa formale⁵².

⁴⁷ Ex plurimis, S. Bartole, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, in *Giur. cost.*, 10, 1988, parte I, sez. I, 5570; M. Dogliani, *La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la 'sdrammatizzazione' del diritto costituzionale*, in *Le Regioni*, 3, 1990, 774.

⁴⁸ M. C. Specchia, *E, della Costituzione repubblicana, "Italiani! Voi cosa volete fare?"*, cit., II.

⁴⁹ F. Politi, *Uno pseudo-premierato che nasconde la costituzionalizzazione di un sistema elettorale iper-maggioritario*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2023, LXXXVI, il quale spiega che «la riforma introduce infatti un neoparlamentarismo irrigidito su una artefatta maggioranza parlamentare che diventa rappresentante di un ipostatizzato popolo, quale soggetto – anziché inevitabilmente plurale –asseritamente unitario ed omogeneo».

⁵⁰ A. D'Aloia, *Nomina dei Ministri, Interessi costituzionali fondamentali, poteri del Presidente della Repubblica. Appunti a margine del caso "Savona"*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2018.

⁵¹ Comunicato del Consiglio dei Ministri n. 57 del 3 novembre 2023 consultabile al link: <https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-57/24163>. A. Ruggeri, *Riforme costituzionali: quali e perché*, cit., 109, spiega che il criterio quantitativo «non può pertanto porsi a solido punto di riferimento al fine del giusto riconoscimento della natura delle novità costituzionali».

⁵² Su questi aspetti cfr. A. Lucarelli, *Editoriale, La tirannia della maggioranza parlamentare: forma di governo e irrazionalità diffuse nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri*, cit., II-IV. Dello stesso parere anche D. Mone, *Il ddl costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio e la razionalizzazione del rapporto di fiducia: una riforma incoerente*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 2, 2023,

Appare un'incongruenza anche che il potere di nomina e di revoca dei Ministri non spetti al Presidente del Consiglio eletto. Da un lato, infatti, si propone l'immagine di un Governo come un organo «altro» rispetto al primo e, dall'altro, si crea una discrasia tra la legittimazione democratica del Premier e i poteri a esso attribuiti⁵³.

Il d.d.l. in questione modifica altresì l'art. 94 Cost.: entro dieci giorni dalla formazione il Governo si deve presentare alle Camere per ottenere la fiducia, ma se la mozione di fiducia non viene approvata, il Presidente della Repubblica rinnova l'incarico al Presidente eletto di formare il Governo. In caso di un secondo esito negativo, il Presidente della Repubblica procede allo scioglimento delle Camere.

La farraginosità della procedura tra investitura diretta del Premier, conferimento dell'incarico e fiducia della Camere, è evidente⁵⁴. L'ipotesi sottesa all'art. 4 sembra, inoltre, poco probabile. Se in Parlamento il 55% dei seggi è a sostegno del Presidente del Consiglio eletto, difficilmente non sarà approvata la mozione di fiducia⁵⁵.

Qualora non si ottenesse la fiducia, tuttavia, si verificherebbe una situazione che teoricamente il disegno di legge si propone di evitare. Se il Parlamento non approvasse la mozione di fiducia, non si rispetterebbe la scelta del corpo elettorale con la conseguente prevalenza della volontà della maggioranza parlamentare addirittura prima che il Governo entri nell'esercizio pieno delle proprie funzioni. In un sistema con la legittimazione democratica del Presidente del Consiglio la fiducia votata mediante mozione, così come delineata, rischia quindi di essere incoerente rispetto all'obiettivo da perseguire⁵⁶. L'ipotesi del doppio voto di fiducia per di più potrebbe incrementare le divisioni interne alla maggioranza poiché i parlamentari, non paghi della composizione governativa, sarebbero in grado di esprimere il proprio dissenso mediante il primo voto negativo avendo una seconda opportunità per approvare la fiducia evitando lo scioglimento delle Camere. Anche in questo caso, dunque, il Presidente della Repubblica risulta titolare di un potere di scioglimento delle Camere di tipo solo formale.

La successiva disposizione del d.d.l. sancisce, invece, in caso di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio eletto, il conferimento dell'incarico da parte del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dimissionario o a un altro parlamentare candidato in collegamento al Presidente eletto per attuare le dichiarazioni relative all'indirizzo politico e agli impegni programmatici su cui il Governo ha ottenuto la fiducia. Se neanche il Governo così composto ottiene la fiducia e negli altri casi di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio subentrante, il Presidente della Repubblica procede allo scioglimento delle Camere.

VIII; M. Della Morte, *Uno vale tutti. Considerazioni critiche (a prima lettura) sul d.d.l. premierato*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 2, 2023, XXXII; F. Furlan, *Il premierato elettivo è la strada giusta? La lezione di vent'anni di elezione diretta dei Presidenti di regione*, in *ConsultaOnline*, 3, 2023, 1033 – 1034.

⁵³ D. Mone, *Il ddl costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio e la razionalizzazione del rapporto di fiducia: una riforma incoerente*, cit., VII – VIII. A. Ruggeri, *La riforma Meloni e le sue stranezze, al bivio tra evoluzione istituzionale ed involuzione autoritaria*, cit., 1013 e ss. definisce il Premier «un cavaliere senza cavallo».

⁵⁴ A. Ruggeri, *La riforma Meloni e le sue stranezze, al bivio tra evoluzione istituzionale ed involuzione autoritaria*, cit., 1014 e ss.

⁵⁵ M. Della Morte, *Uno vale tutti*, cit., XXXII.

⁵⁶ Sulla impossibilità di configurare un rapporto fiduciario in presenza dell'elezione diretta del vertice dell'Esecutivo si è anche espressa, seppur in ambito regionale, la Consulta con la sentenza n. 2 del 2004. In senso contrario si è espresso S. Ceccanti, *La forma neoparlamentare di governo alla prova della dottrina e della prassi*, in *Quad. cost.*, 1, 2002, 107 ss. a detta del quale andrebbe presa «sul serio l'esistenza del rapporto fiduciario» poiché «il fatto che il ricorso a scioglimenti anticipati sia raro non significa per nulla che quell'elemento non sia rilevante, in quanto esso funziona da deterrente contro le crisi».

Questa disposizione dovrebbe impedire i c.d. ribaltoni⁵⁷, tuttavia, non solo quest'ultimi non sono evitati, ma si rischia di far prevalere nuovamente la volontà della maggioranza parlamentare perché il Presidente subentrante, pur dovendo attuare il programma del Governo del Presidente eletto che ha ottenuto la fiducia⁵⁸ e dovendo essere un parlamentare candidato in collegamento con quest'ultimo, sarà comunque un soggetto altro intorno a cui «potrebbero confluire pezzi di partiti non facenti parte della coalizione di maggioranza originaria» in virtù del divieto di mandato imperativo *ex art. 67 Cost*⁵⁹. Così formulata, quindi, la disposizione *de qua* potrebbe favorire il transfughismo e il trasformismo. Il ribaltone non è evitato anche perché anche il Presidente del Consiglio o il Governo possono cambiare l'indirizzo politico per fronteggiare eventi imprevedibili (ad esempio emergenze sanitarie).

Inoltre, così come già visto *supra*, anche in questo caso il potere del Presidente della Repubblica di nomina del Presidente del Consiglio e dei Ministri è evidentemente ridotto, non potendo nominare né i parlamentari di opposizione né i c.d. tecnici.

Nonostante gli obiettivi che il d.d.l. si propone di realizzare, sono pertanto i partiti a decidere della permanenza in carica del Presidente del Consiglio al punto che quest'ultimo «da *dominus* diventerebbe così ostaggio della sua stessa maggioranza»⁶⁰. Lo stesso Presidente subentrante sarebbe più obbligato rispetto a quello eletto poiché, se dovesse essere sfiduciato, si avrebbe conseguentemente lo scioglimento delle Camere e ciò sarebbe «un significativo cedimento alla logica coalizionale»⁶¹.

Per questi motivi tale disposizione desta perplessità e preoccupazioni: si rischia infatti di realizzare un modello in cui vi è un predominio della maggioranza parlamentare e, se quest'ultima opera senza il rispetto dei *check and balances*, è facile sfociare nella tirannia della maggioranza parlamentare⁶².

A parere di chi scrive, dunque, il d.d.l. Meloni non riesce a perseguire i propri obiettivi: ad essere rafforzato non è il Governo, ma la maggioranza parlamentare che, come si è visto, potrebbe operare senza un bilanciamento esercitato né dall'opposizione né dagli organi di garanzia, le cui funzioni vengono ridimensionate (seppur non espressamente)⁶³. Anzi, è bene sottolineare come la maggioranza parlamentare potrebbe

⁵⁷ G. Sartori, *Una occasione mancata? Intervista sulla riforma costituzionale*, a cura di L. Morlino, Roma-Bari, 1998, 114, scrive che «nella teoria e nella prassi dei sistemi parlamentari non esiste né il problema né il divieto del ribaltare. Vale a dire, nel parlamentarismo è sempre consentito scomporre, ricomporre e anche ribaltare una maggioranza di governo».

⁵⁸ Si vedano in merito M. Della Morte, *Uno vale tutti*, cit., XXXIV; F. Furlan, *Il premierato elettivo è la strada giusta?*, cit., 1035 e F. Pastore, *Stravolgimento della forma di governo parlamentare italiana nel ddl costituzionale, a.s. n. 935 della XIX Legislatura: la proposta di concentrazione del potere nelle mani del capo presentata sotto le mentite spoglie di un "premierato"*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2023, XI.

⁵⁹ D. Mone, *Il ddl costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio e la razionalizzazione del rapporto di fiducia: una riforma incoerente*, cit., X – XI; F. Furlan, *Il premierato elettivo è la strada giusta?*, cit., 1034. Secondo F. Lanchester, *Il disegno di legge A.S. n. 935 2023*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2023, LXXX, il d.d.l. istituisce un obbligo di mandato imperativo.

⁶⁰ M. Calamo Specchia, *E, della Costituzione repubblicana, "Italiani! Voi cosa volete fare?"*, cit., LIII.

⁶¹ F. Lanchester, *Il disegno di legge A.S. n. 935 2023*, cit., LXXXI.

⁶² A. Lucarelli, *Editoriale, La tirannia della maggioranza parlamentare: forma di governo e irrazionalità diffuse nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri*, cit., V e F. Pastore, *Stravolgimento della forma di governo parlamentare italiana nel ddl costituzionale, A.S. n. 935 della XIX Legislatura: la proposta di concentrazione del potere nelle mani del capo presentata sotto le mentite spoglie di un "premierato"*, cit., XLI – XLII.

⁶³ *Contra* L. Longhi, *La riforma Meloni tra luci, ombre e margini di miglioramento*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2023, XIII.

avvalersi di numerose prerogative, tra cui sfiduciare il Presidente del Consiglio eletto, scegliere il Presidente subentrante, negare la fiducia a nuovo Premier determinando lo scioglimento delle Camere; eleggere il Presidente della Repubblica a partire dal quarto scrutinio ecc.⁶⁴.

È opportuno però ribadire che tale d.d.l. è ancora in fase di discussione in Commissione Affari costituzionali al Senato e, infatti, sono stati presentati alcuni emendamenti dal Governo. Vi sono numerose modifiche. Ad esempio, se il Presidente viene sfiduciato, il Presidente della Repubblica scioglie le Camere; se invece presenta dimissioni volontarie, previa informativa parlamentare, può proporre entro sette giorni lo scioglimento delle Camere al Presidente della Repubblica, che lo dispone. Se tale facoltà non viene esercitata e in casi di morte, impedimento permanente, decadenza, il Presidente della Repubblica può conferire per una sola volta nel corso della legislatura l'incarico di formare il governo al Presidente dimissionario o a un altro parlamentare eletto in collegamento con il Presidente del Consiglio. Nella nuova bozza viene altresì ammessa la facoltà per il Capo dello Stato di sciogliere le Camere anche nel semestre bianco se lo scioglimento costituisce un atto dovuto.

In particolare, il 2 aprile la Commissione Affari costituzionali al Senato ha approvato l'emendamento del Governo all'articolo 3 del d.d.l. di modifica all'art. 92 Cost., inerente all'elezione diretta del Presidente del Consiglio: non vi è più il riferimento alla soglia che assicurava il 55% dei seggi in ciascuna Camera, ma si menziona l'attribuzione di un premio su base nazionale che garantisca una maggioranza dei seggi in entrambi i rami del Parlamento, nel rispetto del principio di rappresentatività. Per quanto concerne la formazione del Governo, il Presidente del Consiglio, che non può essere eletto per più di due legislature consecutive (a meno che una non si sia conclusa anticipatamente) propone al Presidente della Repubblica nomina e revoca dei Ministri.

6. Osservazioni conclusive. Al netto delle considerazioni sul contenuto del d.d.l. 935/2023, bisogna osservare come, se anche si realizzasse l'obiettivo del rafforzamento dell'Esecutivo, l'intervento riformatore risulterebbe essere, nel complesso, solo parziale. L'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri incrementerebbe maggiormente la debolezza del Parlamento, raffigurando un modello di società basato «sul principio d'identità, di decisione, di semplificazione e non più su quello della rappresentanza, del confronto, dei processi decisionali, anche espressione, come si è visto, di complessità»⁶⁵. Appare infatti difficile raggiungere un reale cambiamento senza una contemporanea riflessione su come rinforzare il ruolo del Parlamento, collocandolo in posizione di centralità e rilevanza istituzionale⁶⁶, al fine di renderlo nuovamente un luogo di rappresentanza e mediazione politica e un soggetto attivo nel rapporto con il Governo. L'instabilità governativa, dunque, non può essere risolta concependo «la

⁶⁴ A. Lucarelli, *Editoriale, La tirannia a maggioranza parlamentare: forma di governo e irrazionalità diffuse nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri*, cit., V; M. Ruotolo, *Tra premierato e possibile jackpot system*, cit., XXIV; C. De Fiores, *La retorica del capo alla prova della blindatura del sistema elettorale*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2023, XXVIII; A. Ruggeri, *La riforma Meloni e le sue stranezze, al bivio tra evoluzione istituzionale ed involuzione autoritaria*, cit., 1012.

⁶⁵ A. Lucarelli, *Premierato e riforme costituzionali: il mito della governabilità*, cit., 310.

⁶⁶ A. Lucarelli, *Potere regolamentare*, Padova, 1995, *passim*; B. Caravita Di Toritto, *Le recenti proposte per la modifica della forma di governo parlamentare e il rafforzamento dell'Esecutivo*, in B. Caravita Di Toritto, A. Chiappetti, C. Chiola, *Lecture di diritto pubblico*, Torino, 1998 e A. Ruggeri, *Le crisi di governo tra "regole" costituzionali e "regolarità" della politica*, in *Pol. dir.*, 1, 2000.

determinazione dell'indirizzo politico quale decisione normativa» perché il luogo deputato alla rappresentanza democratica è il Parlamento. È importante per questo che i Presidenti di assemblea acquisiscano nuovamente centralità rispetto alla funzione di indirizzo politico, ragion per cui è necessario altresì valorizzare i regolamenti parlamentari, che ne sono espressione⁶⁷, per rafforzare le coalizioni e contrastare trasformismo e transfughismo⁶⁸.

Si pensi all'esercizio della funzione legislativa: da questo angolo visuale è difficile pensare a un Governo dotato di ancora più ampi poteri al punto che in dottrina si parla di un «nano politico e gigante normativo»⁶⁹. Le fonti di origine parlamentare ormai sono pochissime. Il comune denominatore dei Governi che si succedono è rappresentato da «una sempre più netta separazione tra un Parlamento che approva poche leggi ordinarie e che delega al Governo l'attuazione del diritto europeo e la gestione delle altre politiche – soprattutto economiche – attraverso decreti-legge»⁷⁰, producendo quella che è stata definita una «frantumazione» legislativa⁷¹.

C'è un ulteriore fattore da considerare ovvero la tendenza al monocameralismo⁷² anche in ambito economico-finanziario⁷³. Il *report* pubblicato dal Servizio studi della Camera dei deputati inerenti alla XIX Legislatura, oltre a confermare la rilevanza del Governo nell'esercizio della funzione legislativa, specifica che «durante l'iter parlamentare dei provvedimenti approvati definitivamente sono stati approvati complessivamente 1.551 emendamenti, 1.462 in prima lettura e 89 in seconda lettura». È evidente come a lavorare sia la prima Camera, mentre la seconda si limita a ratificare solamente quanto discusso ed emendato precedentemente⁷⁴.

È questa un'ulteriore ragione per rafforzare anche il Parlamento, motivo per cui si condivide la tesi di quella parte di dottrina secondo cui concentrarsi su uno solo degli

⁶⁷ A. Lucarelli, *Premierato e riforme costituzionali: il mito della governabilità*, cit., 308 e ss. L'Autore prosegue spiegando che «il processo di costruzione di una rappresentanza democratica rivitalizzata non può essere monopolio degli istituti classici della democrazia partecipativa, quali i partiti politici, è necessario curare e sviluppare il più possibile la visibilità dei dissensi, dei conflitti, dei movimenti e dei comitati non strutturati, di tutte quelle espressioni che non si pongono contro la rappresentanza ma che spingono per un'altra rappresentanza».

⁶⁸ A. Lamberti, *Le "ombre" del premierato*, in *Politica insieme*, 31 marzo 2024, scrive che «le modifiche operate in tempi recenti si sono rivelate insufficienti, sicché si impongono interventi più decisi e mirati: dalla definizione di condizioni uniformi per la costituzione dei gruppi parlamentari alla Camera e al Senato – prevedendo, ad esempio, un unico requisito rigido, di tipo "politico" prima ancora che numerico –, alla riduzione delle ipotesi di costituzione di gruppi in corso di legislatura, dall'eliminazione delle componenti politiche all'interno del Gruppo Misto all'iscrizione obbligatoria nel Gruppo Misto di deputati o senatori che abbandonino il gruppo di origine».

⁶⁹ A. Simoncini, *Sul rafforzamento dell'Esecutivo*, in *Federalismi.it, Paper* – 7 giugno 2023, 4.

⁷⁰ E. Longo, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017, 171.

⁷¹ W. Tocci, *Dal troppo al niente della mediazione politica*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2017, 36.

⁷² M. G. Rodomonte, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?*, cit., 8 ss.; A. Poggi, F. Fabbrizzi, *Riforma costituzionale, serve il Parlamento per fare un salto di qualità*, in *Federalismi.it*, 27, 2023; A. Ruggeri, *Riforme costituzionali: quali e perché?*, cit., 137 e ss. G. Tarli Barbieri, *L'irrisolta problematicità del bicameralismo italiano tra intenti riformistici e lacune normative*, in *Federalismi.it*, spec. 3, 2019, parla di un bicameralismo alternato.

⁷³ L. Gianniti, *Le "deformazioni" della sessione di bilancio. L'esperienza della XVIII legislatura: quali prospettive per la XIX?*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2023.

⁷⁴ A seconda delle strategie politiche ogni Governo ha individuato una delle due Camere come *riferimento*, prima di rivolgersi all'altra. Secondo G. Cavaglion, *Minoranze e opposizioni in un Parlamento marginalizzato*, in *Dir. cost.*, 4, 2022, 95 e ss. tale situazione mortifica il ruolo sia dell'opposizione sia dei parlamentari della maggioranza.

attori «rischia di produrre [...] un effetto moltiplicatore parossistico delle funzioni decisionali a scapito delle funzioni di rappresentanza e controllo, senza le quali non vi è regime democratico»⁷⁵.

Diviene assolutamente fondamentale anche rivitalizzare i partiti politici che devono nuovamente rappresentare le diverse posizioni presenti nella società e riacquisire capacità di progettazione politica. Imprescindibili, dunque, non sono solo innovazioni alle regole istituzionali, bensì alle stesse convenzioni alla base dei partiti stessi nonché agli stessi canoni che ne presiedono le dinamiche⁷⁶ e che rappresentano un elemento fortemente condizionante la forma di governo e la stabilità governativa. Se ne deduce che lo scopo da realizzare è il «rafforzamento complessivo del sistema politico-parlamentare attraverso la rilegittimazione dei corpi intermedi rappresentativi»⁷⁷. Un modo per intervenire adeguatamente potrebbe essere, ad esempio, introdurre una legge sui partiti per attuare l'art. 49 Cost., stabilendone le modalità di finanziamento e garantendo il metodo democratico nelle compagini interne. In questo modo i partiti, che attualmente non godono di un livello di istituzionalizzazione opportuno per funzionare correttamente, potrebbero nuovamente assicurare la partecipazione dei cittadini alla politica nazionale⁷⁸.

Al fine di assicurare la stabilità del Governo è opportuno quindi ricostruire un ordinamento caratterizzato da un rapporto sano tra Governo e Parlamento e da partiti politici rinvigoriti nelle proprie funzioni⁷⁹.

È utile anche riflettere sulle conseguenze che deriverebbero da questa riforma. Il ruolo del Presidente della Repubblica verrebbe, come già accennato, ridimensionato, non potendo più esercitare due tra le prerogative di controllo più incisive quali nomina del Governo e scioglimento delle Camere⁸⁰. La riduzione delle funzioni presidenziali, tuttavia, non deriverebbe da un miglioramento del sistema politico, bensì esclusivamente dalla diminuzione delle prerogative del Capo dello Stato⁸¹. Ciò induce a pensare anche perché i poteri di intermediazione del Presidente della Repubblica, «reggitore dello stato

⁷⁵ A. Simoncini, *Sul rafforzamento dell'Esecutivo*, cit., 4. A. Lucarelli, *Premierato e riforme costituzionali: il mito della governabilità*, cit., 311, «Si potrebbe ripensare la stessa struttura dell'attuale parlamento, per renderlo in grado di rappresentare realmente la divisione pluralista della società e proporsi come espressione unitaria della sovranità popolare. Per far questo bisognerebbe, da un lato, adottare un sistema elettorale di stampo proporzionale, ma con uno sbarramento almeno al 5% e, dall'altro, 'toccando' la Costituzione, ragionare sull'ipotesi di un bicameralismo differenziato, riservando alla Camera dei deputati la competenza legislativa e al senato, espressione delle autonomie territoriali, funzioni di garanzia e controllo. Questa ipotesi, da una parte potrebbe rendere il sistema più funzionale, dall'altra garantirebbe un più incisivo ruolo politico delle autonomie territoriali, rappresentando in ambito nazionale le istanze regionali, in maniera più rilevante di quanto avviene nelle conferenze stato-regioni. In alternativa, altra ipotesi di riforma costituzionale potrebbe essere quella di prevedere un'unica assemblea elettiva, abbandonando il bicameralismo paritario».

⁷⁶ A. Ruggeri, *Riforme costituzionali: quali e perché?*, cit., 128 – 129.

⁷⁷ E. Grosso, *Il metadone della Repubblica. Elezione diretta e verticalizzazione del potere: la grande ossessione semplificatrice*, in *Federalismi.it*, Paper - 7 giugno 2023, 8.

⁷⁸ G. Azzariti, *Appunto per l'audizione innanzi alla I Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica del 5 dicembre 2023 sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri (d.d.l. nn.935 e 830)*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2023, XCVI.

⁷⁹ F. Lanchester, *Il disegno di legge A.S. n. 935 2023*, cit., LXXXII.

⁸⁰ A. Lucarelli, *Premierato e riforme costituzionali: il mito della governabilità*, cit., 310 si riferisce a «un Presidente depotenziato, eletto da un parlamento indebolito, un capo legittimato direttamente dal popolo. Un modo per ridurre a simulacro il Quirinale, trasferendo sul capo del governo i sostanziali poteri di decisione».

⁸¹ *Contra* L. Longhi, *La riforma Meloni tra luci, ombre e margini di miglioramento*, cit., XIII – XIV.

di crisi»⁸², hanno sempre rappresentato l'elemento di stabilizzazione del sistema.

L'elezione diretta del Presidente del Consiglio sarebbe inoltre suscettibile di creare un anomalo dualismo istituzionale: da un lato quest'ultimo sarebbe eletto mediante una legittimazione democratica di primo grado, dall'altro il Capo dello Stato godrebbe di una legittimazione democratica di secondo grado che ne favorirebbe probabilmente la marginalizzazione.

Tale limitazione dell'attivismo presidenziale potrebbe anche avere ripercussioni sulla Corte costituzionale che rimarrebbe da sola a esercitare una funzione di difesa e garanzia nell'ordinamento italiano, con un conseguente sovraccarico delle sue responsabilità⁸³.

È chiaro che il dichiarato carattere minimale di tale riforma non è reale perché dietro a una dichiarata limitazione di contenuto sussistono serie problematiche. È dunque necessario che la riforma costituzionale, come già accennato *supra*, sia ponderata da più forze politiche poiché solo attraverso un valido confronto si potrebbero evitare (ulteriori) difficoltà all'ordinamento italiano derivanti, ad esempio, dal passaggio da una rappresentanza collegiale a una rappresentanza monocratica. Attraverso il primato dell'organo esecutivo, cui il popolo trasferisce la sovranità, si determinerebbe «un *vulnus* diretto sia alla democrazia della rappresentanza, che ai principi proporzionalistici, entrambe le categorie verrebbero sacrificate nel nome del rafforzamento e della stabilità governativa»⁸⁴.

In conclusione, la forma di governo parlamentare italiana necessita, com'è evidente, di un mutamento e di una razionalizzazione, ma ben diversi da quella prospettata nel d.d.l. 935.

Abstract. Il contributo esamina il contenuto del d.d.l. 935, relativo all'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio, di cui vengono analizzati alcuni punti particolarmente problematici. Con questo d.d.l., vi sarebbe il passaggio dalla forma di governo parlamentare al c.d. «premierato», con legittimazione popolare diretta e sostegno di una maggioranza parlamentare garantito da una norma antiribaltone e un premio elettorale. Nonostante si presenti come una riforma chirurgica poiché sono poche le disposizioni costituzionali formalmente oggetto della modifica, il contributo valuta le conseguenze sul ruolo e sulle funzioni esercitati dal Parlamento e dal Presidente

⁸² C. Esposito, *Capo dello Stato*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, 224 ss.

⁸³ A. Simoncini, *Sul rafforzamento dell'Esecutivo*, cit., 6 e ss.; A. Spadaro, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., 96 ss.

⁸⁴ A. Lucarelli, *Premierato e riforme costituzionali: il mito della governabilità*, cit., 302 ss. L'Autore prosegue spiegando che «tutto ciò nasconde il progetto politico di svilire la rappresentanza democratica e la separazione dei poteri ed il delicato equilibrio tra democrazia della rappresentanza e democrazia governante. C'è un progetto politico, che non si riconosce nella Costituzione, che mira a trasformare il potere e la sua legittimazione in forme di governo plebiscitarie; di identificare il popolo con il leader» (312). Analogamente F. Pallante, *L'intervista: Premierato, regressione della democrazia*, in *Collettiva.it*, 2 novembre 2023, sostiene che la sovranità «andrebbe a finire nelle mani del capo: quello ipotizzato è un meccanismo di scelta dell'autocrate che governerà con mani libere per cinque anni. In sostanza, se la riforma venisse approvata, usciremmo dal contesto della democrazia costituzionale ed entreremmo nel modello delle autocrazie elettive: un modello in cui si elegge un autocrate e si fa finta che la democrazia consista nel mettere la scheda dell'urna per scegliere il capo [...] Il rischio è un ulteriore impoverimento del già impoveritissimo pluralismo. Tutto sarebbe nelle mani dell'uomo o della donna al comando, e non esisterebbero contropoteri capaci di bilanciare la forma di governo, come oggi fa il Quirinale. Inoltre, il Parlamento sarebbe costantemente sotto ricatto: già oggi il governo la fa da padrone e potrà farlo ancora di più».

della Repubblica, che comprometterebbero pericolosamente l'equilibrio fra le diverse parti della Costituzione.

Abstract. The paper examines the content of the bill. 935, relating to the introduction of the direct election of the Prime Minister, of which some particularly problematic points are analysed. With this bill, there would be the transition from the parliamentary form of government to the so-called «premiered», with direct popular legitimacy and support from a parliamentary majority guaranteed by an anti-reversal rule and an electoral prize. Although it presents itself as a surgical reform since there are few constitutional provisions formally subject to the modification, the paper evaluates the consequences on the role and functions exercised by Parliament and the President of the Republic, which would dangerously compromise the balance between the different parts of the Constitution.

Parole chiave. Governo – Parlamento – elezione diretta – forma di governo – premierato.

Key words. Government – Parliament – direct election – form of government – premiership.

SEPARAZIONE DEI POTERI E GARANZIE DEI DIRITTI DEI DETENUTI NELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULL’AFFETTIVITÀ INTRAMURARIA*

di Laura Fabiano**

Sommario. 1. Sui diversi profili di rilievo della sentenza n. 10/2024. – 2. Le questioni processuali e la tipologia decisoria: la Corte garante dei diritti e la separazione dei poteri. – 3. La questione di merito, le premesse e le conseguenze della sentenza 10/2024.

414

1. Sui diversi profili di rilievo della sentenza n. 10/2024. In data 31 gennaio è stata pubblicata la decisione n. 10/2024 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 18 della legge sull’ordinamento penitenziario «nella parte in cui non prevede che la persona detenuta possa essere ammessa a svolgere i colloqui con il coniuge, la parte dell’unione civile o la persona con lei stabilmente convivente, senza il controllo a vista del personale di custodia, quando, tenuto conto del suo comportamento in carcere, non ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell’ordine e della disciplina, né, riguardo all’imputato, ragioni giudiziarie».

La detta sentenza è stata accolta con grande interesse dalla dottrina¹ e dall’opinione pubblica nazionale² e si rivela particolarmente stimolante da analizzare sia in relazione alla questione di merito sia con riguardo ai profili processuali ed argomentativi che la caratterizzano.

In relazione al primo aspetto, infatti, la decisione rappresenta una svolta significativa nella questione carceraria italiana aprendo essa ad un diritto dei detenuti, quello all’affettività (ed alla sessualità), stabilendo che esso sia da garantire necessariamente (attraverso soluzioni

* Sottoposto a referaggio.

** Professoressa Associata di Diritto pubblico comparato – Università di Bari Aldo Moro.

¹ Cfr. per un primo commento a caldo A. Ruggeri, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell’affettività dei detenuti (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2024)*, in *Consulta on line*, 1, 2024. Cfr. anche R. De Vito, *Frammenti di un nuovo discorso amoroso: la Corte costituzionale n. 10 del 2024 e l’affettività in carcere*, in *Questione giustizia*, 5/02/2024. Si rinvia inoltre a I. Giugni, *Diritto all’affettività delle persone detenute: la Corte costituzionale apre ai colloqui intimi in carcere*, in *Sistema Penale*, 2 febbraio 2024; M. Serio, *Privazione della libertà e salvaguardia della dimensione intima: impressioni su Corte costituzionale 10/2024*, in *Questione Giustizia*, 11/03/2024; V. Manca, *Amore e carcere: binomio impossibile(?)! La Corte costituzionale segna una tappa fondamentale del percorso di inveramento del volto costituzionale della pena*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2, 2024; E.N. La Rocca, *L’affettività in carcere nei “ritrovati” equilibri della Consulta*, in *Diritti comparati Blog*, 18 marzo 2024; L. Volpe, *Commento alla sentenza n. 10 del 2024 Corte costituzionale*, reperibile all’url: https://it.linkedin.com/pulse/giano-bifronte-consilium-avvocate-avvocati-5uube?trk=public_post_feed-article-content.

² Diverse testate giornalistiche hanno commentato con entusiasmo la decisione la quale, peraltro è stata anticipata da un appello alla Corte sul caso sottoposto alla sua attenzione dal titolo “Il corpo recluso ed il diritto all’intimità: appello sull’affettività nelle carceri in attesa della sentenza della Corte costituzionale”. L’appello è reperibile all’url <https://www.societadellaragione.it/campagne/carcere-campagne/affettivita/il-corpo-recluso-e-il-diritto-allintimita/>. Su tale questione si rinvia alle riflessioni nel prosieguo del testo.

concrete) non potendo più considerarlo quale «interesse cedevole»³: difatti, precedentemente, a fronte della difficile gestione delle carceri italiane, segnate da numerose gravi problematiche in termini di sovraffollamento e tutela delle garanzie più basiche, il diritto ai rapporti affettivi ed alla sessualità intramuraria per i ristretti è stato spesso percepito come un surplus sottovalutabile (se non, addirittura, come un'inopportuna pretesa) o, al più, in considerazione della complessità della questione carceraria, è stato subordinato a scelte legislative futuribili⁴. In relazione al secondo aspetto la decisione è particolarmente significativa in termini processuali in quanto si propone come una sentenza additiva di principio «per omissione»⁵ e si inserisce in un *trend* giurisprudenziale oramai da considerarsi piuttosto sviluppato che corrisponde ad un'altrettanta significativa tendenza della Corte costituzionale ad attribuire a se stessa, nel contesto ordinamentale (e particolarmente nel rapporto con il legislatore), un ruolo attivo incidendo, dunque, in termini pregnanti sul tema della separazione dei poteri. La sentenza è infine importante sotto il profilo argomentativo giacché è fra quelle decisioni ove la valutazione dei profili di costituzionalità della normativa italiana è realizzata valorizzando sia il diritto convenzionale sia il diritto comparato ed il relativamente nuovo istituto dell'*amicus curiae*.

Per ragioni di ordine nell'esposizione il presente contributo analizzerà in primo luogo i temi processuali e successivamente le questioni di merito affrontate nella decisione..

2. Le questioni processuali e la tipologia decisoria: la Corte garante dei diritti e la separazione dei poteri. Scriveva, diversi anni or sono, Gustavo Zagrebelsky che «il momento della giurisdizione è quello in cui vengono a contatto la *lex*, il diritto dal punto di vista 'politico' e gli *iura*, i diritti dal punto di vista dei singoli, l'una e gli altri dovendo trovare un punto di temperamento. Il giudizio è così il luogo d'incontro dello Stato-autorità e dello Stato-comunità, presso un soggetto, il giudice, che è imparzialmente collocato tra l'uno

³ S. Talini, *Diritto inviolabile o interesse cedevole? Affettività e sessualità dietro le sbarre (secondo la sentenza 301 del 2012)*, in *Studium Iuris*, 10, 2013. Della stessa A. si segnala il lavoro a carattere monografico: *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018.

⁴ Sulla questione carceraria nel contesto italiano cfr. G. Gentile, *L'invenzione penitenziaria e la crisi dello Stato sociale*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1, 2023. Si rinvia altresì ad A. Toscano, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2021; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002; Id., *Dignità e carcere*, Napoli, 2011; M. Ruotolo, S. Talini, *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli 2017, cui è seguito, più recentemente, M. Ruotolo, S. Talini, *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Voll. I e II, Napoli, 2021. I detti volumi citati sono pubblicati in *open access* all'url: <https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/collana/318-collana-diritto-penitenziario-e-costituzione-nona-uscita-dopo-la-riforma-i-diritti-dei-detenuiti-nel-sistema-costituzionale-a-cura-di-marco-ruotolo-e-silvia-talini>.

⁵ Sul punto cfr. da ultimo A. Spadaro, *Involuzione – o evoluzione- del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 2, 2023, 103 ss. Spadaro, in relazione a tali tipologie di decisioni, significativamente afferma che esse vengono adottate «quando proprio manca una norma, ossia nel caso di omissione del legislatore (spesso intollerabilmente protratta nel tempo). Invero l'Italia non possiede una normativa che preveda «l'illegittimità per omissione», a differenza di altri Paesi (Portogallo, Brasile, Ungheria [...]) dove teoricamente esiste, anche se è lecito dubitare che qualcuno possa davvero obbligare il legislatore ad un fare specifico. Soprattutto: nel nostro ordinamento – mentre è contemplato un intervento cautelare della Corte meramente «sospensivo» degli atti non legislativi nel caso di conflitto fra enti e, piuttosto oscuramente, per atti legislativi nel solo caso di contrasto Stato-Regioni – non viene disciplinato un intervento cautelare «sostitutivo», dunque non meramente sospensivo ma «attivo» di un altro potere dello Stato per omissione del legislatore, che invece, se fosse previsto, certo sarebbe assai incisivo. A mio avviso, proprio quest'ultima carenza (se non lacuna) normativa da un lato ha reso possibili alcuni eccessi di discrezionalità da parte del legislatore e, dall'altro, spiega (anche se non sempre giustifica) le soluzioni «alternative».

e l'altro [...]. La questione di costituzionalità nascente dal processo è lo strumento per illuminare le antinomie che in quel momento possono determinarsi e chiedere a chi può risolverle (la Corte costituzionale) di risolverle»⁶.

Dunque, quando l'incontro tra *lex* e *iura* dinanzi al giudice ordinario evidenzia una discrasia apparentemente insanabile, ciò costituisce elemento sintomatico di un'illegittimità costituzionale dinanzi alla quale l'adito giudice delle leggi, superando il determinismo normativo, può, se necessario, valorizzare maggiormente la propria funzione di garante del compromesso costituzionale in termini sostanziali⁷.

Tale impostazione giurisprudenziale ricorda concettualmente la giurisprudenza statunitense attinente al *substantive due process* (collegata al V ed al XIV emendamento della Costituzione federale USA) in relazione alla quale un atto dei pubblici poteri che contravviene ai principi del patto sociale non può essere considerato legittimo, anche se adottato formalmente in modo corretto⁸. Ciò secondo una dimensione sostanzialistica che caratterizza l'impianto culturale statunitense, legato alla tradizione di *common law*, ove: a) non esiste differenza concettuale fra giudice costituzionale e magistratura ordinaria; b) il potere giurisdizionale è dotato di un certo «potenziale normativo» che per motivi culturali è, entro certi limiti, ben tollerato dal sistema e, infine, c) il sindacato costituzionale oggettivo è geneticamente intrecciato alla tutela effettiva delle posizioni giuridiche oggetto del giudizio⁹.

Pur caratterizzato da una predisposizione genetica profondamente diversa (in quanto connesso, almeno in parte, ai presupposti di matrice kelseniana) il sindacato di costituzionalità nell'esperienza italiana ha dimostrato, come noto, un'evoluzione progressiva nel corso dei decenni passando da un'impostazione maggiormente formale ad un'impianto evidentemente caratterizzato da esigenze di garanzia sostanziale¹⁰. Tale cambiamento, ampiamente evidente all'osservazione delle soluzioni interpretative elaborate dal giudice di costituzionalità, si è reso altresì più recentemente palese nella dimensione dell'esecutività del giudicato costituzionale. In relazione a tale tema è difatti evidenziabile come ad una lunga fase nel corso della quale la tematica dell'esecuzione del sindacato di costituzionalità è stata considerata un «falso problema» (sulla scorta della considerazione dell'autoapplicatività del giudicato costituzionale, prodotto di una giurisdizione negativa) è seguita una più recente tendenza ad una strutturazione meno evanescente del tema corrispondente alla qualificazione del sindacato di costituzionalità come giudizio che riguarda pretese giuridiche soggettive concrete che non possono più essere tutelate solo «di riflesso» rispetto alla garanzia della

⁶ G. Zagrebelsky, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 269.

⁷ Sul tema, con riguardo ai paesi europei, cfr. L. Fabiano, P. Martino, *Accesso e funzione extraprocessuale del sindacato di legittimità costituzionale e della sua motivazione. Prospettive di lettura*, Sant'Arcangelo di Romagna (RN), 2022.

⁸ Tale giurisprudenza, come noto, si è sviluppata inizialmente a garanzia dei diritti economici, in consonanza con l'iniziale interpretazione spiccatamente liberale del documento fondamentale statunitense prescelta dalla Corte suprema (Boggetti), infrangendosi, tuttavia, nella famigerata decisione *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905) ed evolvendo, dunque, successivamente, in un'accezione maggiormente democratica del testo costituzionale (sul tema, intramontabile, cfr. G. Boggetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Torino, 1998; II, *La Costituzione democratica*, Torino, 2000) quale parametro per la garanzia dei diritti fondamentali che sono rinvenibili nella penombra dell'ombrello costituzionale (secondo la fortunata metafora del giudice William Douglas nella decisione *Grinswold v. Connecticut*, 381 US 479, 1965). Sul punto cfr. R.C. Williams, *The One and Only Substantive Due Process Clause*, in *Yale Law Journal*, 120, 2010, 408 ss.; T. Sandefur, *In Defense of Substantive Due Process, or the Promise of Lawful Rule*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 35, 2012, 284 ss.

⁹ Cfr. sul punto G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020.

¹⁰ Sul tema, nell'infinità dei riferimenti bibliografici si rinvia a S. Lieto, P. Pasquino, *La metamorfosi della giustizia costituzionale in Italia*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2015.

legalità costituzionale¹¹.

Tale impianto, non sempre condiviso da altra ampia ed autorevole dottrina che propende invece per un'interpretazione maggiormente formale del ruolo del giudice di costituzionalità nel sistema dei poteri (considerando con preoccupazione i rischi del c.d. «sconfinamento»)¹², sembra di recente essersi inverato, ancora una volta, nella sentenza n. 10/2024; difatti, con tale decisione, di tipo additivo (di principio), la Corte ha definitivamente sancito la necessità di offrire garanzie a coloro che sono reclusi in carcere (salvo alcune limitate e ragionevoli eccezioni)¹³, circa il loro diritto fondamentale all'affettività ed alla sessualità «rompendo gli indugi» rispetto ad una pregressa giurisprudenza maggiormente cauta nell'interpretazione del rapporto sussistente fra giurisdizione costituzionale e discrezionalità del legislatore.

La questione in effetti non è nuova: essa rappresenta l'epilogo di una vicenda annosa della quale la medesima Corte costituzionale, già nel 2012, era stata interessata.

In quell'occasione il giudice costituzionale aveva adottato una sentenza monitoria di inammissibilità (la n. 301) ove, pur affermando che «permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale» costituisce «una esigenza reale e fortemente avvertita» e rappresenta «un problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore», aveva sancito l'inammissibilità della questione, prospettata dall'allora giudice remittente di Firenze, sottolineando l'inadeguatezza degli strumenti processuali a disposizione della medesima Corte a fronte della complessità della problematica la cui risoluzione richiedeva un intervento normativo articolato e caratterizzato da scelte discrezionali tipicamente proprie del legislatore¹⁴.

¹¹ sul tema autorevolmente cfr. G. Naglieri, *Giudicare e ottemperare. Uno studio comparato su soggetti, forme e modelli dell'esecuzione costituzionale*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2023, 176 che al contrario afferma «più ci si allontana da un giudizio avente ad oggetto pretese giuridiche soggettive, più evanescente diviene la nozione di esecuzione».

¹² Sul tema cfr. A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2019; Id., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12, 2021; cfr. anche A. Ruggeri, *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, in *dirittifondamentali.it*, 24 gennaio 2020, ; Id., *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, in *www.dirittifondamentali.it*, 1, 2021, spec. 473 ss.; N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3, 2021. Si rinvia inoltre a M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2, 2006, 1642 ss.; E. Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2008, spec. 275 ss.

¹³ La Corte esclude dalla portata della propria decisione coloro che sono sottoposti a regimi speciali di sorveglianza oltre che i ristretti in sottoposti a regime di 41-bis ord. penit. Su tale ultima categoria, tuttavia, si segnala una recente decisione della Corte costituzionale (sentenza n. 105/2023) nella quale, pur rigettando la questione di merito, il giudice di legittimità ha aperto dei significativi spiragli anche in tale regime carcerario. In particolare, la Corte adottando una pronuncia interpretativa di rigetto, ha valorizzato la possibilità, per l'amministrazione e per la magistratura di sorveglianza, di valutare in concreto l'opportunità di un colloquio senza vetro divisorio, anche per figli o nipoti di età superiore ai dodici anni. Sulla detta decisione cfr. A. Giubilei, *Persone, non oggetti: il diritto del detenuto in regime di 41-bis a mantenere rapporti affettivi (ed effettivi) con il proprio nucleo familiare. Nota a Corte cost., sentenza n. 105 del 2023*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2024.

¹⁴ La Corte, prospettando le possibili alternative decisorie a propria disposizione evidenziava infatti come «un intervento puramente e semplicemente ablativo della previsione del controllo visivo sui colloqui [...] si rivelerebbe, per un verso, eccedente lo scopo perseguito e, per altro verso, insufficiente a realizzarlo» giacché «L'ostacolo all'esplicazione del «diritto alla sessualità» ne costituisce solo una delle conseguenze indirette, stante la naturale esigenza di intimità connessa ai rapporti in questione. L'asserita necessità costituzionale di rimuovere tale conseguenza non giustificerebbe, dunque, la caduta di ogni forma di sorveglianza sulla generalità dei colloqui [...]. Né, d'altra parte, il problema potrebbe essere superato ritenendo che il giudice a quo abbia richiesto a questa Corte una sentenza additiva 'di principio', la quale – secondo la dinamica propria di tale tipo di decisioni – si limiti ad affermare l'esigenza costituzionale di riconoscere il diritto in parola, demandando al legislatore il compito di definire modi e limiti della sua esplicazione e, nelle more dell'intervento legislativo,

La decisione del 2012 è fra quelle in cui la Corte sceglie di rimanere del tutto aderente al principio di separazione dei poteri valorizzando, nell'interpretazione del concetto di rilevanza della questione, la distinzione fra *iurisdictio* (come attività propria del giudice remittente) e *leges* (quale campo d'azione di esclusiva pertinenza del legislatore)¹⁵ ed esercitando in termini che potremmo definire *soft* (attraverso la declinazione della decisione in senso monitorio) la propria funzione di garante del rapporto Stato-autorità / Stato-comunità cui si riferisce Zagrebelsky.

La sentenza del 2024 rappresenta una sorta di secondo atto rispetto a tale prima presa di posizione del giudice costituzionale e costituisce, in effetti, una necessaria premessa processuale per le decisioni che in essa si assumono.

Difatti, nella sentenza n. 10 la Corte respinge come infondati i rilievi di inammissibilità avanzati dalla difesa statale e collegati proprio alla pregressa giurisprudenza costituzionale (di cui si sostengono insuperate le ragioni). Il giudice costituzionale valuta invece, quali elementi che favoriscono la necessità di una pronuncia di accoglimento della questione, proprio il lungo trascorrere del tempo fra la decisione del 2012 ed il caso in corso di valutazione in relazione al quale rileva, all'opposto, che il quadro normativo di riferimento, pur evolvendosi (facendo emergere «un'indicazione specifica circa le relazioni qualificate della persona detenuta, meritevoli e bisognose di una considerazione differenziata anche 'dentro le mura'»¹⁶), non ha conseguito gli obiettivi, in termini di garanzie normative ai diritti fondamentali, definiti nella decisione monitoria del 2012.

In relazione a tale evoluzione normativa, collegata all'adozione del d.lgs. n. 123/2018 recante «riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85 lettere a), i), l), m), o), r), t) e u) della legge 23 giugno 2017, n. 103», la Corte ha evidenziato infatti come «il legislatore [...] non ha dato seguito al criterio direttivo enunciato dalla lettera n) del successivo comma 85» inteso a valorizzare il «riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio»¹⁷.

La pregressa decisione, in effetti, lungi dal rappresentare un precedente che possa fondare nuovamente una dichiarazione di inammissibilità, diviene all'opposto, per la Corte, il *dies a quo* a partire dal quale valutare l'attività parlamentare nell'esercizio della sua discrezionalità al fine di stabilire se sia opportuno che il giudice costituzionale adotti una decisione che funga, nei fatti, da strumento di supplenza normativa.

Nella decisione il giudice costituzionale, al netto della pronuncia di illegittimità costituzionale

lasciando ai giudici comuni la possibilità di garantire interinalmente il diritto stesso tramite gli strumenti ermeneutici, sulla base della disciplina in vigore (quella, in specie, dei colloqui e delle visite familiari). La sentenza additiva 'di principio' in ipotesi richiesta dal rimettente risulterebbe, infatti, essa stessa espressiva di una scelta di fondo. Nella prospettiva del giudice a quo, il «diritto alla sessualità» intra moenia dovrebbe essere, infatti, riconosciuto ai soli detenuti coniugati o che intrattengano rapporti di convivenza stabile more uxorio, escludendo gli altri (si pensi, ad esempio, a chi, all'atto dell'ingresso in carcere, abbia una relazione affettiva 'consolidata', ma non ancora accompagnata dalla convivenza, o da una convivenza «stabile»). Detta soluzione non solo non è l'unica ipotizzabile (come di nuovo attestano i progetti di legge in materia), ma non appare neppure coerente con larga parte dei parametri costituzionali evocati dallo stesso giudice a quo: talora 'per eccesso', talaltra 'per difetto'.

¹⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 10/2024, punto 2 del Considerato in diritto.

¹⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 10/2024, punto 2.3 del Considerato in diritto. La Corte evidenzia inoltre che: «d'altro canto, la stessa disposizione che oggi è nuovamente censurata nella parte riguardante l'inderogabilità del controllo a vista si è *medio tempore* arricchita di un riferimento privilegiato alla riservatezza dei colloqui tra detenuto e familiari [...]»

¹⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 10/2024, punto 2.4 del Considerato in diritto.

della normativa impugnata, «al fine di garantire l'effettività dei principi di cui si è detto [...]» si dilunga a «rimarcare alcuni profili conseguenti alla sentenza» pronunciata¹⁸ fornendo una serie di indicazioni pratiche concernenti le modalità attraverso cui garantire in concreto il principio enucleato nella decisione¹⁹. Tali indicazioni sono rivolte certamente al legislatore (la cui discrezionalità viene, tuttavia, con una classica formula di stile, fatta salva dalla Corte in chiusura²⁰) e altresì sono esplicitamente finalizzate a consentire l'immediata esecutività della sentenza da parte di tutti coloro che, ad ogni livello, sono coinvolti in tale ambito²¹.

¹⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 10/2024, punto 6.1 del Considerato in diritto.

¹⁹ «6.1.1. – La durata dei colloqui intimi deve essere adeguata all'obiettivo di consentire al detenuto e al suo partner un'espressione piena dell'affettività, che non necessariamente implica una declinazione sessuale, ma neppure la esclude.

6.1.2. – In quanto finalizzate alla conservazione di relazioni affettive stabili, le visite in questione devono potersi svolgere in modo non sporadico (ovviamente qualora ne permangano i presupposti), e tale da non impedire che gli incontri possano raggiungere lo scopo complessivo di preservazione della stabilità della relazione affettiva.

6.1.3. – Numerosi testi sovranazionali indicano nella predisposizione di luoghi appropriati una condizione basilare per l'esercizio dell'affettività intramuraria del detenuto: così, in particolare, la raccomandazione n. 1340 (1997), sugli effetti della detenzione sul piano familiare e sociale, adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa il 22 settembre 1997 (punto 6.6.), e la raccomandazione n. 2003/2188 (INI), sui diritti dei detenuti nell'Unione europea, adottata dal Parlamento europeo il 9 marzo 2004 (punto 1, lettera c).

Può ipotizzarsi che le visite a tutela dell'affettività si svolgano in unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti, organizzate per consentire la preparazione e la consumazione di pasti e riprodurre, per quanto possibile, un ambiente di tipo domestico.

È comunque necessario che sia assicurata la riservatezza del locale di svolgimento dell'incontro, il quale, per consentire una piena manifestazione dell'affettività, deve essere sottratto non solo all'osservazione interna da parte del personale di custodia (che dunque vigilerà solo all'esterno), ma anche allo sguardo degli altri detenuti e di chi con loro colloquia.

6.1.4. – A differenza di quanto previsto dall'art. 19, comma 3, del d.lgs. n. 121 del 2018 per la visita prolungata del detenuto minorenni, per il detenuto adulto non va ammessa la compresenza di più persone, considerata l'eventualità di una declinazione sessuale dell'incontro, che deve quindi svolgersi unicamente con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona stabilmente convivente con il detenuto stesso.

6.1.5. – Prima di autorizzare il colloquio riservato, il direttore dell'istituto, oltre all'esistenza di eventuali divieti dell'autorità giudiziaria che impediscano i contatti del detenuto con la persona con la quale il colloquio stesso deve avvenire, avrà cura di verificare altresì la sussistenza del presupposto dello stabile legame affettivo, in particolare l'effettività della pregressa convivenza.

6.1.6. – Nella fruizione dei locali predisposti per l'esercizio dell'affettività (i quali verosimilmente saranno, almeno all'inizio, una «risorsa scarsa») «sono favorite le visite prolungate per i detenuti che non usufruiscono di permessi premio» (sempre che ciò non dipenda da ragioni ostative anche all'esercizio dell'affettività intramuraria).

Prevista dall'art. 19, comma 6, del d.lgs. n. 121 del 2018 riguardo al detenuto minorenne, la particolare considerazione nei confronti di chi non può usufruire di permessi premio può estendersi alla disciplina del detenuto adulto, analoga essendo la *ratio* di sussidiarietà dell'affettività *intra moenia* rispetto a quella più fisiologicamente esprimibile «fuori le mura».

²⁰ Ove il giudice costituzionale ribadisce che «Resta ovviamente salva la possibilità per il legislatore di disciplinare la materia stabilendo termini e condizioni diversi da quelli sopra enunciati, purché idonei a garantire l'esercizio dell'affettività dei detenuti, nel senso fatto proprio dalla presente pronuncia» (Corte costituzionale, sentenza n. 10/2024, punto 9 del Considerato in diritto).

²¹ «È altresì opportuno valorizzare qui il contributo che a un'ordinata attuazione dell'odierna decisione può dare – almeno nelle more dell'intervento del legislatore – l'amministrazione della giustizia, in tutte le sue articolazioni, centrali e periferiche, non esclusi i direttori dei singoli istituti.

Venendo meno con questa decisione l'inderogabilità del controllo visivo sugli incontri, può ipotizzarsi la creazione all'interno degli istituti penitenziari – laddove le condizioni materiali della singola struttura lo consentano, e con la gradualità eventualmente necessaria – di appositi spazi riservati ai colloqui intimi tra la persona detenuta e quella ad essa affettivamente legata.

La n. 10/2024 risulta dunque una sentenza particolarmente significativa in termini di «esecutività» e si pone in linea con una serie di recenti decisioni (le sostitutive e le additive «a rime non obbligate»²², le decisioni con «doppia pronuncia»²³, le additive di principio con effetti differiti²⁴) considerate proprie di una stagione che la dottrina ha definito di «ri-accentramento» della Corte nel sistema dei poteri (sottolineando in tal modo l'inversione rispetto a quella lunga fase nella quale, invece, il medesimo giudice costituzionale ha promosso, per quanto possibile, gli elementi di diffusività insiti nel modello incidentale italiano)²⁵ e di conseguente ridefinizione dei confini del sindacato costituzionale²⁶, orientate a reagire con energia all'inerzia legislativa ed al mancato ascolto dei precedenti moniti rivolti al Parlamento dalla Corte²⁷.

La caratterizzazione applicativa della detta sentenza si pone in stretta connessione e altresì valorizza la dimensione dialogica multilaterale nella quale la Corte opera²⁸; rapporto dialogico che, inizialmente instaurato con il legislatore, diviene successivamente «polifonico» andando a coinvolgere tutti i soggetti eventualmente coinvolti nella vicenda giuridica sottostante al caso (e dunque, il giudice a quo, ma anche l'amministrazione carceraria e la magistratura di sorveglianza) oltre che, inevitabilmente, l'opinione pubblica che assiste all'evoluzione dinamica della vicenda processuale.

Siamo dunque ben oltre la strutturazione originaria del procedimento sorto in via incidentale²⁹ talché è evidente che ai due fondamentali rapporti dialogici più tradizionalmente

In questa prospettiva, l'azione combinata del legislatore, della magistratura di sorveglianza e dell'amministrazione penitenziaria, ciascuno per le rispettive competenze, potrà accompagnare una tappa importante del percorso di inveroamento del volto costituzionale della pena» (Corte costituzionale, sentenza n. 10/2024, punto 9 del Considerato in diritto).

²² A. Spadaro, *Involuzione – o evoluzione- del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, cit.; G. Silvestri, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 4, 2020, 24 ss.; M. Ruotolo, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e Società*, 1, 2020, 53 ss. e Id., *Oltre le 'rime obbligate'?*, in *Federalismi.it*, 3, 2021, 54 ss.; O. Spataro, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo, 2022.

²³ M. Bignami, *Il Caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in F.S. Marini, C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato*, Napoli, 2019.

²⁴ A. Marcheselli, S.M. Ronco, *L'«incostituzionalità differita» della c.d. Robin Tax, tra diritti fondamentali, analisi economica del diritto e diritto dell'Unione europea: il futuro della fiscalità tra nuove categorie concettuali e rischi di «teratogenesi» giuridica*, in *Consulta on Line*, 3, 2015.

²⁵ Sul tema della diffusione e del riaccentramento del sindacato di costituzionalità nell'esperienza italiana la dottrina è sterminata punto la dottrina è molto ampia. Ci si limita pertanto a richiamare *ex plurimis*: D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020; T. Groppi, *Il ri-accentramento dell'epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte e costituzionale e giudici comuni*, in *Federalismi.it*, 3, 2021. C. Padula, *Le spinte «centripete» nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in *Questione Giustizia*, 4, 2020; L. Pesole, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, 12, 2021.

²⁶ Sul punto D. Tega, *La Corte nel contesto*, cit. e Id., *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, in *federalismi.it*, 3, 2021 64 ss.

²⁷ Sul tema recentemente P. Carnevale, *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale – legislatore rappresentativo*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2023.

²⁸ D. Tega, *La Corte nel contesto*, cit.

²⁹ Su cui autorevolmente R. Romboli, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1998. Lo stesso autore rimane ad oggi giustamente critico delle più recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale ove afferma: «Non vedo in realtà alcuno spazio per un bilanciamento tra i due principi [di cui all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino: separazione dei poteri e garanzia dei diritti] tanto meno nel senso di giustificare la violazione della separazione dei poteri in nome della tutela dei diritti. Il rispetto della separazione dei poteri rappresenta infatti la cornice entro la quale tutti gli organi dello stato sono a chiamati a svolgere le loro funzioni e l'obiettivo di garantire i diritti è prioritario e comune a tutti i poteri dello stato, ma nello spazio delineato ad ognuno di loro dalla cornice della separazione dei poteri», in R. Romboli, *Corte*

concepiti (con il legislatore e con i giudici *a quibus*) la giurisdizione costituzionale ha ritenuto di associare a sé stessa nuovi interlocutori spingendosi, in questo specifico caso, a fornire indicazioni molto specifiche e concrete alla personale della PA carceraria³⁰. Anche tale risvolto rientra certamente in una tendenza giurisprudenziale, propria di questi anni, di valorizzazione della dimensione «ipersostanziale» del controllo di costituzionalità³¹, giustificata dall'abulia del legislatore e dalla improcrastinabile esigenza di tutela oramai maturata da alcuni diritti fondamentali negati, di fatto, per troppo tempo.

3. La questione di merito, le premesse e le conseguenze della sentenza 10/2024. Come anticipato in apertura, la decisione 10/2024 è stata salutata con entusiasmo da una rilevante parte del mondo accademico, politico ed istituzionale ed in effetti non è giunta inattesa considerando il percorso compiuto dall'ordinamento italiano negli undici anni intercorsi fra la decisione 301/2012 e quella da ultimo adottata.

Nel detto decennio, infatti, l'ordinamento italiano si è dovuto confrontare con concretezza con alcuni significativi problemi attinenti alla questione carceraria a partire dal drammatico tema del sovraffollamento certificato dalla quantomai nota decisione CEDU *Torreggiani v. Italia*³² con la quale il giudice sovranazionale, in una sentenza c.d. «pilota»³³, ha rilevato una

Costituzionale e legislatore. Il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio della separazione dei poteri, in *Consulta on line*, 3, 2023, spec. 812. Altrettanto critico sul medesimo tema è A. Ruggeri, *Rapporti interordinamentali ed effettività della tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2023, 121 ss., il quale afferma «Mi sono, al riguardo, ripetutamente dichiarato dell'idea che un buon fine non giustifichi, in alcun caso o modo, l'utilizzo di mezzi non buoni per il suo conseguimento. Ne va – credo di poter dire senza alcuna enfasi – il mantenimento stesso dell'idea di Costituzione e di Stato costituzionale, se è vero – com'è vero – che il principio della separazione dei poteri è una delle due gambe su cui quest'ultimo può incedere nel suo non di rado sofferto cammino. È infatti di tutta evidenza che, laddove la tipizzazione dei ruoli istituzionali dovesse venire interamente meno, ne sarebbe fatalmente pregiudicata la stessa salvaguardia dei diritti. E ciò, per la elementare ragione che non è affatto indifferente che essa sia assicurata da questa o quella sede istituzionale e, perciò, in questa o quella forma»; sul punto, cfr. Id. *Verso un assetto viepiù "sregolato" dei rapporti tra Corte e legislatore?*, in *Dirittifondamentali.it*, 3, 2022, 16 dicembre 2022, 406 ss.

³⁰ In effetti tale dialogo in questo specifico caso risulta particolarmente necessario in quanto la precedente inammissibilità (pronunciata nella decisione del 2012) sotto l'ampia dicitura del limite della discrezionalità del legislatore si riferiva non solo (e non meramente) alla questione della pluralità delle scelte possibili da offrire come soluzione del problema di costituzionalità ma anche alla considerazione per cui l'eccedenza dei poteri di decisione della Corte dipendeva dalla necessità che il settore, per offrire effettive garanzie ai diritti reclamati esigeva un rimodellamento normativo complesso che nei dodici anni trascorsi si è verificato solo parzialmente.

³¹ Nell'ambito della quale si può collocare, peraltro, anche l'alterazione dello stesso ruolo spettante all'opinione pubblica nel sindacato di costituzionalità, trasformata da spettatore in soggetto (almeno in parte) attivamente partecipe al processo costituzionale in relazione alle modifiche più recenti alle Norme integrative. Sul tema cfr. A. Vuolo, *L'intervento di terzi nel giudizio in via principale dopo la modifica delle norme integrative*, in *Federalismi.it*, 16, 2020.

³² C. eur. dir. uomo, *Torreggiani e altri c. Italia*, sent. 8 gennaio 2013, cit., § 88. Sulla decisione *Torreggiani* vi sono numerosi riferimenti dottrinali. Fra i tanti cfr. a F. Viganò, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2013; M. Alfieri, *Sovraffollamento carcerario e ultimatum di Strasburgo: l'Italia chiamata all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1, 2013, 83; M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014. Sul tema dell'«sovraffollamento carcerario» cfr. inoltre L. Ferraro, *L'ergastolo ostativo e il sovraffollamento carcerario nel dialogo fra le Corti*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna on line*, 2, 2023.

³³ È definita «pilota» una sentenza nella quale, rilevando la sussistenza di mancanze di tipo sistemico (fondate su difetti strutturali nella legislazione, nella prassi o nella giurisprudenza interna), la Corte europea, tanto nella parte motiva quanto nel dispositivo, precisa quale ordine di interventi strutturali – sulla legislazione e sulla prassi

carezza sistemica nella condizione degli istituti penitenziari del Paese³⁴ imponendo all'Italia l'adozione di diverse misure correttive e compensative al fine di porre fine a tale stato di insufficienza delle più basilari condizioni di umanità nella gestione dei detenuti³⁵.

Il decennio trascorso ha visto dunque l'ordinamento italiano adottare numerosi provvedimenti in tema di organizzazione carceraria al fine di adeguarsi per quanto possibile

interna - debbano essere posti in essere dal Parlamento e dal Governo nazionale. Ciò al fine ultimo di imporre agli Stati condannati l'obbligo di introdurre misure di ordine generale atte ad evitare il ripetersi di ulteriori violazioni, attraverso il superamento (auspicabilmente) definitivo della problematica strutturale evidenziandosi dunque, in tale tipologia decisoria, una connotazione trascendente rispetto al contenzioso oggetto del giudizio. Sulla nozione di sentenza-pilota, si veda F.M. Palombino, *La "procedura di sentenza-pilota" nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1, 2008, 91 ss. e F. Urban, *Il diritto del detenuto ad un trattamento penitenziario umano a quattro anni dalla sentenza Torreggiani c. Italia*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3, 2017, 38 ss. Si veda altresì, A. Tamietti, M. Fiori, F. De Santis di Nicola, D. Ranalli, V. Ledri, *Note a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Torreggiani e altri*, cit., p. 64 ss. in *Rassegna penitenziaria e criminologia*, 2013, 49 ss.

³⁴ La Corte europea ha accertato un «problema sistemico risultante da un malfunzionamento cronico proprio del sistema penitenziario italiano, che ha interessato e può interessare ancora in futuro numerose persone» (C. eur. dir. uomo, *Torreggiani e altri c. Italia*, sent. 8 gennaio 2013, cit., § 88) ed ha condannato lo Stato italiano a corrispondere ai ricorrenti, a titolo di equa soddisfazione per il danno morale subito (ex art. 41 CEDU), somme di entità variabile da 10.600 a 23.500 euro, in relazione alla durata della rispettiva detenzione in condizioni di sovraffollamento (C. eur. dir. uomo, *Torreggiani e altri c. Italia*, sent. 8 gennaio 2013, cit., §§ 103-106). Accanto alla condanna pecuniaria, dunque, i giudici di Strasburgo hanno ingiunto all'Italia di introdurre, entro il termine di un anno dalla definitività della sentenza (ossia dal 26 maggio 2013), «un ricorso o una combinazione di ricorsi che abbiano effetti preventivi e compensativi» e che fossero realmente in grado di offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte. La decisione *Torreggiani* era stata preceduta da un caso analogo, *Sulejmanovic c. Italia* (sent. 16 luglio 2009, ric. n. 22635/03, reperibile su www.giustizia.it) nel quale la Corte aveva già affermato «la flagrante mancanza di spazio personale di cui il ricorrente ha sofferto è, di per sé, costitutiva di un trattamento inumano o degradante» (§ 43) accertando, così, la violazione dell'art. 3 CEDU e condannando l'Italia al risarcimento dei danni morali patiti dal detenuto. Sulla decisione *Sulejmanovic* cfr. M. Bortolato, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti*, in *Questione Giustizia*, 2009, 113 ss.; A. Di Perna, *Situazione carceraria e divieto di tortura: il caso Sulejmanovic*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2009, 640 ss. Nella decisione *Sulejmanovic* la Corte EDU sembra propendere verso l'equazione diretta per cui ad uno spazio inadeguato corrisponde automaticamente un trattamento inumano o degradante. Tale impianto, tuttavia, viene temperato nella successiva giurisprudenza della medesima Corte, ad esempio, nel caso *Ananyev e altri c. Russia* del gennaio 2012 (ric. n. 42525/07, 60800/08) ove i giudici di Strasburgo abbandonano l'automatismo di un criterio prettamente spaziale e tornano a valorizzare l'idea di una valutazione congiunta delle concomitanti condizioni afflittive (la possibilità di svolgere attività fisica all'aperto, l'accesso alla luce naturale e all'aria, i servizi igienici). Sulla stessa linea giurisprudenziale proposta nel caso *Ananyev* si attesta la decisione *Muršić c. Croazia*, (sent. 12 marzo 2015, ric. n. 7334/13) adottata dalla Grande Camera. Per una ricostruzione dei precedenti giurisprudenziali al caso *Torreggiani* cfr. F. Urban, *Il diritto del detenuto ad un trattamento penitenziario umano a quattro anni dalla sentenza Torreggiani c. Italia*, cit.

³⁵ I rimedi preventivi sono quelli diretti alla rimozione delle cause del sovraffollamento, anche attraverso la diminuzione dei casi di custodia cautelare in carcere mentre i rimedi compensativi sono quelli volti a prevedere un sistema di ricorsi che consenta una tutela giurisdizionale effettiva del diritto a condizioni di detenzione compatibili con la Convenzione, mediante la rapida cessazione delle violazioni (tutela in forma specifica) e il riconoscimento di una riparazione (anche economica) per la detenzione subita (tutela per equivalente). La Corte ha fornito indicazioni sulle misure da prendere attraverso il rinvio al contenuto delle due Raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa riguardanti il sovraffollamento e le condizioni di detenzione: *Raccomandazione n. R (1999) 22 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa* del 30 settembre 1999 riguardante il sovraffollamento delle carceri e l'inflazione carceraria; *Raccomandazione n. R (2006) 2 dell'11 gennaio 2006*, dedicata alle condizioni di detenzione. I passaggi essenziali riferiti a tali documenti sono richiamati nella sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., §§ 31-32.

alle richieste sovranazionali³⁶.

Nonostante fosse in corso questa fase di riforma del sistema carcerario il tema specifico dell'affettività in carcere non ha trovato spazio per emergere in sede legislativa³⁷. Ciò anche se non sono mancate, negli anni, diverse proposte di legge in tal senso. Fra le più rilevanti si annoverano le proposte di legge avanzate dalla regione Toscana³⁸ e dalla regione Lazio³⁹ nella XVIII legislatura (le quali, peraltro, seguono ad una più risalente proposta legislativa, presentata nel 2006⁴⁰); nella legislatura attuale si segnala invece la proposta di legge presentata il 23 novembre 2023⁴¹. Negli anni trascorsi, peraltro, anche da altre direzioni sono giunte

³⁶ In realtà, già all'indomani della decisione *Sulejmanovic* il governo italiano aveva dichiarato lo stato di emergenza carceraria (d.P.C.M. del 13 gennaio 2010, recante *Dichiarazione dello stato di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale*). Lo stato di emergenza è stato poi prorogato con d.P.C.M. dell'11 gennaio 2011) ed aveva predisposto il c.d. «Piano carceri» (Con ordinanza n. 3861 del 19 marzo 2010, recante *Disposizioni urgenti di protezione civile dirette a fronteggiare la situazione di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale*, il Presidente del Consiglio dei Ministri aveva nominato un Commissario delegato al Ministero della Giustizia incaricato di elaborare un piano di intervento per le carceri – «Piano carceri». Il 29 giugno 2010 un Comitato costituito dal Ministro della Giustizia, dal Ministro delle Infrastrutture e dal Capo del dipartimento della Protezione civile ha approvato il piano di intervento presentato dal Commissario delegato. Tale piano prevedeva prima di tutto la costruzione di 11 nuovi istituti penitenziari e di 20 padiglioni all'interno di strutture già esistenti, fatto che implicava la creazione di 9.150 posti in più e l'assunzione di 2.000 nuovi agenti di polizia penitenziaria. I lavori dovevano essere portati a termine entro il 31 dicembre 2012). Sul piano legislativo, invece, erano stati adottati dei provvedimenti normativi perlopiù finalizzati allo svuotamento degli istituti penitenziari. In particolare, l. n. 1999/2010, recante *Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno* (c.d. legge svuota carceri), con la quale è stata introdotta la possibilità di eseguire la pena detentiva non superiore a dodici mesi (anche costituente parte residua di maggior pena) presso l'abitazione del condannato o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza. Il successivo d.l. n. 211/2011 (recante *Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*, convertito in l. n., n. 9/2012) ha poi elevato a diciotto mesi la già menzionata soglia di pena entro la quale può essere richiesta la misura appena menzionata. Sul tema cfr. F. Urban, *Il diritto del detenuto ad un trattamento penitenziario umano a quattro anni dalla sentenza Torreggiani c. Italia*, cit. 41 ss. In conseguenza alla sentenza Torreggiani, il 27 novembre 2013 lo Stato italiano ha presentato un Piano d'azione per la risoluzione del problema del sovraffollamento carcerario articolato in 5 punti ((1) l'adozione di misure legislative in materia di politica penale ai fini di un'applicazione più ampia delle misure alternative alla detenzione e, di conseguenza, della riduzione del numero delle persone incarcerate; (2) la costruzione di nuovi istituti penitenziari o l'ingrandimento degli esistenti; (3) l'introduzione di misure organizzative all'interno delle carceri volte soprattutto ad accordare ai detenuti una maggiore libertà di circolazione; (4) la creazione di ricorsi interni di tipo preventivo; (5) la previsione di rimedi compensativi o risarcitori). la cui attuazione si è concretizzata in una serie di provvedimenti ovvero: il d.l. n. 78/2013 (recante *Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena*, convertito con modificazioni dalla l. n. 94/2013); il d.l. n. 146/2013 (convertito con l. n. 10/2014); la l. n. 67/2014; ed il d.l. n. 92/2014 (convertito con l. n. 117/2014, ha introdotto il nuovo art. 35-ter ord. penit. riguardante i «Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo»).

³⁷ Una significativa ricognizione ed approfondita analisi del percorso evolutivo compitosi negli anni più recenti con riguardo al tema dei diritti dei detenuti è svolta nei volumi a cura di M. Ruotolo, S. Talini, *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, cit.

³⁸ Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354 in materia di «*tutela delle relazioni affettive intime delle persone detenute*»; AS1876 reperibile all'url <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/353327.pdf> e commentato in nota breve all'url <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01179396.pdf>.

³⁹ «*Tutela delle relazioni affettive e della genitorialità delle persone ristrette*»; A.C. n. 3488 e AS n. 2543. Su cui cfr l'url: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/368638.pdf>.

⁴⁰ A firma degli onorevoli Boato, Buemi, Balducci e Ruggeri, AC n. 32

⁴¹ *Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354 in materia di tutela delle relazioni affettive intime delle persone detenute*; la proposta vede come primo firmatario l'onorevole Riccardo Magi (A.C. 1566). Il testo è reperibile all'url: <https://www.garantedetenutilazio.it/app/uploads/2023/12/Proposta-di-legge-affettivita.pdf>. Il riferimento

chiare sollecitazioni finalizzate ad introdurre soluzioni legislative concernenti il tema dell'intimità per i detenuti: il 27 settembre 2013, ad esempio, il Comitato nazionale per la Bioetica ha presentato un parere dal titolo *La salute dentro le mura* nel quale veniva sottolineata la necessità di ricercare soluzioni sulla detta tematica come elemento collegato al diritto alla salute dei ristretti⁴².

La Corte costituzionale, nella decisione n. 10, sanziona implicitamente il fatto che tali indicazioni e tali proposte di legge non abbiano trovato adeguata strada presso il legislatore nella parte della sentenza in cui, fornendo alcune indicazioni operative concernenti l'esecutività della decisione, pur non espressamente, fa comunque un chiaro riferimento alle proposte di legge citate (ove, ad esempio, si riferisce alla predisposizione di apposite unità abitative nelle carceri destinate agli incontri intimi).

La decisione si è segnalata certamente per il fermento sociale che ha suscitato. Particolarmente interessante risulta rilevare che a novembre del 2023, dunque pochi mesi prima della concreta adozione della sentenza, è stato pubblicato un appello alla Corte sul caso sottoposto alla sua attenzione dal titolo *Il corpo recluso ed il diritto all'intimità: appello sull'affettività nelle carceri in attesa della sentenza della Corte costituzionale*⁴³ scritto dal prof. Andrea Pugiotto (PO di Diritto Costituzionale Nell'Università di Ferrara)⁴⁴, promosso da diverse associazioni attive in tema di protezione e garanzia dei diritti civili (quali la Società della Ragione, l'Associazione Luca Coscioni, il Centro per la riforma dello Stato) e rapidamente sottoscritto da numerosi esponenti dell'Accademia italiana, diversi magistrati e avvocati oltre che alcuni esponenti del mondo politico e istituzionale (rappresentanti dell'associazionismo a tutela dei diritti e garanti per i diritti dei detenuti). Definito dal suo estensore un «amicus curiae di dominio pubblico»⁴⁵ tale documento sembra più un *amicus curiae extra ordinem* in quanto sottratto alle stringenti (e in parte asfittiche) regole previste dalle Norme integrative per i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale che, dopo le modifiche del 2020, prevedono questo istituto per la giustizia costituzionale anche nell'ordinamento italiano⁴⁶.

on line sul sito della Camera dei deputati è il seguente:
<https://www.camera.it/leg19/126?tab=&leg=19&idDocumento=1566&sede=&tipo=>

⁴² Il testo è reperibile al seguente url: https://bioetica.governo.it/media/1825/p113_2013_salute-dentro-le-mura_it.pdf (si rinvia in particolare a p. 11). Per un commento al testo cfr. C. Piciocchi, «La salute “dentro le mura”»: commento al rapporto del Comitato nazionale per la bioetica sulla salute in carcere (27 settembre 2013), in *Studium Iuris*, 7/8, 2014, 845-853. Al tema della salute in carcere è dedicato l'ultimo capitolo della monografia di M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, cit.

⁴³ L'appello è reperibile on line. L'indirizzo dell'url è indicato in nota 2 del presente contributo.

⁴⁴ Numerosi gli scritti di Pugiotto in tema di questione carceraria. Fra i molti cfr. *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)*, in *Giur. Cost.*, 2013; *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Dir. Pen. Cont.* (5 marzo 2013); *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *dirittopenitenziario.it*, 2014; *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. Pen. Cont.* (17 febbraio 2014); *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016.

⁴⁵ L'espressione è utilizzata dal prof. Pugiotto nella conferenza stampa organizzata dalla Camera dei deputati il 4 dicembre 2023 e reperibile all'url <https://www.youtube.com/watch?v=avRCOAxBhzo>

⁴⁶ Sulla riforma delle Norme integrative del 2020 cfr. M. Luciani, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, pp. 402 ss. cfr. anche A. Pugiotto, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, *ivi*, 426 ss.; T. Groppi, *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in *Lavoce.info*, 17 gennaio 2020; A. Ruggeri, *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia insieme*, 24 gennaio 2020; M.C. Grisolia, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2020, 5 ss.; oltre che A. Vuolo, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, cit.; P. Ridola, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *Federalismi.it*, 2, 2020, IV ss.; A. D'Arena, *Sul radicamento della Corte costituzionale e sull'apertura agli “amici curiae”*, in AA. VV., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, numero speciale, 2020, 1 ss., e, per quanto attiene più specificamente al

La Corte, nella decisione, non fa riferimento a questo appello (per l'ovvia ragione del suo porsi al di fuori delle vie procedurali previste per l'interlocuzione con il giudice costituzionale da parte della «società civile»⁴⁷) e tuttavia la motivazione della sentenza sembra comunque valorizzare la partecipazione sociale alla decisione attraverso la citazione dell'intervento dell'associazione Antigone (definita associazione attiva nella promozione dei diritti e delle garanzie nel sistema penale e penitenziario, che peraltro risulta fra i firmatari dell'appello del prof. Pugiotto) e in più punti alcune osservazioni avanzate dallo stesso appello si rinvengono sottese nell'iter argomentativo della decisione.

Appare particolarmente rilevante evidenziare come nella sentenza la Corte, ribadendo un indirizzo già definito nel 2012, sottolinea la necessità di superare la logica premiale della normazione in tema di affettività dei ristretti per la quale considerando del tutto insufficiente un qualunque appianamento del problema collegato ai permessi premio. Ogni soluzione che passa dai permessi premio viene stigmatizzata come inadeguata in quanto, in primo luogo, non tutti i detenuti possono accedervi (e, paradossalmente, ne sono esclusi *in primis* i ristretti per ragioni cautelari e, quindi, proprio una categoria di persone che in effetti sarebbe da considerarsi ancora non colpevole per definizione costituzionale)⁴⁸. In secondo luogo, l'inopportunità di una soluzione di tal genere è posta in evidenza sottolineando l'incostituzionalità di una previsione che collega in termini funzionali il godimento di un diritto fondamentale alla necessità di adottare un comportamento virtuoso⁴⁹.

Probabilmente in stretta relazione al superamento della logica premiale la Corte, citando alcuni esempi di normativa straniera che prevede soluzioni ai fini dell'intimità nelle carceri, non fa riferimento esplicito alla numerosità degli ordinamenti che contengono tali previsioni⁵⁰ e si limita a riferirsi, invece, ad alcuni casi emblematici attinenti a Spagna, Germania e Francia⁵¹. Si tratta di casi avulsi dalla logica premiale e in relazione a cui la

giudizio costituzionale in via principale, B. Liberali, *Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, in *Atti del Convegno annuale dell'associazione Gruppo di Pisa «Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni»*, Trento, 18-19 settembre 2020, 59 ss, www.gruppodipisa.it/images/convegni/2020_Convegno_Trento/Benedetta_Liberali_-_Stato_e_Regioni_davanti_alla_Corte_costituzionale_-_Relazione.pdf. sugli amici curiae nel sindacato costituzionale italiano M. D'Amico, *Gli amici Curiae*, in *Questione Giustizia*, n. 4, 2020; A. Moscarini, *Amicus curiae e giudizio incidentale nelle norme integrative sui giudizi dinanzi la Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2, 2020, F. Clementi, *Amici curiae?*, in *Rivista Il Mulino*, 9 marzo 2020; M. Esposito, *Note minime sulle ambiguità della figura dell'amicus curiae*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2020; M. Manetti, *I "falsi amici" del Giudice costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2020, 505 ss.; P. Costanzo, *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Consulta OnLine*, 1, 2019; T. Groppi, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, *Consulta OnLine*, 1, 2019.

⁴⁷ È questa l'espressione impiegata dalla stessa Corte nella conferenza stampa del [...] che presentava le modifiche alle norme integrative nel 2020 e che introducevano, fra l'altro l'istituto dell'*amicus curiae*. Su tale evoluzione nel modo di proporsi della Corte nella società civile cfr. G. Amato, D. Stasio, *Storie di diritti e di democrazia: la Corte costituzionale nella società*, Milano, 2023.

⁴⁸ Nel punto 2.6.2. del considerato in diritto della decisione 10/2024 il giudice costituzionale efficacemente afferma «L'inadeguatezza dell'attuale situazione normativa è di particolare evidenza per il detenuto in attesa di giudizio, al quale è preclusa l'affettività *extra moenia* a causa dell'impossibilità di fruire di permessi premio ed è altresì preclusa l'affettività intramuraria per effetto dell'art. 18 ordin. penit., tutto ad onta della presunzione di non colpevolezza fino a condanna definitiva, di cui all'art. 27, secondo comma, Cost.».

⁴⁹ Aspetto che venga ribadito altresì, più volte, nell'ordinanza di rimessione.

⁵⁰ Secondo l'appello di Pugiotto solo fra i paesi del Consiglio d'Europa sono 31 gli ordinamenti che contengono previsioni di tale genere.

⁵¹ I richiami al diritto straniero fanno riferimento ai parlatori familiari (*parloirs familiaux*) e alle unità di vita familiare (*unités de vie familiale*) previsti nel codice penitenziario francese, alla possibilità delle *comunicaciones íntimas* disciplinate dal regolamento penitenziario spagnolo sino alle visite di lunga durata (*Langzeitbesuche*), ammesse dalla legislazione penitenziaria di molti *Länder* tedeschi).

normativa citata riceve concreta applicazione dall'amministrazione carceraria.

Il riferimento comparatistico in questo caso svolge certamente una funzione di rafforzamento dell'argomentazione giuridica e sottolinea la «fattibilità in concreto» dell'esecuzione della decisione.

Potrebbe inoltre aggiungersi un'ulteriore osservazione concernente il fatto che la valutazione comparativa si collega in parte al rispetto del parametro convenzionale. Ciò si rende particolarmente evidente considerando che all'indomani della decisione *Torreggiani* lo Stato italiano si confrontò con la spiacevole situazione per la quale alcuni giudici inglesi si spinsero a porre in dubbio la possibilità di estradare cittadini della loro nazionalità in Italia rilevando l'inadeguatezza del contesto carcerario italiano⁵². In tali vicende processuali i magistrati (inglesi) rifiutarono l'estradizione di due condannati verso l'Italia paventando il rischio di trattamenti disumani e degradanti in violazione dell'art. 3 CEDU, rischio considerato concreto ed elevato, stante il carattere strutturale del sovraffollamento carcerario sanzionato dalla Corte EDU.

Potrebbe dunque ipotizzarsi che l'indagine comparativa in tale ambito non sia da considerarsi meramente a fini esornativi o di mero sostegno esterno alla costruzione della logica argomentativa che sostiene la decisione⁵³ ma anche in relazione a valutazioni maggiormente pregnanti quali la credibilità internazionale del Paese.

La Corte, con una scelta coraggiosa, ha deciso dunque di non percorrere ulteriormente la strada monitoria ed ha adottato pertanto una decisione di accoglimento; non può escludersi che in futuro potranno porsi altre questioni delicate collegate strettamente a tale decisione, a partire dalle problematiche infrastrutturali che si porranno giacché il deciso costituzionale, di fatto, esige che le carceri italiane vengano adeguate anche strutturalmente alle esigenze dell'affettività dei detenuti. Altra questione potrebbe riguardare problematiche di medio termine connesse alla possibile esecuzione «a macchia di leopardo» della decisione più facilmente eseguibile in alcuni contesti carcerari piuttosto che in altri, circostanza che potrebbe innescare problematiche importanti in tema di tutela del principio di eguaglianza. Ciò non diminuisce l'importanza della decisione che nella sua portata, *mutatis mutandis*, è paragonabile ad altrettanto note e certamente significative sentenze fra le quali spicca indubbiamente la vicenda Cappato; nella seconda delle decisioni che hanno composto tale «saga giurisprudenziale»⁵⁴, la Corte ha emblematicamente affermato che «Decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta

⁵² Tale eventualità ha trovato in effetti significativa concretizzazione nelle pronunce di due autorità inglesi: la *High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative Court* (11 marzo 2014) e la *Westminster Magistrates' Court* (17 marzo 2014). In tali vicende processuali i giudici inglesi hanno rifiutato l'estradizione di due condannati verso l'Italia paventando il rischio di trattamenti disumani e degradanti in violazione dell'art. 3 CEDU – rischio considerato concreto ed elevato, stante il carattere strutturale del sovraffollamento carcerario – sanzionato dalla Corte EDU. Su tali vicende processuali cfr. F. Urban, *Il diritto del detenuto ad un trattamento penitenziario umano a quattro anni dalla sentenza Torreggiani c. Italia*, cit., 54 ss.

⁵³ Sui richiami al diritto comparato nel formante giurisprudenziale cfr. B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, 2009. Sul tema cfr. anche G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010.

⁵⁴ La doppia pronuncia nella vicenda Cappato si compone, come noto, dell'ordinanza n. 207 del 2018 e della successiva sentenza 242 del 2019. Su tale vicenda giurisprudenziale *ex multis* cfr. A. Ridolfi, *Un nuovo tipo di doppia pronuncia: la via italiana alla Unvereinbarerklärung? (osservazioni su C. Cost., ord. N. 207/2018 e sent. 242/2019)*, in *Nomos. Le Attualità nel Diritto*, 3, 2019; E. Furno, *Il caso Cappato ovvero dell'attivismo giudiziario*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2020; S. Talini, *Il controverso rapporto tra giurisprudenza costituzionale, scelte parlamentari e decisioni di Strasburgo. Considerazioni di sistema a partire dalla nuova udienza su caso Cappato*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2019.

regolazione della materia, alla quale spetta la priorità.

Come più volte si è avuto modo di rilevare, «posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio» (sentenze n. 162/2014 e n. 113/2011; analogamente sentenza n. 96/2015). Occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale: e ciò «specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore» (sentenza n. 99/2019)⁵⁵.

La medesima esigenza di riallineamento alla legalità costituzionale dell'organizzazione carceraria italiana reclamava una decisione in senso di accoglimento della Corte risultando in effetti sconcertante, in uno Stato di diritto democratico quale l'Italia si propone di essere, una perdurante condizione di illegalità legislativa palese e accertata degli stati di detenzione.

Abstract. La sentenza n. 10/2024 della Corte costituzionale rappresenta una svolta significativa nella complessa tematica della questione carceraria italiana. Ciò in quanto, dopo diversi anni dalla sua formale affermazione, si propone a garanzia, in termini concreti, del diritto all'affettività (ed alla sessualità) dei detenuti.

La decisione interviene infatti a 12 anni da una precedente sentenza monitoria e rappresenta, dunque, l'apice di un percorso dialogico con il legislatore sul detto delicato tema.

La sentenza si rivela particolarmente interessante sia in relazione alla questione di merito sia con riguardo ad alcuni profili processuali ed argomentativi.

Abstract. The Constitutional Court's sentence no. 10 of 2024 represents a significant turning point in the Italian penitentiary debate because, several years after its formal enunciation, it proposes technical guarantees of the right to affection (and sexuality) of the detained.

The decision comes 12 years after a previous monitoring sentence. It thus represents the culmination of a dialogue with the legislator on this sensitive topic.

The decision proves to be very intriguing regarding the substantive issue as well as certain procedural and argumentative elements.

Parole chiave. Detenuti – diritto all'affettività – tipologie decisorie – Corte costituzionale – legislatore.

Key words. Prisoners – right to affection – decision typologies – Constitutional Court – legislator.

⁵⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 242/2019, Punto 4 del Considerato in diritto.

I PARCHI CULTURALI ECCLESIALI: ANELITI PAUPERISTICI E (NECESSITÀ DI UN) RITORNO ALLA REALTÀ*

di Antonio Leo Tarasco**

Sommario. 1. Il diritto dei beni culturali di interesse religioso: una disciplina complessa. – 2.1. I parchi culturali ecclesiali: definizione e finalità. – 2.2. I parchi culturali ecclesiali: nozione, genesi ed organizzazione. – 2.3. I parchi culturali ecclesiali: profili gestionali e reddituali. – 2.3.1. Il problema del pagamento del biglietto di ingresso nelle chiese: realtà *vs.* astrattezze. – 2.4. Tutela e fruizione dei beni culturali di interesse religioso: la *mens* ecclesiale e le patologie della conservazione.

428

1. Il diritto dei beni culturali di interesse religioso: una disciplina complessa. Il Diritto del patrimonio culturale di interesse religioso aggiunge agli ordinari problemi di ogni branca giuridica la mancanza di autonomia della disciplina: poiché il diritto dei beni ecclesiali non può che essere universale come universale è la Chiesa, esso non può che mutuare alcuni caratteri dal diritto canonico (universale), altri dal diritto proprio dello Stato in cui va applicato; è perciò indispensabile, per alimentarlo e «costruirlo», non solo il diritto canonico, ma altresì il diritto pubblico statale, il diritto comparato e internazionale. Di tali difficoltà costituisce testimonianza, *a contrario*, sul piano strettamente didattico, l'inesistenza di un manuale di diritto dei beni culturali di interesse religioso sufficientemente completo. Di qui anche la difficoltà di elaborare uno statuto giuridico unitario, valevole per tutte le realtà episcopali (in disparte le difficoltà linguistiche di esporre tali discipline a persone che provengono da ogni parte del mondo)¹.

* Sottoposto a referaggio.

** Direttore generale Archivi del Ministero della cultura. Le opinioni espresse non esprimono la posizione dell'Amministrazione di appartenenza e sono rese a titolo esclusivamente personale.

¹ Sul concetto di «bene culturale di interesse religioso», la letteratura è molta vasta, nonostante un dinamismo ordinamentale non particolarmente accentuato. Tra i tanti scritti, si vedano E. Camassa Aurea, *I beni culturali d'interesse religioso: norme statali, norme pattizie e norme confessionali*, in L. Mezzetti (a cura di), *I beni culturali. Esigenze unitarie di tutela e pluralità di ordinamenti*, Padova, 1995, 163-209; G. Feliciani (a cura di), *Beni culturali di interesse religioso. Legislazione dello Stato ed esigenze di carattere confessionale*, Bologna, 1995; F. Petroncelli Hübler, *I beni culturali religiosi. Quali prospettive di tutela*, Napoli, 2001; A. Roccella, *I beni culturali di interesse religioso della Chiesa cattolica*, in AA.VV., *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, Milano, 2002, vol. II, 1093-1127; S. Amoroso, *I beni culturali di interesse religioso nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2003, 375-392; R. Astorri, *I beni culturali di interesse religioso nell'ordinamento italiano: spunti problematici*, in C. Cardia (a cura di), *Studi in onore di Anna Ravà*, Torino, 2003, 21-34; V.M. Sessa, *La disciplina dei beni culturali di interesse religioso*, Milano, 2005; M. Madonna (a cura di), *Patrimonio culturale di interesse religioso in Italia. La tutela dopo l'Intesa del 26 gennaio 2005*, Venezia, 2007; A.G. Chizzoniti, *I beni culturali di interesse religioso: la collaborazione tra istituti pubblici ed ecclesiastici nell'attività di valorizzazione*, in L. Degrossi (a cura di), *Cultura e istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Milano, 2008, 63-103; P. Picozza, *I beni culturali di interesse religioso nella nuova legislazione statale: le innovazioni nell'intesa con la Conferenza episcopale italiana*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, vol. V, 31-41; A.G. Chizzoniti, *Profili giuridici dei beni culturali di interesse religioso*, Tricase, 2008; N. Colaizzi, *La tutela dei beni culturali di interesse religioso tra Costituzione e convenzioni con le confessioni religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 21, 2012, 1-18; M. Tigano, *Tra economie dello Stato ed «economia» della Chiesa: i beni culturali d'interesse religioso*, Napoli, 2012; A. Crosetti, *La tutela del patrimonio architettonico religioso nel sistema degli accordi tra Stato e Chiesa*:

Almeno in Italia, i beni giuridici di proprietà ecclesiastica concorrono, dal punto di vista quantitativo, a quelli di proprietà statale; contrariamente a quello che si pensa, lo Stato italiano ha una posizione recessiva rispetto a molte altre realtà proprietarie di beni culturali. Basta leggere le statistiche ISTAT pubblicate nel 2022, laddove, almeno per quanto riguarda i musei, le aree archeologiche e i monumenti nazionali, la proprietà statale si aggira intorno al 10,4% del totale (ossia 444 rispetto a 4265), mentre i musei, aree archeologiche e i monumenti nazionali di appartenenza di enti ecclesiastici - nell'ambito del 32,1% di proprietà privata - raggiunge il 6,10% (per un totale di 262 siti). È il complesso degli enti locali a fare la parte del leone: 48,7% del totale (51,9% se si considerano anche quelli delle regioni).

Come si spiega allora il ruolo «pervasivo» dello Stato? Evidentemente non in ragione della proprietà o della quantità di beni posseduti, ma in ragione della disciplina espansiva di matrice statale che, come noto, si applica (nella sola) funzione di tutela indipendentemente dal regime proprietario.

Com'è noto, l'art. 12, c. 2, dei *Patti di Villa Madama* del 18 febbraio 1984, nell'atto di stabilire la necessità di «armonizzare l'applicazione della legge italiana con le esigenze di carattere religioso», implicitamente sancisce l'assoggettabilità dei beni di proprietà della Chiesa alla normativa statale di tutela². La disposizione riconosce la piena competenza e responsabilità dello Stato nella tutela, pur tenendo in considerazione le esigenze di carattere religioso. Ebbene, questo è uno dei pochi momenti in cui la disciplina statale appare condizionare l'amministrazione dei beni culturali di interesse religioso di appartenenza ecclesiastica, sebbene attraverso lo strumento negoziale e non in modo imperativo («gli organi competenti delle due Parti concorderanno opportune disposizioni»)³. Non si verte, quindi, in materia di «*res mixta*»⁴, in quanto l'attività concordata non si configura quale «attività paritetica»⁵ delle due parti, non sussistendo una «materia regolata da fonti normative primarie sia dello Stato

profili giuridici e problematici, in *Diritto e processo amministrativo*, 2-3, 2015, 445-489; A. Pignatti, L. Baraldi, *Il patrimonio culturale di interesse religioso. Sfide e opportunità tra scena italiana e orizzonte internazionale*, Milano, 2017; B. Serra, *La protección de los bienes culturales de la Iglesia católica: la experiencia italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 42, 2017, 1-21; M. Tocci, *Il regime giuridico dei beni culturali di interesse religioso*, Ospedaletto, 2017; F. Passaseo, *La tutela dell'interesse religioso dei beni culturali. Riflessioni tra ius conditum e ius condendum*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 7, 2018, 1-29; Id., *Prospettive attuali di tutela dell'interesse religioso dei beni culturali appartenenti ad enti ed istituzioni della Chiesa cattolica, allo Stato o ad altri enti pubblici*, in G. Dammacco, C. Ventrella (a cura di), *Religioni, diritto e regole dell'economia*, Bari, 2018, 431-444; M. Tigano, *Sulla gestione, secondo criteri economici, dei beni culturali di interesse religioso*, in F. Astone (a cura di), *Patrimonio culturale. Modelli organizzativi e sviluppo territoriale*. Atti del Convegno di Messina, 14-15 ottobre 2016, Napoli, 2019, 95-115; P. Alliata, A. Biscaldi, C. Marzagalli, A. Palomba, V. Piglionica, L. Salvemini, T. Zanetti, *L'arte e il mistero. Sui beni culturali di interesse religioso*, Cinisello Balsamo, 2020; G. Sciuillo, *I beni culturali della Chiesa cattolica nel codice Urbani*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, 2, 2020; G. Mazzoni (a cura di), *Il patrimonio culturale di interesse religioso in Italia. Religioni, diritto ed economia*, Soveria Mannelli, 2021.

² In tema, si vedano E. Camassa, *I beni culturali di interesse religioso. Principio di collaborazione e pluralità di ordinamenti*, Torino, 2013, part. 118 ss.; G. Feliciani, *Le intese sui beni culturali ecclesiastici: bilanci e prospettive*, in *Il Diritto ecclesiastico*, fasc.1-2, 2006, 5 ss.; Id., *I beni culturali ecclesiastici nell'Accordo Italia-Santa Sede del 1984 e nelle sue norme di attuazione*, in *Winfried Schulz in memoriam. Schriften aus Kanonistik und Staatskirchenrecht*, Bern, 1999, 225-247; G. Pastori, *L'art. 12 dell'Accordo 18 febbraio 1984 nel quadro dell'ordinamento giuridico italiano*, e C. Cardia, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali di interesse religioso tra Stato e Chiesa Cattolica*, in G. Feliciani (a cura di), *Beni culturali di interesse religioso*, Bologna, 1995, rispettivamente 29-40 e 55-75.

³ Cfr. F. Petroncelli Hubler, *Attuali prospettive di tutela dei beni culturali d'interesse religioso*, in *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, Modena, 1989, vol. III, 1002 ss.

⁴ Come riconosciuto da E. Camassa, *I beni culturali*, cit., 121, «non si disciplina la salvaguardia e la valorizzazione dei beni culturali d'interesse religioso, cosa che è e resta compito dello Stato; quello che viene previsto è un impegno a collaborare con lo Stato per la tutela di interessi che sono propri della Chiesa pur sempre nel quadro di una potestà internazionale (...) riservata oggi allo Stato». Della stessa opinione è A. Gomez de Ayala, *Beni culturali di interesse religioso: rapporti tra la tutela dello Stato e la tutela dell'autorità ecclesiastica*, in G. Cofrancesco (a cura di), *I beni culturali tra interessi pubblici e privati*, Roma, 1996, 111 ss., qui 118.

⁵ A. Gomez de Ayala, *Beni culturali di interesse religioso*, cit., 119.

che della Chiesa, ed una funzione propria all'uno e all'altra, che da quelle fonti ripeta le sue attribuzioni e i suoi poteri»⁶.

Nel momento della gestione, al contrario, ciascun ente proprietario stabilisce autonomamente la propria disciplina: la Chiesa – al pari ogni altro ente pubblico e privato diverso dallo Stato – resta libera di elaborare le proprie autonome strategie organizzative (i profili giuridici della gestione dei beni appartenenti agli Uffici potranno divergere da quelli del nascente parco culturale ecclesiale della Toscana o della Diocesi di Firenze, per esempio). Eccezion fatta per le elaborazioni teoriche sui parchi culturali ecclesiali, credo si possa osservare che le riflessioni dottrinali sul diritto dei beni culturali di interesse religioso, per quanto profonde, siano, però, abbastanza stereotipate quanto alle tematiche investigate: nulla a che vedere con la varietà degli argomenti del diritto dei beni culturali «profani» statali, complice, qui, anche un'oggettiva mancanza di coordinate chiare circa gli obiettivi da raggiungere (si pensi alla polarità «redditività-gratuità» della gestione del patrimonio culturale). In pratica, se nel diritto dei beni culturali di interesse religioso gli argomenti investigati sono tassonomicamente prevedibili, nel diritto dei beni culturali statali l'astratta possibilità di sperimentazione genera un fermento che, se può giudicarsi fecondo sul piano dottrinale, appare scarsamente illuminante sul piano pratico. Concretamente, qui, assetti organizzativi e funzionali non cambiano in misura proporzionata alla quantità delle investigazioni teoriche: corrono paralleli e...all'infinito.

2.1. I parchi culturali: definizione e finalità. Quella del parco culturale ecclesiale⁷ è una modalità attraverso cui si cerca di mettere a sistema tutto il complesso dei beni culturali, superando la frammentarietà tipologica della fruizione dei vari beni. Se, ad esempio, all'interno di un museo diocesano si possono trovare (pochi) reperti archeologici e (molti) altri di carattere storico-artistico, mentre la visita di una chiesa può svelare le sue bellezze artistiche e architettoniche e quella di un archivio la storia delle persone che hanno contribuito a edificare la Chiesa, il parco culturale ecclesiale può offrire tutto questo, oltre alla immancabile componente di natura spirituale che rivela il *sensus fidei* (come le componenti di pietà popolare, tradizioni, riti ecc.)⁸.

Per come è descritta nel documento *Bellezza e salvezza per tutti. Parchi e Reti Culturali Ecclesiali: quando il Turismo diventa via di vita buona e speranza concreta*, la nozione di parco culturale ecclesiale, dunque, svolge una funzione olistica poiché intende mettere a sistema l'insieme dei beni culturali ecclesiali per il tramite di un elemento identificativo unificante territoriale⁹. Quanto descritto e progettato nel 2018, viene ulteriormente chiarito anche nell'edizione 2023 del documento dove sono meglio definiti gli obiettivi del Parco culturale ecclesiale: e cioè creare «un sistema territoriale che promuove, recupera e valorizza, attraverso una strategia coordinata e integrata, il patrimonio liturgico, storico, artistico, architettonico, museale, ricettivo e ludico di una o più Chiese particolari. Vuole essere un sistema che [...] diventa capace di mettere in relazione comunità parrocchiali, monasteri, santuari, aggregazioni laicali. Vuole essere un tessuto connettivo in grado di valorizzare spazi aggregativi e ricettivi, antiche

⁶ A. Gomez de Ayala, *Beni culturali di interesse religioso*, cit., 120.

⁷ Per un inquadramento, tra gli scarsissimi contributi, v. M. Tigano, *Turismo sostenibile e nuove strategie per la valorizzazione e la fruizione dei beni culturali di interesse religioso: i Parchi culturali ecclesiali*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, 1, 2022, 13 ss.

⁸ Si ricordi che, a differenza di quanto accade per lo Stato italiano, la musica è per la Chiesa un vero e proprio bene culturale, sebbene immateriale.

⁹ Conferenza episcopale italiana, Ufficio nazionale per la pastorale del tempo libero, turismo e sport, *Bellezza e salvezza per tutti. Parchi e Reti Culturali Ecclesiali: quando il Turismo diventa via di vita buona e speranza concreta*, settembre 2018.

vie di pellegrinaggio, iniziative culturali tra le più disparate, tradizioni radicate nella cultura e nella religiosità popolare. Inoltre, vuole accompagnare la rete ecclesiale territoriale ad entrare in contatto con altre reti (ecologico-ambientali, sistemi turistici locali, istituzioni, GAL), rispondendo così anche ad esigenze complementari della fruizione culturale, turistica e del tempo libero, salvaguardandone la primaria funzione ed identità religiosa»¹⁰.

Nell'aggiornamento del Documento operato a fine 2023, si chiarisce che la scelta di istituire il Parco culturale ecclesiale non costituisce, però, il «modo per valorizzare le proprie ricchezze artistiche e culturali, ma la possibilità di utilizzare il linguaggio e lo spazio turistico come vero terreno di missione in cui la Chiesa ha cittadinanza propria essendo il soggetto da cui, per la stragrande maggioranza dei casi, i beni culturali ecclesiali sono nati. E questo per tessere un nuovo umanesimo [...]».

2.2. I parchi culturali ecclesiali: nozione, genesi ed organizzazione. Quanto al *nomen juris*, il parco culturale ecclesiale tradisce una similitudine con un altro istituto, di origine statale: il *parco archeologico*. Com'è noto, il parco archeologico è una novità introdotta dal Codice dei beni culturali e del paesaggio del 2004 (art. 101, c. 2, lett. e)), che con questa definizione ha inteso inserire accanto all'area archeologica pura e semplice un'altra entità data dall'insieme di elementi archeologici e paesaggistico-ambientali. Dunque, anche per il diritto statale, la nozione di «parco» evoca l'idea dell'unità di una molteplicità di elementi; anche tale riferimento conferma il proposito di ridurre ad unità più categorie di beni culturali, contenente in sé più elementi, ovvero tutto ciò che appartiene alla Chiesa locale e che esprime il senso religioso attraverso la forma culturale: elementi materiali ed elementi immateriali.

Nella prima edizione del 2018 del Documento della Cei *Bellezza e salvezza per tutti*, il parco si costituisce attraverso una fondazione; e fin qui, *nulla quaestio*. Il problema non sta, però, nella forma giuridica dell'ente chiamato a gestire la complessità tipologica dei beni culturali di interesse religioso quanto, piuttosto, nella farraginosità del procedimento attraverso cui si arriva alla costituzione di quell'ente. Sarebbe stato, forse, preferibile disegnare esclusivamente un orizzonte, fissando poche e chiare condizioni, come ad esempio le tipologie di soggetti cui spetta l'amministrazione e gestione dei beni culturali ricadenti nella diocesi. Lo stesso utilizzo di troppi latinismi (come *locus lucis*), in un documento che deve parlare a tutta l'umanità, indipendentemente dal livello culturale degli operatori, è forse eccessivo, e mortifica lo spirito di servizio verso il comune pellegrino (che quella espressione non è tenuto a conoscere). Buona invece l'intuizione di creare un *logo*, dal momento che un parco culturale ecclesiale, al di là della forma giuridica, si crea anche grazie ad un sistema identificativo di immagine e comunicazione; i luoghi identificati con un certo segno identificano l'appartenenza a quel percorso.

Per altro verso, una volta costituita la fondazione del parco, nel documento del 2018 non si comprendeva la necessità di sottoscrivere una convenzione con la diocesi: se la fondazione è costituita dalla diocesi, che motivo c'è di una successiva convenzione con lo stesso ente fondatore? È ammissibile (e, prima ancora, ragionevole) una convenzione con uno dei soggetti fondatori? Atteso che la Diocesi è parte necessaria della Fondazione (essendo riconducibile ad essa i beni conferiti in uso alla Fondazione), qual è la necessità giuridica di una convenzione?

Tali limiti sembrano essere stati superati nell'edizione 2023 del *Documento dell'Ufficio nazionale per la pastorale del tempo libero, turismo e sport* in cui è stata notevolmente semplificata la procedura

¹⁰ Conferenza episcopale italiana, Ufficio nazionale per la pastorale del tempo libero, turismo e sport, *Bellezza e salvezza per tutti. Parchi e Reti Culturali Ecclesiali: quando il Turismo diventa via di vita buona e speranza concreta*, novembre 2023, § 23.

di riconoscimento. In questo si prevede unicamente che il vescovo diocesano interessato invii all'ufficio nazionale: 1) lettera di manifestazione di interesse con cui condivide la proposta del progetto dei PCE; 2) il progetto PCE con indicata la rete ossia le istituzioni pubbliche o private che saranno coinvolte; 3) nominativo, incarico e recapiti del referente PCE, possibilmente l'incaricato diocesano per il tempo libero e turismo. Scompare il riferimento alla necessità della costituzione della fondazione e, prima ancora, di creare una fondazione diocesana da convenzionare con la erigenda fondazione del Parco culturale ecclesiale.

2.3. I parchi culturali ecclesiali: profili gestuali e reddituali. Sul piano finanziario e reddituale, gli argomenti contenuti nel Documento del 2018 sembrano non essere del tutto coerenti con le finalità qui prefissate. Da un lato, infatti, si afferma che i parchi culturali ecclesiali possono essere volani per lo sviluppo economico e sociale; dall'altro si indulge in un afflato utopico-pauperistico che, però, viene declinato in un contesto in cui non possono che valere regole diverse. Si afferma apoditticamente, ad esempio, che «nella società conviviale i valori sono l'etica e il bene realizzato» e che esiste «più che l'*homo oeconomicus*, l'*homo donator*». Appare indimostrata e comunque inapplicabile la tesi che cela il motto inserito nel Documento dell'Ufficio nazionale per la pastorale del tempo libero, turismo e sport della CEI. Se non si possiede, infatti, cosa mai si può donare? Il presunto «donator» cosa dona, se non ha? E quel che donerebbe, da dove lo ricava? Se compare l'*homo donator*, che fine ha fatto l'*homo oeconomicus*?

Sono domande banali a cui, però, il pur dotto Documento della CEI del 2018 non fornisce spiegazioni.

I limiti di prospettiva e di metodo sono riprodotti anche nell'aggiornamento 2023 del Documento dove pure appaiono più realistici i mezzi dichiarati per realizzare gli scopi dei Parchi culturali ecclesiali: in linea di principio non si rifiuta il profitto ma si antepone a questo la realizzazione dei fini spirituali. Infatti, il PCE «non cerca solo il profitto [...]. Il profitto è importante, ma sarà un risultato, un indicatore di salute e di buon funzionamento del processo generativo di buone prassi di valorizzazione, non un fine». In altri termini, «l'economia della bellezza non rinuncia certo alla produzione di valore, ma lo fa attraverso il processo che non fa dell'obiettivo un'ossessione, ma che la rende un'economia armonica, si muove in armonia nelle relazioni interne ed esterne che ne originano i risultati»¹¹. Ciò significa che «se nella società industriale il fine ultimo è l'accumulo della ricchezza, nella società conviviale il fine è l'amicizia e la reciprocità fraterna»¹².

Se tutto ciò può apparire eticamente condivisibile e più equilibrato, appare ancora scarsamente accettabile, pur nella rivisitazione del documento del 2023, la contrapposizione tra *homo oeconomicus* e *homo donator*, fondata sulla «scommessa sulla generosità» in base alla quale il *cliens* dovrebbe diventare «*socius*», il quale a sua volta dovrebbe ricambiare «la generosità con la più efficace campagna di comunicazione: il racconto della sua esperienza»¹³. Questa peculiare relazione dovrebbe contribuire alla «co-creazione di valore, intesa come modello alternativo a quello che possiamo definire tradizionale, dove sono presenti aziende attive e consumatori/clienti passivi»: sul piano della sostenibilità del progetto e dei mezzi concreti da apprestare per l'organizzazione del Parco culturale ecclesiale, anche nell'edizione del novembre 2023 non si comprende bene come «il potere di parola è dato all'interno alle

¹¹ Conferenza episcopale italiana, Ufficio nazionale per la pastorale del tempo libero, turismo e sport, *Bellezza e salvezza per tutti*, cit., § 24.

¹² Conferenza episcopale italiana, Ufficio nazionale per la pastorale del tempo libero, turismo e sport, *Bellezza e salvezza per tutti*, cit., § 25.

¹³ Conferenza episcopale italiana, Ufficio nazionale per la pastorale del tempo libero, turismo e sport, *Bellezza e salvezza per tutti*, cit., § 25.

persone nella stessa misura in cui è dato all'esterno ai clienti/consumatori». Significativo è il fatto che dopo l'esperienza del c.d. *Progetto Policoro*, citata anche nell'edizione del 2018, non si citino altre esperienze dopo ben 5 anni. Il che potrebbe voler anche significare che quello vissuto costituisce un *esperimento* non sufficientemente maturo da poter essere configurato come un *modello* (come invece si pretende di fare). L'impressione è che sia rimasto un Documento progettuale prevalentemente letterario, privo di concretezza; e questo non perché intriso di (doveroso) anelito spirituale ma perché sembra non descrivere mezzi ed organizzazioni per attuare quelle idealità, e presuppone logiche, volontà e possibilità (di trasformazione ontologica) tutte da verificare in concreto.

Da queste premesse, non si comprende come si possano poi realizzare gli obiettivi ambiziosissimi ed ecumenici che ci si propone: «un soggetto promosso dalla Chiesa, ma che intende rivolgersi a chiunque abbia volontà di progettare, implementare, governare, gestire, mantenere, animare, promuovere e valorizzare gli immensi patrimoni materiali e immateriali delle diverse aree del Bel Paese, magari attraverso percorsi di mobilità dolce e sostenibile. Ancor più e ancor prima, ogni PCE intende farsi interlocutore di chiunque abbia a cuore il futuro dell'Italia e degli Italiani, con particolare riguardo a quella maggioranza meno rumorosa che vive lontano dalle grandi città, nella dimensione dolce di provincia, nei piccoli Comuni e nei Borghi, nelle aree interne del Paese e nel Mezzogiorno, consentendo il recupero e la valorizzazione delle loro valenze peculiari e non delocalizzabili, ma anche di restituire al Paese la sua naturale prospettiva di ponte sul Mediterraneo, di cerniera tra le diverse culture che dall'Europa guardano alle sensibilità culturali e religiose che si affacciano sul Mare Nostrum»¹⁴.

Il Documento, in entrambe le edizioni (2018 e 2023), sembra trascurare che il generale problema della gestione di ogni luogo di interesse culturale sta anzitutto nell'acquisizione delle risorse necessarie allo scopo. Il problema è ineludibile e non può essere sbrigativamente risolto con un pregiudiziale disprezzo per la dimensione economica della vita, come se si potesse fare a meno del vil denaro. È vero, le utopie rappresentano sogni che, spesso, si realizzano; esse non vanno disprezzate. Ma guai a confondere il fine con il mezzo.

I beni culturali ecclesiali e la loro gestione in forma economica e reddituale appaiono – a parere di chi scrive – il mezzo per raggiungere lo scopo ultimo: l'evangelizzazione. Se quel mezzo si sostituisce al fine, si può assistere ad un degrado morale nello svolgimento dell'attività di gestione del parco culturale ecclesiale. Ma se si commette l'errore di ritenere che la nobiltà del fine debba essere raggiunta con disinteresse e una pura attività di volontariato, si corre il rischio di far fallire l'intero progetto la cui realizzazione richiede, invece, la definizione di un preciso programma di equilibrio finanziario composto da analitiche voci di entrate e di uscite. Più che scomparsa dell'*homo oeconomicus*, mi pare, questo, proprio uno dei suoi terreni di elezione.

Questi punti possono comprendersi anche facendo un raffronto con la dimensione statale: il rapporto tra l'art. 9 e l'art. 97 Cost. Com'è noto ai giuristi, l'art. 9 Cost. contribuisce a qualificare la Repubblica come una Repubblica fondata sulla cultura e sulla sua promozione, oltre che sulla promozione della ricerca scientifica e tecnica. Se questo è il fine ultimo (art. 9, c. 1, Cost.), quale è il mezzo? Il mezzo per la realizzazione di tali finalità si rinviene nell'art. 97, laddove si affermano i principi del buon andamento e dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione, oltre che della sostenibilità del debito pubblico e di equilibrio dei bilanci

¹⁴ Conferenza episcopale italiana, Ufficio nazionale per la pastorale del tempo libero, turismo e sport, *Bellezza e salvezza per tutti*, cit., § 30.

pubblici¹⁵. Quindi, la nobiltà del fine (promozione della cultura) è necessariamente associata alla «volgarità» del mezzo, cioè alla necessità di «far quadrare i conti» (nella gestione del patrimonio culturale). Altro che tramonto dell'*homo oeconomicus*! Dunque, il fine della promozione culturale, anche nei parchi ecclesiali, si realizza grazie ad una *mens economica*, ad una sensibilità verso la dimensione materiale quotidiana e, quindi, alla messa a reddito del patrimonio¹⁶.

Tale combinazione di fattori vale non solo per lo Stato, ma per ogni umana organizzazione. In fondo, la lettura offerta del combinato disposto degli artt. 9 e 97 Cost. fa emergere l'importanza della gestione oculata del patrimonio che si intende offrire al pubblico, pur se a scopo di evangelizzazione.

2.3.1. Il problema del pagamento del biglietto di ingresso nelle chiese: realtà vs. astrattezze. Tali profili inerenti alla gestione del patrimonio culturale ecclesiastico e alle fonti necessarie al suo mantenimento consentono di introdurre il tema del pagamento dell'ingresso nelle chiese monumentali, argomento sul quale per una malintesa pudicizia raramente si discute con franchezza.

È noto che il Canone 1221 prescrive, e giustamente, che «l'ingresso in chiesa durante il tempo delle sacre celebrazioni sia libero e gratuito». La libertà, prima ancora che la gratuità dell'accesso nelle chiese, è funzionale alla libertà di culto, dal momento che è proprio l'esercizio del culto divino lo scopo per cui le chiese sono edificate e aperte¹⁷. In tal senso, non si spiega come possa essere ugualmente libero e gratuito l'ingresso al di fuori delle funzioni culturali e per scopi di palese interesse turistico, all'interno di luoghi di notoria attrazione turistica. Ove non si realizzino le pur condivisibili condizioni canoniche, non si spiega come si possa prescrivere che «le comunità cristiane accolgono nelle chiese come ospiti graditi tutti coloro che desiderano entrarvi per pregare, per sostare in silenzio, per ammirare le opere d'arte sacra in esse presenti». Come si possa, in altri termini, continuare ad intendere che le chiese «anche durante le visite turistiche [...] continuano a essere 'case di preghiera'»¹⁸. La pretesa ammissibilità dell'introduzione di un biglietto d'ingresso a pagamento «soltanto per la visita turistica di parti del complesso (cripta, tesoro, battistero autonomo, campanile, chiostro, singola cappella, ecc.), chiaramente distinte dall'edificio principale della chiesa, che deve rimanere a disposizione per la preghiera»¹⁹ appare irrealistica, posto che: a) l'interesse turistico non sempre è associato a soli tali elementi; b) non sempre si rivela una distinzione architettonica tra tali elementi e il corpo principale della chiesa.

La prassi, d'altro canto, sta ampiamente smentendo tali assunti, che vengono sempre più spesso superati da contrarie regolamentazioni diocesane. Esempio di tale inversione di tendenza è il caso del Pantheon romano.

Da sempre, lo Stato italiano e, per esso, il Ministero della cultura, si è accontentato di finanziare la gestione del Pantheon (Chiesa di Santa Maria *ad martyres*, a Roma) rinunciando a pretendere l'elementare introito derivante dal pagamento del biglietto di ingresso. Nel silenzio degli organi di controllo tutori della finanza pubblica, la situazione è stata segnalata,

¹⁵ Si veda ampiamente A. L. Tarasco, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, Bari-Roma, 2019 (IV rist.), *passim* e, in part., 5-13.

¹⁶ A. L. Tarasco, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷ Can. 1214: «Con il nome di chiesa si intende un edificio sacro destinato al culto divino, ove i fedeli abbiano il diritto di entrare per esercitare soprattutto pubblicamente tale culto».

¹⁸ Consiglio Episcopale Permanente, *L'accesso nelle chiese. Nota del Consiglio Episcopale Permanente*, 31 gennaio 2012, § 3 e 4.

¹⁹ Consiglio Episcopale Permanente, *L'accesso nelle chiese*, cit., § 7.

criticamente, da chi scrive, fin dal 2017²⁰; essa è mutata solo il 16 marzo 2023 (e a decorrere dal successivo 1° luglio) quando è stato concluso l'accordo tra il Capitolo della Chiesa di Santa Maria *ad martyres* e il Ministero della cultura con il quale, fermo restando l'accesso libero per la partecipazione a tutte le funzioni religiose, è stato introdotto un biglietto di 5 euro a beneficio, per il 70%, del Ministero della cultura (che ne sopporta da sempre gli oneri manutentivi), e per il 30% a vantaggio della Diocesi di Roma (che destinerà il ricavato, oltre che per la manutenzione delle altre chiese di Roma, anche per attività caritative e culturali). È bastato introdurre un incentivo economico anche per la Chiesa locale per contraddire la *Nota del Consiglio Episcopale Permanente* del 2012 sulla questione del biglietto nelle chiese e far cadere ogni argomento che, in passato, aveva comportato la disapplicazione delle convenzioni del 2017 e del 2019 che pur introducevano un timido tentativo di monetizzare l'afflusso dei visitatori²¹.

La disciplina d'uso del Pantheon romano potrebbe essere l'occasione per riflettere, per la Chiesa e per lo Stato, sui tanti beni non adeguatamente messi a reddito. I casi virtuosi non mancano: occorre pagare, ad esempio, per l'ingresso nella Basilica di San Marco a Venezia, nel Duomo di Milano, nella Chiesa di Santa Maria Novella (a Firenze), nella Cappella del tesoro di San Gennaro (nel Duomo di Napoli), così come per l'accesso ai vari campanili sparsi per l'Italia; si paga, inoltre, anche l'ingresso ai musei diocesani ed alle catacombe, di proprietà della Santa Sede. Sarebbe utile, dunque, che la Chiesa (almeno quella italiana e, dunque, la CEI) emani chiari orientamenti nei quali si ponga il problema della redditività dei luoghi di interesse culturale e dei reinvestimenti dei relativi ricavi, oltre che nella manutenzione degli stessi luoghi, anche per le opere caritatevoli (come fatto per il Pantheon di Roma).

I casi di luoghi di culto il cui accesso è a pagamento (all'in fuori degli orari e dei momenti di esercizio del culto vero e proprio) sono significativi ma assolutamente esigui rispetto al totale delle chiese in Italia: secondo l'indagine commissionata dalla CEI all'Università di Venezia, nel 2003, rispetto a 95.000 chiese italiane, soltanto in 70 edifici di culto (e prevalentemente localizzati tra Firenze, Venezia e Verona) si paga un biglietto d'ingresso²².

Una scelta va, dunque, operata e la discussione deve avvenire senza ipocrisie, veti o preconcetti, che impediscono sul nascere ogni costruttivo ragionamento.

Per quanto siano enti giuridici distinti la Conferenza episcopale e lo Stato della città del Vaticano²³, non è inutile, a tal proposito, riportare il fondamentale art. 19 della Legge 25 luglio 2001 n. CCCLV sulla *Tutela dei beni culturali* secondo cui «i diritti di riproduzione e sfruttamento economico delle cose di cui alla presente legge appartengono ai soggetti ai quali le cose spettano». Per i beni della Santa Sede, dello Stato della Città del Vaticano, degli Organismi, delle Amministrazioni, degli Enti e degli Istituti aventi sede nello Stato e negli

²⁰ Sia consentito rinviare, ad esempio, a A. L. Tarasco, *Il patrimonio culturale. Modelli di gestione e finanza pubblica*, Napoli, 2017, 255; Id., *Diritto e gestione*, cit., 25 (ove, in particolare, si faceva notare che «dal 2010 al 2017, il numero di visitatori è quasi raddoppiato, passando da 4.721.200 a 8.012.861»), anche paventando rischi in termini di integrazione del danno erariale, curiosamente mai esplorato dalla Procura presso la Corte dei conti.

²¹ Sul tema, v. in generale F. Franceschi, *L'accesso alle chiese aperte al culto: fruizione culturale, fruizione turistica, questione del ticket*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 33, 2014, 1-51; F. Margiotta Broglio, *Per una chiesa a ingresso libero*, in *Il Mulino*, 13 marzo 2012; G. Feliciani, *La questione del ticket d'accesso alle chiese*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, 3, 2010; Id., *Le chiese nel quadro della tutela del patrimonio culturale*, in D. Persano (a cura di), *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose*, Milano, 2008, 264-269; C. Azzimonti, *L'ingresso in chiesa, libero e gratuito, nel tempo delle sacre celebrazioni (can. 1221)*, *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, 18, 2005, 194 ss.

²² G. Mossetto, M. Vecco (a cura di), *Rapporto sui sistemi di bigliettazione nelle chiese: esperienze italiane ed europee*, Venezia, s.d. Sul tema, si veda G. Feliciani, *Le chiese nel quadro della tutela del patrimonio culturale*, cit., 255-269.

²³ Per un approfondimento, v. B. Jatta (a cura di), *1929-2009. Ottanta anni dello Stato della Città del Vaticano*, Città del Vaticano, 2009.

immobili di cui agli artt. 15 e 16 del Trattato fra la Santa Sede e l'Italia dell'11 febbraio 1929, vige il principio dell'ordinario «sfruttamento economico» (c. 1), ferme restando, naturalmente, le esigenze di «corretta conservazione» (c. 2): quest'ultima, tuttavia, si pone quale limite e non finalità ultima della gestione di quei beni. Basterebbe, anche per le Chiese locali, porre e declinare l'analogo principio vigente per la Città del Vaticano per capovolgere completamente l'impostazione tradizionale e far cadere molti (già deboli) argomenti.

2.4. Tutela e fruizione dei beni culturali di interesse religioso: la mens ecclesiale e le patologie della conservazione. Un ultimo e non meno importante aspetto è utile sottolineare: la relazione che esiste tra tutela e fruizione.

Nei Documenti della Chiesa giustamente si sottolinea la strumentalità del momento della fruizione rispetto alla funzione propria dei beni culturali di interesse religioso che è quella della evangelizzazione. Tradizionalmente, la Chiesa invita ad «utilizzare il patrimonio storico-artistico secondo una *mens ecclesiale* [...]»; ciò sulla base del presupposto per cui «i beni culturali della Chiesa sono un patrimonio da conservare materialmente, tutelare giuridicamente, valorizzare pastoralmente nell'ambito di ciascuna comunità cristiana, per coltivare la memoria del passato e continuare ad esprimere nel presente quanto ordinato alla missione della Chiesa»²⁴. Per la Chiesa, e non per lo Stato italiano, i beni culturali «[...] non [sono] tanto un patrimonio da 'conservare', quanto piuttosto un tesoro da far conoscere e da utilizzare per la nuova evangelizzazione». Ne deriva che questi «[...] vanno considerati non soltanto quali elementi di interesse antropologico e sociale, ma soprattutto quali espressioni significative di una fede che cresce nella Chiesa e trova espressioni sempre più consone per manifestare la sua interiore vitalità»²⁵.

Il condensato di tali fondamentali Documenti della Chiesa insegna la specialità del trattamento dei beni culturali di interesse religioso: beni materiali, sì, ma vocati all'immateriale (nel senso di spirituale). Se ciò è vero, occorre che la Chiesa si distanzi sempre più dal tradizionale approccio conservativo tipico dello Stato italiano.

I casi in cui la tutela prevale sulla fruizione si sprecano. Si pensi, ad esempio, al meraviglioso patrimonio dell'Istituto nazionale centrale della grafica dove sono conservati circa 24.000 matrici in rame, zinco, piombo, acciaio, ottone, legno, linoleum e cartone, derivanti dalla «Calcografia» del 1738. Si tratta della raccolta più consistente e rappresentativa di questo genere al mondo, nella quale sono presenti tutti i maggiori incisori dal Cinquecento ai giorni nostri, tra cui Giambattista Piranesi. Le matrici, pur perfettamente conservate e catalogate, hanno dismesso la propria funzione: essere impiegate per la stampa.

Ebbene in Francia, questo stesso tipo di oggetto è a tutt'oggi utilizzato per riprodurre e vendere le incisioni dall'originale; in Italia, invece, la loro qualificazione come «bene culturale» (sebbene non in maniera generalizzata ma solo nella misura in cui abbiano «caratteri di rarità e pregio»: art. 10, c. 4, d. lgs. n. 42/2004) ne sconsiglia l'utilizzo dietro il timore di un'usura distruttiva. Con il risultato paradossale che per conservarle al meglio...non sono utilizzate. Il guasto è doppio: da un lato è pregiudicata la trasmissione delle tecniche e dei valori storico-artistici; e dall'altro si perde anche una non irrilevante occasione di «sfruttamento economico» derivante dalla vendita delle stampe. Molte stampe (certo, non tutte; ma molte sì) si potrebbero tirare senza particolare sofferenza per la matrice originale, con benefici in termini di fruizione e di rendimento economico.

²⁴ Pontifica Commissione per i beni culturali, *Lettera ai Vescovi diocesani «La funzione pastorale dei musei ecclesiastici»*, 15 agosto 2001, §6.

²⁵ Pontifica Commissione per i beni culturali, *Lettera ai superiori e alle superiori generali degli istituti di vita consacrata e delle società di vita apostolica «I beni culturali degli istituti religiosi»*, 10 aprile 1994.

Pensando a beni di interesse religioso, analoga operazione potrebbe condursi per il notissimo *Codex Purpureus Rossanensis*, uno dei più antichi evangeliari esistenti al Mondo databile tra il IV e il VI sec. d.C. Quante copie anastatiche sono state realizzate? La riproduzione, oggi agevole grazie alle tecnologie riproduttive, anche tridimensionali, concilierebbe esigenze di conservazione, vendita a fini economici e di fruizione, *id est* di conoscenza, studio e meditazione del Testo sacro. Accanto ad un profilo economico evidente, si pone anche una questione di divulgazione, piena comprensione del contenuto. Sotto tali aspetti, si spera che gli aspetti patologici della gestione del patrimonio culturale pubblico non contaminino anche la gestione dei beni culturali di interesse religioso della Chiesa.

Un'ultima notazione sulla didattica dei beni culturali di interesse religioso. Anche qui, il suggerimento è di non importare il peggio dalla burocrazia pubblica dei beni culturali, abituata a trattarli come beni profani anche quando sono evidenti le origini religiose e una funzione latamente trascendente. Se lo scopo è l'evangelizzazione, passano in secondo piano aspetti quali la committenza, la tecnica, i materiali, che sono essenziali in ambito laico ma decisamente secondarie nel contesto religioso.

In conclusione, il tema dei parchi culturali ecclesiali è un crocevia utile a comprendere le specificità dei beni culturali spirituali e i limiti della gestione dei beni culturali profani che la Chiesa può contribuire a superare (a meno di non voler esserne, essa stessa, dominata).

Abstract. Il saggio analizza il tema dei parchi culturali ecclesiali, oggetto di due documenti (2018 e 2023) dell'Ufficio nazionale per la pastorale del tempo libero, turismo e sport della Conferenza episcopale italiana (*Bellezza e salvezza per tutti. Parchi e Reti Culturali Ecclesiali: quando il Turismo diventa via di vita buona e speranza concreta*).

Ne viene criticata una concezione della gestione del patrimonio culturale ecclesiale slegata dalla realtà concreta in quanto fondata sulla contrapposizione tra *homo oeconomicus* e *homo donator*, e come tale trascurante l'importanza e l'utilità della dimensione finanziaria e, in generale, dei mezzi necessari per attuare le pur condivisibili idealità spirituali. Tali argomenti vengono sviluppati anche mediante raffronto ermeneutico con gli artt. 9 e 97 Cost.

I documenti della CEI offrono l'occasione per esaminare la problematica, connessa con il tema della gestione dei beni culturali di interesse religioso, dell'introduzione del biglietto d'ingresso nelle chiese. L'Autore ritiene che il c.d. *ticket* d'ingresso sia da consentire tutte le volte in cui la chiesa sia visitata per motivi non culturali ma per solo interesse turistico; la possibilità e l'utilità di tale soluzione viene giudicata favorevolmente anche alla luce dell'esperienza, conveniente per la Chiesa e per lo Stato, dell'introduzione del biglietto all'interno della Chiesa di Santa Maria ad Martyres in Roma (Pantheon), a partire dal 2023, come auspicato dall'Autore fin dal 2017.

Infine, si suggerisce sempre, nella didattica, di evidenziare la valenza spirituale dei beni culturali e dei significati simbolici in essi contenuti, anche al fine di contraddistinguergli rispetto ai beni culturali profani.

Abstract. The essay analyses the theme of ecclesial cultural parks, the subject of two documents (2018 and 2023) of the National Office for the Pastoral Care of Leisure, Tourism and Sport of the Italian Bishops' Conference (*Beauty and Salvation for All. Parks and Ecclesial Cultural Networks: when Tourism becomes a way of good life and concrete hope*).

It criticises a conception of the management of the Church's cultural heritage that is disconnected from concrete reality insofar as it is based on the opposition between *homo oeconomicus* and *homo donator*, and as such neglects the importance and usefulness of the financial dimension and, in general, of the means needed to implement the spiritual ideals, albeit shareable ones. These arguments are also developed through hermeneutic comparison

with articles 9 and 97 of the Constitution.

The documents of the Italian Episcopal Conference provide an opportunity to examine the issue, connected with the theme of the management of cultural assets of religious interest, of the introduction of the entrance ticket in churches. The author believes that the so-called entrance ticket should be allowed every time the church is visited for non-cultural reasons, but only for tourist interest; the possibility and usefulness of this solution is also judged favourably in light of the experience, convenient for the Church and the State, of the introduction of the ticket inside the Church of Santa Maria ad Martyres in Rome (Pantheon), starting in 2023, as desired by the author since 2017.

Finally, it is always suggested in teaching to emphasise the spiritual value of cultural assets and the symbolic meanings they contain, also in order to distinguish them from secular cultural assets.

Parole chiave. Parchi culturali ecclesiali – gestione del patrimonio culturale di interesse religioso – patrimonio culturale – beni culturali di interesse religioso – pantheon – biglietto di ingresso nelle chiese.

Key word. Ecclesial cultural parks – management of cultural assets of religious interest - Pantheon – admission ticket to churches – cultural heritage.

ALCUNE NOTE SUL VALORE DELLA SOLIDARIETÀ QUALE PRINCIPIO COSTITUZIONALE *

di Francesco Zammartino **

Sommario. 1. Prime considerazioni. – 2. I vincoli di doverosità nel quadro costituzionale. – 3. Cenni sulla solidarietà alla prova del modello di regionalismo differenziato. – 4. Alcune annotazioni sugli sviluppi della giurisprudenza costituzionale in tema di solidarietà. – 5. Verso quale modello di solidarietà per il futuro?

439

1. Prime considerazioni. Il tema della solidarietà, nonostante si tratti, per volontà del Costituente, di uno dei lineamenti fondativi del nostro modello costituzionale¹, è stato poco indagato o quantomeno in misura ampiamente asistemica dai giuristi, essendo il tema, in un primo periodo storico, oggetto delle riflessioni per lo più degli studiosi di filosofia e della morale².

Ne è conseguito che, almeno fino agli inizi degli anni 80 del secolo scorso, si è assistito a un limitato interesse dei giuristi al tema, molto probabilmente legato allo scarso valore giuridico che una parte della dottrina³ conferiva alle disposizioni in materia di doveri⁴, preferendosi, in una stagione politica ben definita, i profili riguardanti i diritti⁵.

Del resto, tale asimmetrica attenzione riservata ai diritti e ai doveri ha trovato conferma nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale non è stata particolarmente

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli l'Orientale.

¹ Non è affatto superfluo sottolineare che, rispetto alle altre costituzioni del secondo dopoguerra, la nostra Costituzione si contraddistingue per il fatto che prevede, accanto a un fitto catalogo di diritti, un altrettanto catalogo di doveri che si legittimano a partire proprio dal principio-solidarietà. Del resto, durante il dibattito dei lavori dell'Assemblea Costituente, i membri palesano fin dall'inizio l'idea di predisporre un ordinamento solidale e pluralistico. Lo dimostrano proprio i vari interventi che si produssero durante i vari dibattiti che poi porteranno all'approvazione degli articoli 2 e 3 della Costituzione. In dottrina, tra gli altri, A. Barbera, *art. 2 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Comm. Cost.*, Bologna-Roma, 1972; G. Lombardi, *I doveri costituzionali: alcune osservazioni*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice delle leggi*, Torino, 2007, 568 ss.; G. Alpa, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, 371 ss.; B. Pezzini, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà (a proposito di eguaglianza ed effettività dei diritti e tematizzazione della differenza)*, in B. Pezzini, C. Sacchetto (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, 2003, 102 ss.; G. Tarli Barbieri, *Doveri inderogabili*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 2071 ss.; A. Cerri, *Doveri pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988; S. Galeotti, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, 10 ss.; E. Rossi, *Art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Comm. Cost.*, I, Torino, 2006, 56 ss.; E. Grosso, *I doveri costituzionali*, in *AIC*, Annuario 2009, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, 229 ss.; S. Giubboni, *Solidarietà*, in *Politica del diritto*, 2012, 544 ss.; R. Zoll, *Solidarietà*, in *Enc. sc. soc. Treccani*, 8, Roma, 1998, 240 ss.

² Cfr. H. Jonas, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, a cura di P.P. Portinaro, trad. it., P. Rinaudo, Torino, 2002.

³ Per tutti, G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967.

⁴ G. Bascherini, *La solidarietà politica nell'esperienza costituzionale repubblicana*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016, 125.

⁵ C. Pinelli, *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Napoli, 2012, 178, sottolinea che «Da noi il capitolo dei doveri è stato rimosso man mano che andava declinando l'ideologia statualista, alla quale è stato associato nella percezione collettiva e forse anche in quella dei costituzionalisti, almeno a giudicare dalla loro scarsa attenzione alla materia».

numerosa per i c.d. doveri inderogabili⁶, non rilevandosi soprattutto decisioni in cui il giudice delle leggi accolga, ovvero respinga, l'eccezione di illegittimità sottopostale, motivando unicamente sul fondamento del dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.

Ne è dimostrazione il fatto che il giudice delle leggi, intervenendo sui singoli doveri, spesso ha manifestato un certo indirizzo a spostare la discussione dall'orbita del dovere a quello dei diritti ad esso riconducibili⁷.

Nei decenni successivi, alla luce anche dei programmi economici di chiaro stampo aziendalistico ed economicistico predisposti dai governi dei diversi schieramenti a cavallo tra la fine del novecento e l'inizio degli anni duemila, che hanno bollato, in ossequio al dilagante pensiero-unico, la solidarietà come il residuo di un «clima culturale» irrevocabilmente estinto, si è registrato, tuttavia, un certo recupero di interesse della dottrina verso il tema⁸, contribuendo a dissipare quella «nebbia concettuale» che fino ad allora aveva avvolto molti discorsi in tema di doveri inderogabili.

In linea generale, si è ritornato a parlare di solidarietà in connessione ai doveri e si è avvalorato il principio secondo cui l'assetto costituzionale non può prescindere dal valore della solidarietà doverosa che in verità fin dall'inizio i Costituenti⁹ avevano auspicato, avendo ritenuto infatti che il riconoscimento dei diritti «inalienabili e sacri» dovesse essere strettamente legato al valore della persona e della sua dignità e alla promozione della necessaria solidarietà sociale¹⁰.

Al centro di questa impegnativa definizione, la solidarietà, che tende a garantire uguaglianza nel godimento sociale dell'essere umano, non può che essere necessariamente caratterizzata dai profili della giuridicità tanto quanto i diritti, così da concretarsi mediante decisioni puntuali e direttamente mirate al conseguimento degli obiettivi prefissati, evitando il rischio di riempirla di vuoti luoghi comuni o di generiche affermazioni di principio¹¹.

Del resto, il valore della solidarietà, se non concretamente operante in ambito politico, economico e sociale, disperde la sua funzione (peraltro comune anche agli altri valori costituzionali), che è quella di fissare determinati obiettivi rivolti a tutti gli organi di governo del sistema¹².

Quanto detto assume poi maggior rilievo se si pensa che negli ultimi anni alcuni fattori, tra i quali l'incertezza politica ed economica, le crisi emergenziali scaturite dalla diffusione della pandemia da Covid 19 e dai funesti scoppi dei conflitti russo-ucraino e israeliano-palestinese, il complesso problema dell'immigrazione e i danni ambientali, hanno minato fortemente le fondamenta del *welfare* del nostro Paese, causando non poche frizioni nell'ambito della convivenza sociale. Non è affatto peregrino affermare, infatti, che l'infinità di leggi, di provvedimenti mirati ad esaudire interessi settoriali (se non microsettoriali) varati in Italia e costituenti, per lo più, il nostro sistema di Stato sociale a stento si prestano ad esprimere quella organicità e quella coerenza che dovrebbero, invece, qualificare le scelte di politica

⁶ Cfr. Corte cost., sentenze nn., 75/1992 e 202/1992.

⁷ Basti pensare alle sentenze nn. 75/1992 e 500/1993 in tema di volontariato.

⁸ Sul principio costituzionale solidarista sia consentito il rinvio a F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002; P. Ciriello, *Considerazioni sulla solidarietà come valore costituzionale*, in S. Prisco, (a cura di), *Unione Europea e limiti sociali del mercato*, Torino, 2003; A. Apostoli, *La svalutazione del principio di solidarietà*, Milano, 2012; S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; G. Bascherini, *La solidarietà politica nell'esperienza costituzionale repubblicana*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016; F. Polacchini, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016; A. Ruggeri, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *AIC*, 2, 2017, 1 ss.

⁹ A.C., Prima Sottocommissione. Sedute del 9,10,11 settembre 1946.

¹⁰ L. Carlassare, *Solidarietà: Un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2016, 45.

¹¹ Cfr. G. Alpa, *Solidarietà: Un principio normativo*, Bologna, 2022, *passim*.

¹² Cfr. A. D'Andrea, *Solidarietà e Costituzione*, in *Jus*, 2008, 194 ss.

sociale di un paese di democrazia avanzata¹³.

Ora, se la Costituzione, come mirabilmente fu osservato¹⁴, non ha inteso fotografare un ordine fisso e immobile, descrivibile come un qualcosa di ordinato staticamente, ma ha disegnato un ordine dinamico, dove la stessa parola «Stato» può cambiare significato nel momento in cui l'ordinamento si apre a nuovi valori, il richiamo simultaneo, da un lato, alla coppia diritti/doveri (e, suo tramite, al solidarismo), e, dall'altro, alle differenti sedi in cui si svolge la «personalità» dell'uomo (e, dunque, al personalismo) è tutt'altro che casuale. Ne sono dimostrazione principalmente gli obblighi giuridici che si desumono dai principi della Carta costituzionale, e, precisamente, dall'art. 2 Cost.¹⁵, in cui «la comunità solidale si radicalizza nella materialità dei rapporti politici, economici e sociali, che sono gli ambiti nei quali la Costituzione italiana prevede che si esprimano i doveri»¹⁶; dal combinato disposto degli artt. 2 e 3, c. 2, della Carta fondamentale, attraverso cui la solidarietà è correlata sia al principio personalista, sia a quello di uguaglianza sostanziale¹⁷; dall'art. 1 Cost., che coordina il principio solidarista con la qualificazione lavorista dell'ordinamento italiano.

Questa unione si consolida, quindi, attraverso una lettura coordinata degli artt. 1, 2 e 3 Cost., attraverso la quale si conferma il legame inscindibile tra partecipazione, dignità, solidarietà e eguaglianza.

Il principio solidaristico, insomma, ha portata prescrittiva.

Il legislatore, nell'ambito dei margini di discrezionalità che gli sono riconosciuti, ha l'obbligo di attuarlo. Sotto questa prospettiva, esso viene definito quale principio c.d. di prima generazione, caratterizzato, in quanto tale, da una capacità di applicazione espansiva e dall'attitudine a colmare le lacune dell'ordinamento¹⁸.

Da siffatta lettura interpretativa, non è solo possibile cogliere quel rapporto di complementarità tra i diritti fondamentali con determinate previsioni di doveri inderogabili¹⁹, capace di attribuire anche a quest'ultimi la stessa qualifica di principi fondamentali costituzionalmente garantiti²⁰, ma è anche più facile affermare che la stessa tradizionale distinzione fra diritti di libertà (o diritti civili) intesi come libertà negative cui deve corrispondere un dovere di astensione da parte dello Stato, e diritti sociali, intesi quali libertà positive cui deve corrispondere un dovere di prestazione da parte dello Stato medesimo²¹, tende notevolmente a sfumare alla luce della loro intima e composita struttura e della loro comune riferibilità a valori in ogni caso inerenti alla persona umana²²: sicché – sulla falsariga

¹³ Cfr. L. Mengoni, *Fondata sul lavoro: la repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in M. Napoli (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, Vita e pensiero, 1998, 12 ss.

¹⁴ P. Calamandrei, *Discorso agli studenti milanesi*, 1955.

¹⁵ Si cfr. le puntuali riflessioni di I. Massa Pinto, *Principio di solidarietà, abuso del diritto e indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo: appunti per una riconsiderazione della dottrina pura del diritto al tempo dell'anomia*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016, 71.

¹⁶ A. Apostoli, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016, 10.

¹⁷ Sul punto, F. Giuffré, *Alle radici dell'Ordinamento: la solidarietà tra identità e integrazione*, in *Riv. AIC*, n. 3/2019, 565 ss.

¹⁸ V. Tanburrini, *I doveri costituzionali di solidarietà in campo sociale: profili generali e risvolti applicativi con particolare riferimento alla tutela della salute*, in *Rivistaianus.it*, 18, 2018, 30.

¹⁹ Per tutti, S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 91 ss.

²⁰ Sul punto, cfr. A. Ruggeri, *Doveri fondamentali, etica repubblicana, teoria della Costituzione*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Milano, 2007, 139; recentemente, ID., *La "fondamentalità" dei diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto comparato*, 3, 2023, 146.

²¹ Per tutti, S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato*, Bologna, 2003, 25 ss.

²² G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 67 ss.

di quanto verificatosi decenni addietro per i diritti di libertà²³ – anche i diritti sociali starebbero ormai perfezionando la loro trasformazione da meri enunciati politici in veri e propri diritti giuridicamente strutturati²⁴.

D'altro canto, appare proprio questo il percorso più concreto, da una parte, per munire adeguato assetto concettuale anche la figura dei cc. dd. nuovi diritti, sempre più emergenti alla coscienza sociale, e, dall'altra, per rendere di contenuti la nozione di cittadinanza «economica», nuovo argine del principio di eguaglianza.

2. I vincoli di doverosità nel quadro costituzionale. Ancorare quindi i doveri a una solidarietà che opera in ambito politico, economico e sociale facilita senza dubbio la c.d. convergenza tra diritti e doveri, a condizione però che il godimento dei primi presupponga una comunità politica efficiente e produttiva²⁵. Non pare che si sia lontani dal vero affermare, infatti, che un sistema politico funziona in quanto è capace di prevedere risorse, umane, finanziarie e civiche che i doveri a loro volta devono intercettare²⁶. Naturalmente, tali considerazioni vanno collegate al fatto che nel disegno tracciato dal Costituente il rapporto tra diritti e doveri non è inteso secondo la dimensione individuale di tradizione liberale, bensì, secondo la dimensione istituzionale nella quale il rapporto tra soggetto e pubblico potere è mediato dalle numerose formazioni sociali, capaci di «smorzare» quella tensione tra autorità e libertà che isterilisce i rapporti tra le due situazioni giuridiche²⁷.

Da ciò scaturisce che il discorso sulla solidarietà «doverosa» va sviluppato in correlazione ai doveri dei quali la solidarietà costituisce matrice costituzionale di legittimazione²⁸.

Pur non volendo in alcun modo ripristinare le tesi che mettono al centro del dibattito costituzionale unicamente o principalmente i vincoli doverosi²⁹, la solidarietà, formulata in termini di «doverosità», sembra operare come possibile limite connaturato all'esercizio dei diritti di libertà³⁰.

In questa prospettiva, essa è sorretta da altri profili di «doverosità»: si pensi, ad esempio, al dovere di fedeltà alla Repubblica, ai sensi dell'art. 54 Cost., ma con un'estensione di percorsi di carattere applicativo effettivamente singolare, essendo in sostanza esaustivo l'ambito dei settori – «politico, economico, sociale» – cui l'art. 2 riferisce l'esercizio della solidarietà, tanto che qualora si arrivi alla conclusione secondo cui l'art. 2 si dispone, riguardo alle situazioni di libertà, come una norma anche di «apertura» verso altri valori che emergono dalla realtà sociale sottostante, ugualmente occorrerà concludere per i doveri, ragion per cui, nei limiti «in cui sarà possibile una maggiore apertura verso nuovi spazi di libertà, parallelamente non potranno non aprirsi nuovi orizzonti per una maggiore affermazione dei doveri di solidarietà»³¹.

²³ Cfr. P. Calamandrei, *Costituente e questione sociale*, ora in ID., *Lo Stato siamo noi*, Milano, Chiarelettere, 2019, 47 ss.

²⁴ Cfr., *ex multis*, A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XII, 1989; N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, in G. Neppi Modona (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Torino, 1997.

²⁵ S. Rodotà, *Solidarietà*, cit., 50.

²⁶ G. Bascherini, *La solidarietà politica nell'esperienza costituzionale repubblicana*, cit., 256.

²⁷ P. Ridola, *Il principio di libertà nello Stato costituzionale: I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, 166 ss.

²⁸ G. Bascherini, *La solidarietà politica nell'esperienza costituzionale repubblicana*, cit., 126.

²⁹ P. Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà*, in ID., *Scritti e discorsi politici*, II, Firenze, *La nuova Italia*, 1966, 386.

³⁰ Sul tema, si rinvia a A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1990, 15 ss.

³¹ Cfr., A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 80 ss.; E. Rossi, *Art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 46; G. DI Cosimo, *Art. 2*, in R. Bin, S. Bartole (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 13; D.

Questo filone di ragionamento consente di interpretare l'esercizio dei doveri costituzionali non solo come fattore di integrazione sociale, ma, altresì, come strumento per un più compiuto ed armonico sviluppo della personalità di ciascuno.

Ciò induce a considerare quelli che sono i due principali indirizzi che la prevalente dottrina ha individuato quali concorrenti metodologie di realizzazione della solidarietà.

Ci si riferisce alla solidarietà c.d. «orizzontale» o fraterna³² e a quella c.d. «verticale»³³ o paterna³⁴; la prima delinea l'iniziativa del singolo a vantaggio del proprio gruppo e dei gruppi più deboli³⁵, la seconda raffigura viceversa il complesso degli interventi che dall'insieme dei pubblici poteri vengono dispiegati per favorire e sostenere la convivenza sociale³⁶.

Nell'ambito di tale scenario, riguardo al primo profilo si rilevano molteplici fattispecie previste in Costituzione, partendo dal dovere al lavoro (art. 4, c. 2), ai doveri dei genitori verso i propri figli (art. 30), al dovere di difesa della Patria (art. 52) e arrivando sino al più generale dovere di fedeltà e di osservanza della Costituzione e delle leggi (art. 54).

Riguardo invece alla solidarietà «verticale» possono, in estrema sintesi, rapportarsi le disposizioni costituzionali riguardanti la tutela del lavoro nelle sue molteplici forme e manifestazioni (artt. 35, 36, 37), la predisposizione di sistemi di previdenza e di assistenza sociale (art. 38), ovvero di tutela della salute (art. 32), nonché le previsioni finalizzate a migliorare le condizioni di vita all'intera comunità sociale attraverso la tutela dell'ambiente, la promozione dello sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica (art. 9).

Alla luce di quanto detto, si è spinti a ritenere che nella Costituzione si determini una chiara apertura di solidarietà sociale da raggiungere mediante quei principi programmatici e direttivi che sono contenuti in essa e che rimangono gli unici strumenti per favorire forme democratiche di confronto volte a promuovere politiche ispirate a principi di eguaglianza sostanziale³⁷ e giustizia sociale³⁸.

In questa simile prospettiva è possibile misurare la tangibilità del principio solidaristico sul terreno dei diritti sociali³⁹ al fine di garantirne gli standard di protezione⁴⁰. Standard di protezione che, peraltro, ha dovuto fare i conti con l'indebolimento delle esigenze di tutela dell'utilità sociale finalizzate alla solidarietà⁴¹, a seguito anche della ormai «cronica» inadeguatezza delle risposte fornite dalle tradizionali strutture e dai classici meccanismi di governo delle società⁴².

Ciò che in fondo viene messo in discussione è il sistema di sicurezza sociale nel suo insieme⁴³.

Tega, *Articolo 2*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. I, Bologna, 2018, 21 ss.

³² Per questa terminologia, cfr. S. Galeotti, *Il valore della solidarietà*, in *Diritto e società*, 1996, 10 ss.

³³ Ancora G. Galeotti, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 50 ss.

³⁴ Per questa terminologia, cfr. S. Galeotti, *Il valore della solidarietà*, cit., 11.

³⁵ G. Alpa, *Solidarietà: Un principio normativo*, cit., 26.

³⁶ P. Ciriello, *Considerazioni sulla solidarietà come valore costituzionale*, cit., 29.

³⁷ Si rinvia a, B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, 1984.

³⁸ Per tutti, P. Casavola, *Genesi e valore del Welfare State*, in *Studium*, 1994, n. 2, 178 ss.

³⁹ M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, 3 ss.

⁴⁰ Cfr. S. Galeotti, *Il valore della solidarietà*, in *Diritto e società*, 1996, 4 ss.

⁴¹ Si cfr. le sentenze della Corte costituzionale a partire dagli anni '90. In particolare, sentt., 388/1992, 110/1995, 427/1995, 379/2000 e 190/2001.

⁴² Si rinvia a A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 192 ss.

⁴³ Tale incertezze si acuiscono alla luce degli effetti di politiche di bilancio restrittive sui diritti sociali e sulle prestazioni di sicurezza sociale da parte dell'U.E. Sul punto, *ex plurimis*, A. Lucarelli, *Il modello sociale ed economico europeo*, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2008; Id., *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico dell'economia*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna On Line*, 1, 2019; Id., *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in A.

e ciò provoca nei cittadini progressiva preoccupazione atteso che essi intravedono le loro aspettative di giustizia e le loro garanzie per l'accesso ai diritti sempre più lontane⁴⁴. Sullo sfondo resta, quindi, una solidarietà ancora incompiuta; si pensi, per esempio, al principio di solidarietà intergenerazionale⁴⁵, che, soprattutto in riferimento alla tutela dell'ambiente⁴⁶, ha suscitato negli ultimi anni un concreto interesse degli studiosi e anche del giudice costituzionale, il quale, con una serie di decisioni interpretative, ha attribuito al suddetto principio una vera e propria consacrazione giuridica⁴⁷.

A tal proposito, però, c'è da dire che la Corte costituzionale, perlomeno nelle prime decisioni, non ha mai utilizzato il termine solidarietà intergenerazionale, preferendo formule quali «sviluppo armonioso e sostenibile». Per esempio, nella ormai nota decisione n. 14/2004, il giudice delle leggi, in tema di tutela della concorrenza e aiuti di Stato, ha puntualizzato che «la Comunità è vincolata a perseguire i fini che le sono assegnati dall'art. 2, c. 2, dello stesso Trattato: uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche e dei sistemi di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione e di miglioramento della qualità dell'ambiente, del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri»⁴⁸. E ancora, peraltro su di un tema diverso qual è quello della ripartizione di competenze tra Stato e Regioni in materia di pesca e acquacoltura, la Corte ha parlato «di principi di sviluppo sostenibile e di pesca responsabile, al fine di coniugare le attività economiche di settore con la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi».

È con la sentenza n. 88/2014 che la Consulta, a seguito dell'introduzione del pareggio di bilancio (l. cost. n. 1/2012 a revisione dell'art. 81 Cost.), in cui ha sancito che l'affermazione del principio della sostenibilità del debito pubblico «implica una responsabilità che, in attuazione di quelli «fondanti» di solidarietà e di eguaglianza, non è solo delle istituzioni, ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, ivi compresi quelli delle generazioni future»⁴⁹, afferma esplicitamente il principio di solidarietà intergenerazionale.

D'ora in poi, seppur in mancanza di ogni supporto legislativo, si sono succedute una serie di sentenze che conferma il percorso intrapreso con la suddetta decisione; in questa direzione, fra le più interessanti, possono menzionarsi quanto meno la n. 173/2016, in cui il giudice costituzionale, occupandosi del prelievo forzoso del contributo di solidarietà dalle c.d.

Lucarelli (a cura di), *Nuovi scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2023, 139 ss.; R. Balduzzi, *Unione europea e diritti sociali: per una nuova sinergia tra Europa del diritto ed Europa della politica*, in *Federalismi.it*, 4, 2018, specie 245 ss. Si vedano inoltre le riflessioni di A. Patroni Griffi, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, in *Federalismi.it*, 4, 2018, 33 ss.

⁴⁴ Per tutti, G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Torino, 2017, *passim*.

⁴⁵ Si v. R. Bifulco, A. D'Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista di Diritto dell'Ambiente*, 0, 2010; recentemente, tra gli altri, M. Cinelli, *Solidarietà intergenerazionale. Uso e abuso di un sintagma polisemico*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2022, 158 ss.; T. Guarnier, *La solidarietà intergenerazionale nella prospettiva costituzionale. Prime riflessioni su alcuni nodi da sciogliere*, in *La rivista "Gruppo di Pisa"*, 3, 2022, 5 ss.

⁴⁶ Recentemente, cfr. O. Bonardi, *Il principio di solidarietà intergenerazionale tra diritto dell'ambiente e diritto alla sicurezza sociale*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 3, 2022; P. Lombardi, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *Federalismi.it*, 1, 2023, 154 ss.

⁴⁷ Cfr. A. Gerosa, A. Stevanato, *Nel tempo e nello spazio: l'eredità di Sergio Galeotti sui nuovi doveri di solidarietà*, in *Consulta on line*, III, 2023, 800.

⁴⁸ Corte cost., sentenza, n. 14/2004, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁴⁹ Basti pensare al significativo contributo sociale negli ultimi decenni degli anziani che si concreta in forme di volontariato, ma soprattutto quale sostegno ai giovani del proprio nucleo familiare, quest'ultimi sempre più in difficoltà ad accedere al mercato del lavoro.

pensioni d'oro, sancisce che è legittimo il prelievo forzoso sulle pensioni di importo elevato, laddove esso sia finalizzato a perseguire obiettivi di giustizia sostanziale attraverso il reimpiego delle somme all'interno del circuito previdenziale, purché ciò avvenga nel rispetto del principio di ragionevolezza e di proporzionalità⁵⁰.

Nonché, la sentenza n. 18/2019, dove si afferma che «l'equità intergenerazionale comporta [...] la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo»⁵¹.

Più recentemente, la Consulta, con la n. 228/2021, ha sottolineato che «la dichiarata connotazione dei domini collettivi come «comproprietà intergenerazionale» (art. 1, comma 1, lett. c), della l. 20 novembre 2017, n. 168) mostra una chiara proiezione diacronica affinché l'ambiente e il paesaggio siano garantiti anche alle future generazioni».

Sentenze che, in fondo, sembravano aver tracciato un percorso nel quale doveva operare il legislatore, dovendo quest'ultimo prendere in esame gli effetti delle decisioni adottate oggi su coloro che verranno, peraltro in ambito non solo ambientale, ma anche in altri settori, come la previdenza, la sanità, l'indebitamento pubblico, la conservazione del patrimonio artistico e culturale.

Ma la revisione costituzionale adottata dalla l. cost. n. 1/2022 e, soprattutto il novellato art. 9 Cost⁵², che, in riferimento alle generazioni future, espressamente rinvia alla tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, sembra limitare l'ambito applicativo del principio di solidarietà intergenerazionale che non assumerebbe più una portata generale⁵³, in controtendenza con gli orientamenti giurisprudenziali ora ricordati⁵⁴.

Non bisogna sorvolare sul fatto che il rapporto fra le generazioni è un fattore essenziale dell'ordine sociale e il suo equilibrio ne garantisce la stabilità e l'equità⁵⁵; ma affinché ciò avvenga, c'è necessità che l'area della solidarietà rappresenti la cartina di tornasole dello Stato in senso sociale, se non forse la garanzia della cifra democratica dell'ordinamento.

Del resto, l'omogeneità sul piano sociale ed economico, nonostante fosse esposta alle variabili congiunturali dei cicli economici e alle trasformazioni «di sistema», fu considerato dai Padri

⁵⁰ A. Gerosa, A. Stevanato, *Nel tempo e nello spazio: l'eredità di Serio Galeotti sui nuovi doveri di solidarietà*, cit., 801.

⁵¹ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁵² In tema, tra gli altri, si v. M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3/2021, 309 ss.; Id., *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un'occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quad. cost.*, 2, 2022, 351 ss.; L. Violini, G. Formici, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*, in P. Pantalone (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, 36; G. Arconzo, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il rilievo costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, *Il diritto dell'economia*, 2021; G. Di Fiore, *La costituzionalizzazione della tutela dell'ambiente: luci ed ombre in una riflessione ancora "a caldo"*, in G. Corso, F.G. Scoca, A. Ruggeri, G. Verde (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, vol. II, Napoli, 2022; E. Di Salvatore, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2022, 2; F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Diritto dell'economia*, 2022, 15 ss.; G. Grasso, *L'espansione della categoria dei doveri costituzionali nella riforma costituzionale sull'ambiente*, *Menabò* 169, 2022, in *Eticaeconomia.it*.

⁵³ Contra, G. Sobrino, *Introduzione*, in L. Imarisio, G. Sobrino (a cura di), *La riforma degli artt. 9 e 1 della Costituzione e le sue implicazioni: un primo confronto*, Università degli Studi di Torino, 2022, 28 ss., il quale ritiene che la riforma costituzionale del 2022, non abbia assolutamente limitato l'ambito applicativo del principio di solidarietà intergenerazionale che continuerebbe ad assumere una portata generale.

⁵⁴ Circostanza quest'ultima che, secondo i più pessimisti, si sarebbe, in realtà, già verificata, laddove altri invita a non trascurare il trasferimento ereditario da una generazione all'altra di beni patrimoniali di valore molto più ingente che nel passato. In dottrina, si rinvia ad A. D'Aloia, *voce Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 331.

⁵⁵ A. Molfetta, *L'interesse delle future generazioni oltre la riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2023, 242 ss.

costituenti il fine da perseguire, mediante un'opera costante e continua, da parte dei poteri pubblici statali e delle altre articolazioni dalla comunità.

La recente novella costituzionale sembra proprio mettere in dubbio tale imprescindibile obiettivo o quantomeno favorire una certa contraddizione tra la dimensione statica dell'eguaglianza formale e quella dinamica della eguaglianza sostanziale⁵⁶, foriera della riproposizione di valori connessi all'«individualismo».

3. Cenni sulla solidarietà alla prova del modello di regionalismo differenziato. Altro aspetto centrale del dibattito oggetto delle nostre riflessioni, d'altronde di estrema attualità, è quello di domandarci se il valore costituzionale della solidarietà sia in perfetta sintonia con quanto previsto dall'attuazione del regionalismo differenziato ad opera del disegno di legge Calderoli (nel momento in cui scriviamo in discussione alla Camera dei deputati dopo l'approvazione in Senato)⁵⁷.

Mi limiterò in merito a svolgere considerazioni di carattere generalissimo.

Ora, se è vero che la solidarietà è un elemento consustanziale all'assetto sociale delineato in

⁵⁶ Si vedano, *ex plurimis*, C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana*. Saggi, Padova 1954, 17 ss.; C. Rossano, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli 1964 L. Paladin, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano 1965, 151 ss.; A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive, Milano, 1976 cit.; A.M. Sandulli, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto delle società*, 1977, 561 ss.

⁵⁷ La letteratura sull'argomento in esame è ormai sterminata, tra gli altri, si segnalano, L. Antonini, *Il regionalismo differenziato*, Milano, 2000; T. Groppi, M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, 2001; N. Zanon, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V*, in Aa.Vv., *Problemi del federalismo*, Milano, 2001; R. Bin, "Regionalismo differenziato" e utilizzazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito, in *Ist. del Fed.*, 2008; B. Caravita, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, cit.; Id., *Per un federalismo equilibrato e solidale*, in *Rassegna parlamentare*, 2, 2003, 273 ss.; Id., *Un doppio binario per l'approvazione del regionalismo differenziato*, in *Federalismi.it*, 13, 2019; G. Falcon., *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, 4, 2017; F. Merusi, *Riflessioni su regionalismo, federalismo, municipalismo*, in *Rassegna parlamentare*, n. 4/2003, 901 ss.; F. Pizzetti, *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, in *Le Regioni*, 4, 2003, 599 ss.; O. Chessa, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *Astrid*, 14, 2017; E. Balboni, *L'attuazione del regionalismo differenziato: la differenziazione non implica di per se disuguaglianza*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019; R. Bifulco, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, 4, 2019; M. Cammelli, *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo: il regionalismo oltre l'art. 116.3 Cost.*, in *Astrid*, maggio 2019; A. Lucarelli, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, in *Diritto pubblico europeo on line*, 2, 2019; M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi.it*, 21, 2019; C. Mezzanotte, *L'art. 116, comma 3, Cost., tra obblighi finanziarie vincoli di contenuto*, in *Federalismi.it*, 2019, 23; D. Mone, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3 Cost., conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2020; A. Poggi, *Qualche riflessione sparsa sul regionalismo differenziato*, in *Diritti regionali*, 2, 2019; G. Rolla, *L'evoluzione dello Stato regionale in Italia: tra crisi del regionalismo omogeneo e aspirazioni a un'autonomia asimmetrica dei territori*, in *Le Regioni*, 1, 2019, 141 ss.; L. Vandelli, *Il regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, 3, 2019; G. Tarli Barbieri, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, cit.; M. Bertolissi, *Premesse per una lettura "sostanziale" dell'articolo 116, 3° comma, della Costituzione*, in *Rivista AIC*, 1, 2020; E. Gianfrancesco, *L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. tra nodi problematici e prospettive evolutive del regionalismo italiano*, *Consulta on line*, 2020, 1; S. Pajno, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *Federalismi.it*, 2020, 5; S. Staiano, *Il regionalismo differenziato dalla terra al mito e ritorno*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2020, 1 ss.; ID., *Anti-mitopoiesi: Breve guida pratica al regionalismo differenziato con alcune premesse*, in *Federalismi.it*, 2022, 29 ss.; A. Contieri, F. Zammartino, *Note sparse sul regionalismo differenziato: il caso delle città metropolitane*, in *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, in M. Immordino, N. Gullo, G. Armao (a cura di), *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, Napoli, 2021; A. Patroni Griffi, (voce), *Regionalismo differenziato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Milano, 2021; A. D'Atena, *Dove vanno le Regioni*, in *Rivista AIC*, 4, 2022; F. Zammartino, *La differenziazione dei poteri regionali nella prospettiva del progetto di legge Calderoli: alcuni spunti di riflessione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 2, 2023.

Costituzione⁵⁸, finendo col caratterizzare la stessa forma di Stato⁵⁹, non può non rilevarsi come il disegno di legge Calderoli sull'autonomia differenziata sia partito con il piede sbagliato.

Anziché indirizzarsi, infatti, verso un modello di regionalismo «cooperativo» e «solidale», come sarebbe stato costituzionalmente obbligatorio, si è preferito imboccare la strada opposta, del consolidamento degli *standards* diseguali in termini di sviluppo economico, sociale, culturale, etc., dalle diverse aree del paese, aprendo la strada ad un'autonomia che, non costruendosi sui valori della solidarietà, persegue la separatezza e la disomogeneità dei territori⁶⁰.

Il nuovo regionalismo che prende forma con l'attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost., dovrebbe avere quale obiettivo comune la valorizzazione di quella coesione territoriale, nella quale principi quali efficienza ed equità dovrebbero convivere, piuttosto che confliggere, e soddisfare, in buona sostanza, la condizione dell'eguaglianza dei cittadini nel godimento dei diritti di prestazione, altrimenti, come è stato osservato, «non si vedrebbe per quale motivo debba essere consentita l'introduzione di deroghe alla ripartizione ordinaria dei poteri pubblici che trova nella Costituzione un modello archetipo»⁶¹.

D'altronde, e ad essere più precisi, in fin dei conti la questione non è nemmeno, in astratto, come dovrebbe essere applicato l'art. 116, c. 3, Cost., ma se il progetto di legge Calderoli, nelle sue indicazioni di fondo, aumenti il divario del Mezzogiorno con le regioni del centro-nord, se ampli i divari strutturali nel soddisfacimento dei diritti di cittadinanza e se pregiudichi le possibilità di ripresa del Paese, con evidenti ricadute in particolare sui temi sociali⁶².

Non è un caso che da più parti si avverte il pericolo di un diseguale soddisfacimento dei diritti di cittadinanza sul territorio nazionale, che ha comportato di fatto l'interruzione della convergenza sociale.

Alla luce delle brevi considerazioni sovraesposte, va da sé che le conclusioni che si devono tirare hanno come minimo denominatore comune la convinzione che non sia possibile pensare che il disegno di legge in esame non rischi di far aumentare proprio i divari di cittadinanza⁶³ e di svincolare le asimmetrie territoriali previste nella Carta costituzionale dall'ambito di un modello ancor più solidale di regionalismo, come ci ricorda ampiamente anche il PNRR, che pone questo obiettivo come una delle tre priorità trasversali alle sei Missioni, secondo un principio di coesione sociale, economica e territoriale, previsto dal *Next Generation EU*, ai sensi degli artt. 174 e 175 TFUE.

Come in molti hanno sottolineato, ad essere messo in discussione non è solo il principio di unità ed indivisibilità della Repubblica (di cui all'art. 5 Cost.)⁶⁴, ma, anche, a ben vedere,

⁵⁸ Si cfr. A. Patroni Griffi, *Federalismo, Mezzogiorno e sviluppo solidale*, in *Quale sviluppo solidale?*, a cura di G. Di Palma, P. Giustiniani, Verbum ferens, Napoli 2010, 131, anche su *forumcostituzionale.it* e su *giustizia-amministrativa.it*.n *Forum di quaderni costituzionali*; S. Lieto, *Mezzogiorno e solidarietà nel dibattito costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2019, 3 ss.

⁵⁹ S. Prisco, *La solidarietà come valore comune delle tradizioni costituzionali europee. Brevi note comparate con particolare riguardo all'esperienza tedesca*, in M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2001.

⁶⁰ Ciò è anche un modo per recuperare una linea forte al dovere della solidarietà tra territori, che non è nel nostro Testo costituzionale meno intenso del dovere della solidarietà tra cittadini.

⁶¹ S. Valaguzza, *Il diritto delle città e il dibattito sull'autonomia differenziata*, in *Federalismi.it*, 19, 2019, 8.

⁶² Nonostante una fase di ripresa economica, continuano ad aumentare i divari sociali all'interno del nostro territorio, con un allargamento della forbice tra popolazione più ricca e meno ricca e, al tempo stesso, una complessiva riduzione di competitività del Paese.

⁶³ In tema, recentemente, M.C. D'Arienzo, *Emergenza economica e riorganizzazione scolastica e didattica, ovvero come conciliare razionalizzazione della spesa. Libertà d'insegnamento e diritto all'istruzione*, in F. Zammartino (a cura di), *Stati di crisi e sistema delle fonti del diritto*, Napoli, 2023, 189.

⁶⁴ *Ex multis*, R. Bin, *Il filo rosso della dialettica tra unità e autonomia: ieri, oggi e domani*, in *Le Regioni*, 1, 2022, 46

proprio il principio di solidarietà che qui ci occupa, e che sembra essere entrato in crisi proprio allorquando se ne avverte più acuto il bisogno, dovendosi mettere mano alla modifica dei rapporti tra i diversi livelli di governo.

4. Alcune annotazioni sugli sviluppi della giurisprudenza costituzionale in tema di solidarietà. Gettando uno sguardo, seppur rapido, ad alcuni fra gli interventi più significativi operati dalla Corte costituzionale nella materia qui in esame e che non hanno interessato, almeno direttamente, il principio intergenerazionale, si deve osservare immediatamente, come anticipato, che la giurisprudenza costituzionale in tema di solidarietà non è particolarmente numerosa e che generalmente ricorre in essa una circostanza con una certa frequenza: non è poco consueto che tali pronunzie investono questioni che «entrano», per dir così, alla Corte sul presupposto di un'asserita violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 e ne «escono», per lo più con sentenze di rigetto motivate anche con riferimento all'obbligo costituzionale di solidarietà⁶⁵ {anche, nel senso che il richiamo all'art. 2 non è il perno su cui il giudice delle leggi fonda la propria decisione, ma funge piuttosto da argomento *ad adiuvandum*}.

In questa direzione, fra le più interessanti, possono menzionarsi quanto meno la nota sentenza n. 364/1998, concernente la mancata inclusione dell'ignoranza inevitabile nella previsione normativa di scusabilità dell'ignoranza della legge penale. Si tratta in questo caso di una sentenza di accoglimento, nella cui articolata motivazione l'art. 2 viene prima espressamente richiamato per farne discendere, a carico del privato, uno specifico dovere (strumentale) di conoscenza e di informazione, osservando «è per la violazione di questo impegno di solidarietà sociale che la stessa Costituzione chiama a rispondere penalmente anche chi lede tali interessi non conoscendone positivamente la tutela giuridica».

Subito dopo, tuttavia, si precisa che chi «attenendosi scrupolosamente alle richieste dell'ordinamento, agli obblighi di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., adempie tutti i predetti doveri strumentali, nella specie possibili, e ciononostante venga a trovarsi in stato di ignoranza della legge penale, non può esser trattato allo stesso modo di chi deliberatamente o per trascuratezza violi gli stessi doveri»; se non v'è stata violazione dell'attenzione «dovuta», «se il cittadino, nei limiti del possibile, si è dimostrato ligio al dovere (*ex* art. 54, comma 1, Cost.) e, ciò malgrado, continua ad ignorare la legge, deve concludersi che la sua ignoranza è 'inevitabile' e, pertanto, 'scusabile'»⁶⁶.

Con la decisione n. 253/2006, la Corte costituzionale, invece, affrontando il tema delle politiche del lavoro e dell'integrazione sociale, misure di sostegno e di tutela a favore delle persone discriminate per motivi derivanti dall'orientamento sessuale, ha censurato la legge Reg. Toscana n. 32/2002, nella parte in cui la disposizione non estendeva la definizione di lavoratore svantaggiato anche a quella dei transessuali e dei transgender, violando così i principi costituzionali di tutela del lavoro e di solidarietà che si desumono dal combinato disposto degli artt. 2, 3, 4 Cost.

Dello stesso tenore, è la sentenza n. 113/2013, in tema di contributo di solidarietà per le pensioni, in cui la Consulta ha affermato che «l'irragionevolezza dell'intervento settoriale appare ancor più palese, laddove si consideri che la giurisprudenza della Corte ha ritenuto che il trattamento pensionistico ordinario ha natura di retribuzione differita [...] sicché il maggior prelievo tributario rispetto ad altre categorie risulta con più evidenza discriminatorio,

⁶⁵ Si v. S. Sciarra, *Prove di solidarietà in alcune sentenze della Corte costituzionale*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2, 2019; Id., *Remoto, essenziale, flessibile: il Lavoro sul tempo della pandemia*, in *"Gli anni della pandemia"*, Roma, 2022.

⁶⁶ In questa stessa direzione, si possono cfr. le sentenze nn. 16/1968, in tema di contratti agrari, 47/1969, in materia di termini processuali, 35/1981, concernente l'adempimento delle funzioni di membro di uffici elettorali.

venendo esso a gravare su redditi ormai consolidati nel loro ammontare, collegati a prestazioni lavorative già rese da cittadini che hanno esaurito la loro vita lavorativa, rispetto ai quali non risulta più possibile neppure ridisegnare sul piano sinallagmatico il rapporto di lavoro».

Segnatamente, il giudice delle leggi ha puntualizzato la natura tributaria del prelievo che costituisce una «decurtazione patrimoniale definitiva del trattamento pensionistico, con acquisizione al bilancio statale del relativo ammontare», toccando la diretta commisurazione alla rispettiva «capacità contributiva» nel rispetto degli artt. 2, 3 e 53 Cost.

Naturalmente, nel settore qui in esame, esistono decisioni rilevanti anche al di là di ogni riferimento all'art. 3 Cost. La Corte si è pronunciata su più fronti, dovendo considerare i risultati di politiche di bilancio restrittivi sui diritti sociali e sulle prestazioni di sicurezza sociale⁶⁷. Ciò ha indotto il giudice costituzionale a declinare il principio di solidarietà all'interno di varie categorie, come, in tema di volontariato, la Corte, respinta correttamente l'impostazione secondo cui il volontariato stesso costituirebbe una «materia» a sé, rappresentando esso invece un modo d'essere della persona nell'ambito dei rapporti sociali, un paradigma dell'azione sociale che sfugge a qualsiasi rigida classificazione di competenza, lo qualifica come «la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa»⁶⁸.

In maniera più efficace, il giudice costituzionale, con la sentenza n. 178/2015, ha eliminato il divieto della contrattazione collettiva nel settore pubblico che violava, se ulteriormente procrastinato, la libertà sindacale, garantendo il principio di solidarietà mediante proprio l'azione dei sindacati quali corpi intermedi rappresentativi.

Sempre nello stesso anno, il Giudice delle leggi, con la sentenza n. 119, attraverso un'insolita operazione interpretativa, collega la censura di illegittimità costituzionale della norma che vietava agli extracomunitari la facoltà di fare il servizio civile al caso che siffatto limite impediva ad essi di presentare progetti di utilità sociale e, pertanto, di sviluppare il valore del servizio a favore del bene comune⁶⁹.

Secondo la Consulta, quindi, il legislatore aveva posto un ostacolo irragionevole tanto al pieno sviluppo della persona, quanto all'integrazione nella comunità di accoglienza⁷⁰.

In tempi recenti e relativamente ai lavoratori iscritti alla gestione separata INPS, il giudice costituzionale per ampliare la copertura assicurativa anche a coloro non coperti da assicurazione obbligatoria, ha sancito la «universalizzazione» della tutela previdenziale (la prova della solidarietà), sia sotto il profilo soggettivo che quello oggettivo⁷¹.

In piena crisi pandemica, infine, la Corte costituzionale, a cui sono state poste questioni di legittimità costituzionale avente ad oggetto la tutela della salute in presenza dell'imposizione di obblighi vaccinali, è riuscita a comporre, mediante il fondamento solidaristico del nostro Testo fondamentale, le due dimensioni «del diritto inviolabile dell'individuo» e «dell'interesse della collettività» di cui all'art. 32 Cost. che costituisce la declinazione, nel campo della tutela

⁶⁷ Mi sia consentito, F. Zammartino, *Sulla salvaguardia dei diritti sociali tra interpretazioni della Costituzione economica e incertezze della recente giustizia costituzionale: alcune osservazioni*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 3, 2018, 1068 ss.

⁶⁸ Corte cost., sentenza n. 75/1992; nella stessa linea di impostazione si cfr. sentenza n. 228/2004 sulla soppressione dell'obbligo di leva.

⁶⁹ Cfr. M. Catarbia, *Gli immigrati nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Napoli, 2016, 30.

⁷⁰ C. Salazar, *Sui diritti sociali e il principio di solidarietà*, in *Rivista AIC*, 1, 2024, 197.

⁷¹ Corte cost., sentenza n. 238/2022.

della salute, dei doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.⁷².

5. Verso quale modello di solidarietà per il futuro? Dalle considerazioni appena svolte sembra desumersi che il concetto di «solidarietà» abbia recentemente conosciuto alcune significative trasformazioni. Le gravi crisi economiche e sociali che hanno investito la società negli ultimi anni, acute dalla pandemia «Covid-19»⁷³ e dai conflitti bellici russo-ucraino e israeliano-palestinese, hanno, infatti, persuaso i giuristi a guardare con nuovo interesse al principio di solidarietà e alla sua effettiva implementazione, posto che le potenzialità espansive insite nel principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost, non sembrano del tutto esplorate nemmeno dalla Corte costituzionale.

Tuttavia, non è da un organo di garanzia esigere che si predisponga a progettare il futuro. È compito, infatti, del legislatore dover farsi carico di interventi espressamente orientati alla realizzazione di ampie quote di solidarietà, di cui si avverte particolarmente il bisogno in un periodo in cui, volgendosi sempre più il sistema politico nel suo complesso verso i modelli di una democrazia maggioritaria⁷⁴, gli spazi «naturali» riservati alla solidarietà tenderanno molto probabilmente a non ampliarsi.

È augurabile, quindi, che il richiesto riassetto dello Stato sociale non pregiudichi un «valore» costituzionale assolutamente primario⁷⁵, comportando, tra l'altro, ricadute in termini di coesione sociale che nessuno è davvero in grado, al momento attuale, di prefigurare opportunamente.

Correlare i doveri solidali agli ambiti politico, economico e sociale in modo che essi concretamente operino, è l'inizio di un percorso che trova la sua legittimazione nella Carta costituzionale, che così a questo punto potremmo definire «comunitaria», dove ogni individuo è visto non come un'entità separata da tutte le altre, ma come un membro di una più ampia comunità contraddistinta da una reciproca solidarietà⁷⁶.

Resta allora di fondamentale importanza la considerazione che il valore della solidarietà non si dispieghi unicamente come solidarietà fra omologhi, fra soggetti eguali, ma acquisti una tendenza sempre più «inclusiva», indirizzandosi segnatamente nei riguardi dei diseguali, dei diversi. Tale obiettivo può raggiungersi solo attraverso riforme legislative organiche, che considerino l'espansione delle disuguaglianze socio-economiche, come l'antitesi a qualsiasi forma di solidarietà sostanziale.

Credo che stia in questo, per un verso, il senso del «salto di qualità» rispetto ad antiche concezioni della solidarietà che la costruivano unicamente in termini antagonisti, e, per altro verso, l'unica concreta possibilità di realizzazione della solidarietà in un modello di società che si va sempre maggiormente a caratterizzare in senso multiculturale e multietnico.

Abstract. Il saggio analizza il valore della solidarietà quale principio fondativo della Costituzione repubblicana. Poco indagato o quantomeno in misura ampiamente asistemica dai giuristi, l'affermazione del valore della solidarietà è la vera sfida che dovrà impegnare in

⁷² Corte cost., sentenza n. 14/2023, punto 7 del *Considerato in diritto*. Si cfr. anche sentenza n. 15/2023.

⁷³ Si v., P. Bilancia, *Il grave impatto del Covid-19 sull'esercizio dei diritti sociali*, in G. De Minico, M. Villone (a cura di), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, in *Consulta Online*, 2020; con alcune implicazioni anche di natura comparatistica, G. Ferraiuolo, *Gli assetti istituzionali delle regioni alla prova della crisi pandemica*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2023, 42 ss.

⁷⁴ Su questa nozione e sulle sue principali conseguenze, tra gli altri, S. Bartole, *Democrazia maggioritaria*, in *Enc. Dir.*, vol. III – Aggiorn., Milano, 2001, 246 ss.

⁷⁵ A. Apostoli, *La svalutazione del principio di solidarietà*, 62, cit.

⁷⁶ Si v. R. Titomanlio, *Solidarietà, beneficenza e filantropia nella Carta Costituzionale*, Testo della Relazione “Solidarietà, beneficenza e filantropia nella Carta Costituzionale” presentata al Convegno “Solidarietà e filantropia nel diritto delle successioni”, tenutosi a Roma, il 4 dicembre 2015 presso l'Unicef, Auditorium A. Farina, 6.

futuro i governi, i quali dovranno operare affinché tale valore non si dispieghi unicamente come solidarietà fra omologhi, fra soggetti eguali, ma acquisti una tendenza sempre più «inclusiva», indirizzandosi segnatamente nei riguardi dei diseguali, dei diversi.

Abstract. The essay analyzes the value of solidarity as a founding principle of the republican Constitution. Little investigated or at least to a largely unsystematic extent by jurists, the affirmation of the value of solidarity is the real challenge that governments will have to face in the future, which will have to work to ensure that this value does not unfold solely as solidarity between counterparts, between equal subjects, but it acquires an increasingly «inclusive» tendency, particularly addressing those who are unequal and different.

Parole chiave. Solidarietà – diritti sociali – utilità sociale – welfare state – inclusività.

Key words. Solidarity – social rights – social utility – welfare state – inclusiveness.

LINGUAGGIO E GOVERNO DELLA SOCIETÀ. RIFLESSIONI SUL LESSICO DELLE POLITICHE DEL LAVORO DELLE ISTITUZIONI EUROPEE*

di Salvatore D'Acunto**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Il tasso di occupazione come obiettivo di *policy*. – 3. L'importante è partecipare (al mercato del lavoro). – 4. «Attivare» le forze di lavoro, ovvero smantellare i sistemi di protezione sociale. – 5. La crociata contro il *Welfare* «mediterraneo». – 6. Conclusioni.

452

1. Introduzione. «Le parole sono importanti», grida un infuriato Nanni Moretti in una sequenza iconica di «Palombella rossa», dopo aver schiaffeggiato una intervistatrice colpevole di «tradurre» le sue risposte in slogan e frasi fatte evidentemente inadatte a restituirne il senso. Eppure, a dispetto della caratterizzazione del personaggio come isterico e aggressivo, finiamo per simpatizzare con lui. La spiegazione di quella vicinanza emotiva è che tutti ci siamo trovati qualche volta nella vita nella frustrante situazione di dover discutere con qualcuno che prova a far «slittare» sistematicamente il senso delle nostre parole. E poiché le parole definiscono il contenuto degli impegni che assumiamo nei confronti dei nostri simili e delle contropartite che ci aspettiamo in cambio, se qualcuno riesce a manipolarne il significato comunemente riconosciuto è in grado di manipolare anche la sostanza dei «contratti» più o meno espliciti che ci legano ad essi.

Evidentemente, ancora più delicato è il ruolo delle parole con cui le istituzioni di governo di una comunità ne definiscono gli obiettivi: esse congiurano infatti a disegnare la percezione collettiva della trama dei diritti e degli obblighi che costituisce il patto fondativo della comunità. Quelle parole possono quindi veicolare ai destinatari delle politiche pubbliche rappresentazioni falsate degli adempimenti che vengono loro richiesti e dei benefici che ne ricaveranno, introducendo un elemento di sostanziale opacità nel rapporto tra governanti e governati e alterandone la dialettica.

Se le parole godono di questo straordinario potere di distorsione della realtà è a causa della loro caratteristica capacità di svolgere contestualmente funzioni «denotative» ed «evocative». In altri termini, il nesso che lega significante e significato può essere a volte assai rigido, e altre volte invece «sfumarsi»: piuttosto che indicare in maniera univoca l'oggetto del discorso, il significante può suggerire implicitamente altri oggetti associati al principale per «analogia» o «familiarità», oppure può caricare l'oggetto di implicite connotazioni valoriali. In tutti questi casi, la nitidezza della comunicazione si perde, i confini dell'oggetto si fanno vaghi e le informazioni che lo riguardano imprecise.

Il lessico delle politiche del lavoro delle istituzioni europee è, a nostro avviso, un esempio paradigmatico in tal senso. Le parole che lo popolano sono oscure, trasmettono informazioni ambigue ed evocano, più o meno subliminalmente, connotazioni valoriali. Di conseguenza, esse danno luogo a ricorrenti equivoci circa la natura del «contratto sociale» in vigore tra *establishment* e ceti subalterni nell'Europa contemporanea. Lo scopo di questo breve saggio è

* Sottoposto a referaggio.

** Professore Associato di Economia politica – Università della Campania Luigi Vanvitelli.

evidenziare il sovraccarico di significati che caratterizza i concetti chiave di questo apparato lessicale e chiarirne il ruolo che esso esercita nell'orientare la dialettica tra governanti e governati.

Come primo passo di questo percorso proveremo a precisare il significato del concetto di «tasso di occupazione», grandezza che ormai da un trentennio occupa un ruolo centrale nella gerarchia degli obiettivi macroeconomici delle istituzioni europee (§ 2). In secondo luogo, cercheremo di fare chiarezza sulle implicazioni (per niente evidenti ai non addetti ai lavori) del formulare un obiettivo di politica economica in termini di tasso di occupazione piuttosto che in termini di «tasso di disoccupazione», come è stato invece consuetudine delle istituzioni nazionali e sovranazionali di governo dell'economia per tutto il periodo che va dalla fine del secondo conflitto mondiale fino agli anni '80 (§ 3). In terzo luogo, proveremo a individuare quello che riteniamo essere il reale obiettivo delle riforme dei sistemi di sostegno dei redditi realizzate nei principali Paesi UE agli inizi del millennio - riforme accomunate dal principio di condizionare le erogazioni alla disponibilità al lavoro dei beneficiari - e a chiarire il ruolo svolto dalle peculiari modalità di comunicazione istituzionale che ne hanno accompagnato la realizzazione (§ 4). In quarto luogo, cercheremo di comprendere i motivi dell'ossessiva attenzione delle istituzioni europee per l'innalzamento dei requisiti di accesso ai trattamenti pensionistici nei Paesi (come l'Italia) privi di un generalizzato sistema di protezione dei redditi. Anche in questo caso, come si vedrà, le «parole» hanno giocato un ruolo assai importante, caricando di venature moralistiche il discorso pubblico sul tema (§ 5). Infine, nel § 6 si riepilogano brevemente i risultati dell'analisi.

2. Il tasso di occupazione come obiettivo di policy. Come si è anticipato nella sezione precedente, dopo aver orientato per circa un trentennio le proprie politiche economiche verso obiettivi definiti in termini di «tasso di disoccupazione», ad un certo punto i Paesi europei hanno spostato decisamente l'enfasi sul «tasso di occupazione. Difficile datare con precisione questo mutamento di prospettiva. Già nel *Libro Bianco* del 1994 su *Crescita, competitività e occupazione*, la Commissione Europea lamentava che il tasso di occupazione europeo fosse «il più basso delle regioni industrializzate»¹ e sottolineava l'importanza cruciale di «indirizzare la politica verso la crescita dell'occupazione e non unicamente al contenimento della disoccupazione»². Da allora, la presenza del tasso di occupazione nei documenti ufficiali delle istituzioni europee è andata via via infittendosi, fino ad essere assunto dal Consiglio Europeo come l'obiettivo principale della strategia di Lisbona, dove si indicava nel valore del 70% il *target* da realizzare entro il 2010³.

Difficile, per un profano, comprendere le implicazioni pratiche di questo slittamento lessicale. Nella lingua italiana, l'associazione del prefisso *dis-* ad una radice linguistica in genere definisce un significato «simmetrico» a quello della radice. Ad esempio, a tutti appare pacifico che la «dis-eguaglianza» sia l'esatto contrario dell'«eguaglianza», e che quindi «tendere verso l'eguaglianza» o «ridurre la diseguaglianza» siano due modi diversi di dire esattamente la stessa cosa. Così, quando un comune cittadino a digiuno di nozioni di statistica economica, e che magari ha perso il proprio posto di lavoro qualche mese fa, sente dire in TV che «l'Unione europea ha promosso misure finalizzate ad aumentare il tasso di occupazione», è probabile che creda che a Bruxelles e a Francoforte ci si stia seriamente preoccupando del suo destino. E invece si tratta di un malinteso. Infatti, come proveremo a chiarire tra un attimo, tra tasso di occupazione e tasso di dis-occupazione non corre un rapporto di simmetria, e pertanto

¹ Commissione europea, *Crescita, competitività e occupazione. Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*, 1994, 146.

² Ivi, 151.

³ Consiglio europeo, Lisbona, 23-24 Marzo 2000, Conclusioni della Presidenza, punto 30.

può facilmente accadere che politiche intese ad aumentare il tasso di occupazione abbiano l'effetto di lasciare inalterato il tasso di disoccupazione, o addirittura di aumentarlo.

Per venire a capo di questo mistero, è necessario partire dalle definizioni delle due grandezze in oggetto. Il tasso di occupazione misura la quota di «popolazione in età lavorativa» che svolge un'attività lavorativa remunerata in un'impresa o in un'organizzazione pubblica: ad esempio, se in un Paese vivono 100 persone in età compresa tra i 15 e i 65 anni, e 60 di loro hanno un'occupazione remunerata, diremo che il tasso di occupazione in quel Paese è pari al 60%. Il tasso di disoccupazione invece misura la quota di «popolazione attiva» che non ha un'occupazione remunerata. Come si vede, l'aggregato di riferimento è diverso: la popolazione «attiva» infatti non corrisponde alla popolazione «in età lavorativa», ma ne è solo una sub-partizione. Più precisamente, la popolazione attiva è la somma degli occupati e di quella parte della popolazione in età lavorativa che sta cercando attivamente un lavoro, ossia coloro che stanno mandando curriculum alle imprese, che stanno girando per i ristoranti chiedendo ai titolari se hanno bisogno di uno sguattero o per i cantieri chiedendo ai capimastro se un manovale gli possa tornare utile. Per passare dalla popolazione attiva alla popolazione in età lavorativa bisogna aggiungere i cosiddetti «inattivi», cioè le persone in condizione di lavorare ma che, per motivi variegati (studio, impegni di natura familiare, preferenza per il tempo libero) non partecipano al mercato del lavoro.

Il riferimento a un diverso aggregato implica che i due indici non necessariamente si muovano in maniera simmetrica: il tasso di occupazione può aumentare «anche in condizioni di invarianza o addirittura di aumento del tasso di disoccupazione». Un banale esempio numerico può aiutare a chiarire la differenza e a valutare le implicazioni «normative» dello spostamento di enfasi tra i due indicatori nella gerarchia degli obiettivi dell'UE. Si immagini che in una certa circoscrizione territoriale risiedano 12 milioni di persone in età lavorativa, si ipotizzi che solo 10 milioni di esse partecipino al mercato del lavoro, che 8 milioni di questi abbiano un'occupazione remunerata e 2 milioni risultino invece disoccupati. In tal caso, il calcolo dei due indicatori di «performance» del mercato del lavoro darà luogo ai seguenti risultati:

$$Tassodidisoccupazione = \frac{Disoccupati}{Popolazioneattiva} = \frac{2.000.000}{10.000.000} = 20\%$$

$$Tassodioccupazione = \frac{Occupati}{Popolazioneinetàlavorativa} = \frac{8.000.000}{12.000.000} = 66,6\%$$

Si immagini poi che, nel corso dell'anno successivo, 1 milione di persone decidano di lasciare la condizione di «inattivo» e di partecipare al mercato del lavoro, e ipotizziamo che 500.000 di essi trovino un'occupazione, mentre gli altri 500.000 non riescano a coronare la loro ricerca con il successo. Alla fine dell'anno, il calcolo dei due indicatori di *performance* del mercato del lavoro darà luogo a risultati significativamente diversi rispetto all'anno precedente:

$$Tassodidisoccupazione = \frac{2.500.000}{11.000.000} = 22,72\%$$

$$Tassodioccupazione = \frac{8.500.000}{12.000.000} = 70,83\%$$

Come si vede, l'esempio ci mette di fronte all'apparente paradosso dell'aumento contestuale

di entrambi gli indicatori. Da un lato, è aumentato il tasso di occupazione, vale a dire che è cresciuta la quota di individui che è riuscita a fare della vendita della propria forza lavoro sul mercato la modalità della propria sopravvivenza; dall'altro, è aumentato anche il tasso di disoccupazione, vale a dire che il sistema produttivo mostra una capacità di assorbire la manodopera disponibile più bassa rispetto all'anno precedente.

Evidentemente, la valutazione del mutamento intervenuto risulterà di segno completamente diverso a seconda dello strumento di misurazione utilizzato: se confrontiamo la situazione *ex ante* e quella *ex post* attraverso la «lente» del tasso di disoccupazione, la *performance* del mercato del lavoro ci apparirà peggiorata, mentre se la valutiamo alla luce del tasso di occupazione avremo una percezione esattamente opposta. Poiché le istituzioni di *governance* dell'UE - nella valutazione del successo o dell'insuccesso delle azioni di *policy* dei Paesi membri - attribuiscono un rilievo centrale al tasso di occupazione, se i fatti raccontati in questo esempio si verificassero nella realtà, sicuramente vedremmo per qualche giorno la narrazione giornalistica della *performance* macroeconomica del Paese in oggetto colorarsi di toni trionfalistici, a dispetto del fatto che la capacità dell'economia di metabolizzare l'offerta di lavoro si sia ridotta, come documentato dal dato relativo al tasso di disoccupazione.

La domanda che dovrebbe a questo punto farsi strada nella mente del lettore è quale sia il motivo che induce le istituzioni europee a valutare come sostanzialmente irrilevanti, nel computo del benessere della comunità, le sofferenze delle 500.000 persone che, abbandonando occupazioni probabilmente più piacevoli (e magari socialmente più meritevoli), si sono impegnate invano nella ricerca di un lavoro. Se, piuttosto che fare visite periodiche agli uffici di collocamento, compilare moduli e spedire curriculum, interagire con sconosciuti su piattaforme informatiche e sostenere colloqui di selezione sgradevoli e magari dannosi per l'autostima, quelle 500.000 persone avessero trascorso il proprio tempo prendendosi cura dei propri figli o dei propri genitori anziani o malati, ma anche leggendo romanzi di loro interesse o semplicemente bighellonando, il loro benessere personale (o quello dei familiari destinatari delle loro cure) non sarebbe stato più elevato? Qual è il motivo che induce le istituzioni di *governance* dell'UE a ritenere che quelle perdite di benessere debbano considerarsi in ogni caso più che bilanciate dai guadagni di benessere delle 500.000 persone che nel periodo considerato hanno invece trovato un lavoro?

3. L'importante è partecipare (al mercato del lavoro). La risposta è che, evidentemente, non c'è nessun motivo. Molto semplicemente, porre un'enfasi privilegiata sul tasso di occupazione è solo un modo per attribuire una priorità gerarchica all'obiettivo di espandere la partecipazione al mercato del lavoro – indipendentemente dalla capacità del sistema produttivo di assorbire la disoccupazione esistente – senza tuttavia dirlo esplicitamente. Sembrerebbe cioè che, per le istituzioni europee, non sia tanto importante che i lavoratori «vincano» la lotteria della ricerca del lavoro, quanto piuttosto che vi «partecipino».

Sebbene in qualche modo occultato dall'enfasi retorica sul tasso di occupazione, in realtà l'obiettivo di incrementare il tasso di partecipazione al mercato del lavoro faceva già capolino nel citato *Libro Bianco* del 1994 su *Crescita, competitività e occupazione*.⁴ Nei documenti ufficiali più recenti degli organi dell'UE, questo intento emerge in maniera via via più esplicita. Si potrebbe citare ad esempio il *Joint Employment Report* del 2018, dove «incrementare la partecipazione al mercato del lavoro» viene indicato come «un imperativo ineludibile».⁵ Oppure si potrebbe far riferimento alle *guidelines* per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione adottate nel Luglio 2018 dal Consiglio dell'Unione Europea, dove si

⁴ Cfr. Commissione europea, *Crescita, competitività e occupazione. Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*, cit., 156 e 169.

⁵ European Commission, *Joint Employment Report*, 2018, 8.

invitano gli Stati membri «a rimuovere gli ostacoli e i disincentivi in relazione alla partecipazione al mercato del lavoro»⁶.

Qual è il motivo di questo interesse per l'incremento della partecipazione al mercato del lavoro in assenza di politiche finalizzate ad incrementare la capacità di assorbimento delle forze di lavoro da parte del sistema produttivo? A cosa serve poter disporre di un'offerta di lavoro di dimensioni sempre più consistenti se, come è noto, il palinsesto delle politiche macroeconomiche risultante dal Trattato di Maastricht congiura ad una sostanziale stagnazione della domanda aggregata?⁷ La motivazione più utilizzata nei documenti ufficiali è proteggere la sostenibilità dei sistemi previdenziali messa in pericolo dai mutamenti demografici⁸. Ovviamente è una motivazione che fa sorridere, soprattutto chi abbia un'idea anche vaga del punto di vista dell'*establishment* politico e finanziario continentale circa il ruolo dei sistemi previdenziali, considerati sostanzialmente testimonianze archeologiche di un'epoca di pre-modernità economica (ci torneremo più avanti), e circa i contributi sociali necessari a finanziarne il funzionamento, ritenuti meri aggravii al costo del lavoro, e quindi ostacoli alla competitività del sistema produttivo continentale sui mercati globali.

Per trovare una risposta più realistica a questa domanda bisogna invece scavare sotto le apparenze, cercando di mettere a fuoco i nessi sotterranei che legano l'architettura normativa del Trattato di Maastricht agli indirizzi di *policy* disseminati negli *Annual Report* della Banca centrale europea e nei *Country Specific Report* redatti dalla Commissione Europea nell'ambito del cosiddetto *Semestre europeo*. Questi documenti sono attraversati da una preoccupazione ricorrente: la estrema difficoltà di coniugare tassi di crescita economica soddisfacenti con i severi limiti posti dal Trattato di Maastricht alla regolazione della domanda aggregata. Infatti, se la banca centrale da un lato (art. 127) e i Paesi membri dall'altro (art. 123 e 126) non dispongono di poteri per governare la dinamica della domanda «interna», la crescita economica finisce per dipendere sistematicamente dagli stimoli provenienti dalla domanda «esterna». Pertanto, quando la domanda mondiale flette, le istituzioni di *governance* macroeconomica non sono in grado di evitare che *stock* significativi di risorse umane vengano inghiottite nel limbo della disoccupazione, che col tempo si deteriorino qualitativamente, e quindi vadano prima o poi ad ingrossare l'area dell'inoccupabilità o dell'inattività.

Questo assetto istituzionale presenta, purtroppo, un serio inconveniente: quando il vento della domanda mondiale tornerà a soffiare forte, non sarà possibile approfittarne, perché mancherà la forza lavoro necessaria a issare le vele.⁹ In assenza di manodopera disponibile, l'impulso della domanda esterna farà schizzare prezzi e salari verso l'alto e la BCE dovrà mettere il timone nella direzione opposta pur di non venir meno al proprio mandato di garantire la stabilità dei prezzi¹⁰. La preoccupazione delle istituzioni europee è quindi sempre stata la ricerca di un espediente che potesse ritagliare all'economia continentale qualche grado di libertà da questa camicia di forza deflazionista che si è scelta come vestito. E qual è

⁶ Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, Decisione n. 2018/1215 del Consiglio dell'Unione Europea sugli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione, *guideline*, 6.

⁷ Circa gli effetti macroeconomici dell'architettura dei poteri economici definiti dal Trattato di Maastricht, si consenta il rinvio a S. D'Acunto, D. Suppa, *L'output gap tra scienza e superstizione*, *Moneta e Credito*, 294, 2021.

⁸ Cfr. Consiglio europeo, Stoccolma, 23-24 Marzo 2001, Conclusioni della presidenza, punto 8; Commissione europea, Comunicazione al Consiglio Europeo di primavera: *Lavorare insieme per la crescita dell'occupazione. Il rilancio della strategia di Lisbona*, Bruxelles, 2005, 29-30; Commissione europea, *Libro verde. Verso sistemi pensionistici adeguati, sostenibili e sicuri in Europa*, Bruxelles, 2010, 9.

⁹ Cfr., ad esempio, European Central Bank, *Annual Report*, 2000, 44, dove già si parlava esplicitamente di «rising recruitment difficulties in some sectors and possible risks that some countries will experience labour shortages in the medium term».

¹⁰ Sul punto, cfr. Commissione europea, *Crescita, competitività e occupazione. Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*, cit., 59.

l'espedito più semplice per eluderne la forza costringente? Ma evidentemente disporre di un «esercito industriale di riserva» abbondante e sufficientemente flessibile da essere prontamente spostato da un settore produttivo all'altro e da un'area geografica all'altra, e quindi in grado di fungere da meccanismo disciplinatore delle rivendicazioni salariali¹¹. Per queste ragioni, mantenere un alto tasso di partecipazione al mercato del lavoro è da sempre considerata una condizione decisiva ai fini della capacità della barca europea di catturare i venti favorevoli della congiuntura mondiale e realizzare performance macroeconomiche soddisfacenti.

Queste considerazioni dovrebbero aiutare a capire a cosa serva definire gli obiettivi di *policy* in termini di tasso di occupazione piuttosto che in termini di tasso di disoccupazione: a mettere in campo un apparato di misure finalizzate alla deflazione salariale facendo credere ai (malcapitati) destinatari che siano finalizzate all'aumento del loro benessere. Una sorta di gioco di prestigio linguistico con cui un medico che effettua quotidiani prelievi di sangue dalle vene di un suo paziente cerca di convincerlo che si tratti di una pratica indispensabile al funzionamento equilibrato del suo organismo.

4. «Attivare» le forze di lavoro, ovvero smantellare i sistemi di protezione sociale. Il problema è che, per indurre la gente a partecipare alla competizione per una posizione lavorativa, non basta che ci sia in palio un premio, ma occorre anche convincere i potenziali partecipanti che vincerlo non sia un evento eccessivamente improbabile. Purtroppo, la camicia di forza deflazionista che l'Europa si fregia di indossare (e gli elevati tassi di disoccupazione che ne conseguono) congiura a formare nei cittadini aspettative non molto incoraggianti in tal senso: a tutti è chiaro che vincere la lotteria della ricerca del lavoro non è affatto facile, e questa diffusa sensazione non è propriamente un robusto incentivo a parteciparvi. Del resto, questa difficoltà era ben chiara ai designer delle politiche macroeconomiche europee già nei primi anni di vita dell'Unione monetaria, che infatti non mancavano di segnalare l'esigenza di progettare strumenti *ad hoc*. Nel suo *Annual Report* del 2000, la BCE sottolineava la necessità di adottare «[...] incentivi per i disoccupati e gli inattivi a rientrare nel mercato del lavoro».¹² E nella comunicazione al Consiglio Europeo di primavera del Febbraio 2005, la Commissione Europea rinnovava l'invito ai Paesi membri ad applicare «politiche occupazionali che incentivino i lavoratori a rimanere attivi, dissuadendoli dall'abbandonare prematuramente il mondo del lavoro».¹³

All'inizio del millennio, al fine di promuovere questa «attivazione» della popolazione in età lavorativa, i Paesi del *core* dell'Unione Europea si orientano decisamente verso le cosiddette politiche di *Workfare*: in sostanza, aboliscono gradualmente le misure di contrasto alla povertà comunemente etichettate come «assistenzialistiche» (ossia consistenti in prestazioni monetarie o reali senza obblighi corrispettivi a carico dei beneficiari) e le sostituiscono con prestazioni legate sinallagmaticamente all'adempimento di un obbligo di attivazione al lavoro. La teoria economica accoglie entusiasticamente questo nuovo approccio, e molti studiosi invitano i governi a collegare in maniera sempre più stringente l'accesso ai benefici dei programmi di *Welfare* alla «dimostrazione della volontà di lavorare». Fa scalpore il famoso *Rapporto* commissionato da Blair e D'Alema ai professori Boeri, Layard e Nickell, dove i tre studiosi arrivano a sostenere che, dopo un certo periodo di godimento dei sussidi, il

¹¹ Per una recente e molto documentata riflessione sul ruolo svolto nelle moderne economie capitalistiche dalla disoccupazione come strumento per disciplinare la dinamica salariale, cfr. C. Mattei, *L'economia è politica*, Milano, 2023.

¹² European Central Bank, *Annual Report*, 2000, 44.

¹³ Cfr. Commissione europea, Comunicazione al Consiglio Europeo di primavera, *Lavorare insieme per la crescita dell'occupazione. Il rilancio della strategia di Lisbona*, cit., 11.

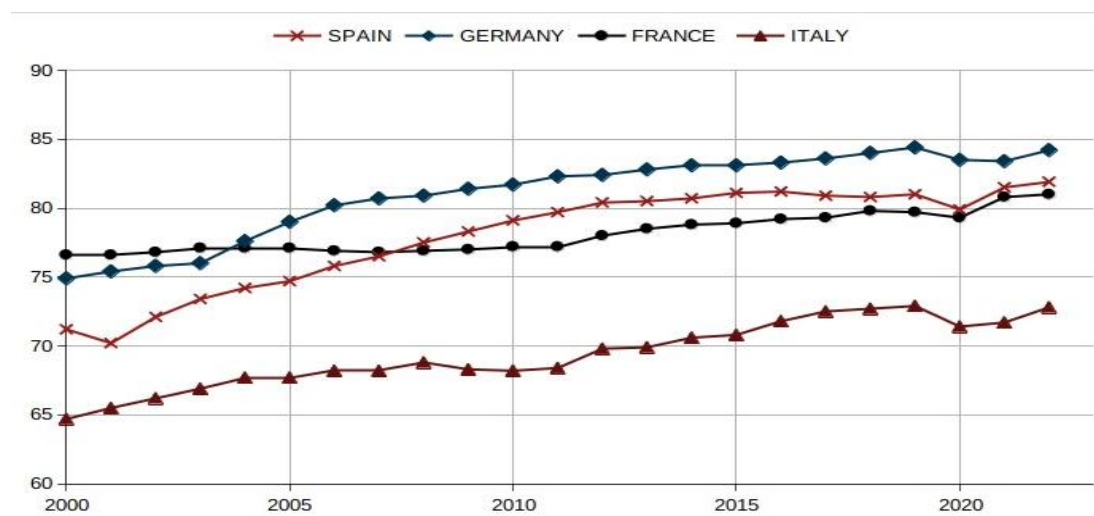
mantenimento dei benefici andrebbe opportunamente condizionato alla disponibilità a svolgere «qualsiasi» tipo di lavoro, «anche se questo implica significativi tempi di spostamento o anche un trasferimento».¹⁴ Riforme del *Welfare* lungo questa falsariga vengono attuate, in rapida successione, in Germania, Francia e Gran Bretagna¹⁵. Il mutamento di rotta riceve la benedizione formale della Commissione Europea, che, nella raccomandazione del 3 ottobre 2008 in tema di inclusione delle persone escluse dal mercato del lavoro, riconosce «il diritto fondamentale della persona a risorse e prestazioni sufficienti per vivere conformemente alla dignità umana», ma aggiunge che tale diritto dovrebbe «essere integrato con disponibilità attiva al lavoro o alla formazione professionale al fine di ottenere un lavoro»¹⁶.

Questo passaggio è accompagnato da una profonda ristrutturazione del vocabolario della comunicazione politica: poiché si tratta di pillole amare, non è facilissimo convincere la popolazione a ingoiarle. E poiché il modo più semplice per convincere qualcuno ad assumere una pillola amara è evidentemente persuaderlo del fatto che è «malato», il nuovo vocabolario viene disegnato in modo da poter supportare una narrazione sostanzialmente rovesciata della cattiva *performance* del mercato del lavoro in Europa: se i cittadini fanno fatica a trovare un'occupazione remunerata non è perché l'assetto istituzionale progettato a Maastricht distorce in senso deflazionistico i comportamenti di governi e imprese, ma piuttosto perché i cittadini non operano in senso «sinergico» alle esigenze del sistema produttivo. «Il mondo è cambiato», spiegano i capi di governo nei salotti televisivi, «ma i cittadini vivono passivamente il cambiamento e aspettano soluzioni miracolistiche», piuttosto che «adattare le proprie competenze ai mutamenti del mercato del lavoro». Ci spiegano anche che il lavoro non va più considerato un diritto, come viene qualificato nella gran parte delle costituzioni europee, ma piuttosto un «dovere nei confronti della società». Niente di più normale, quindi, che l'erogazione dei sussidi sia condizionata all'assunzione di un comportamento proattivo da parte dei beneficiari.

¹⁴ T. Boeri, R. Layard, S. Nickell, *Welfare-to-work and the fight against long-term unemployment*, Report to Prime Ministers Blair and D'Alema, 21 February 2000, in https://www.researchgate.net/publication/30525985_Welfare-to-Work_and_the_Fight_against_Long-Term_Unemployment.

¹⁵ In Germania la riforma che segna il passaggio al modello del *workfare* è il noto pacchetto *Hartz IV*, che nel 2005 introduce l'*Arbeitslosengeld II*, istituto che prevede una serie di obblighi a carico dei beneficiari e decurtazioni progressive delle erogazioni monetarie per i beneficiari che rifiutino proposte di lavoro giudicate idonee. Istituti di concezione analoga vengono introdotti in Francia nel 2009 (*Revenu de solidarité active*) e nel Regno Unito nel 2013 (*Universal credit*). Per una succinta rassegna di questi istituti, cfr. S. Toso, *Reddito di cittadinanza. O reddito minimo?*, Bologna, 2016, 82-99.

¹⁶ Commissione europea, *Raccomandazione relativa all'inclusione delle persone escluse dal mercato del lavoro*, 3 Ottobre 2008, Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, L 307/11.



Queste riforme si dimostreranno straordinariamente efficaci nel perseguire l'obiettivo di incrementare il tasso di partecipazione al mercato del lavoro. Costretta a scegliere tra lavori di bassa qualità e dimensioni esistenziali sostanzialmente apparentabili con l'accattonaggio, gran parte della popolazione in età lavorativa fino ad allora riluttante decide di uscire dalla condizione di inattività ed entrare nel circuito del *Workfare*: si comincia con un sussidio e un corso di formazione, e poi si susseguono periodi di alternanza tra lavoro e sussidio, o anche di cumulo di lavoro e sussidio quando, come accade di frequente nei casi di persone con basso livello di qualificazione, la paga è molto bassa. La Fig. 1 offre una panoramica sulla dinamica del tasso di partecipazione di alcuni Paesi UE nell'intervallo temporale che va dal 2000 al 2022. Come si vede, i Paesi che hanno sostituito il *Welfare* con schemi di *Workfare* fanno registrare incrementi assai significativi dei tassi di attività, che passano dal 76% all'81% in Francia, dal 75% all'84% in Germania, e addirittura dal 70% all'82% in Spagna.

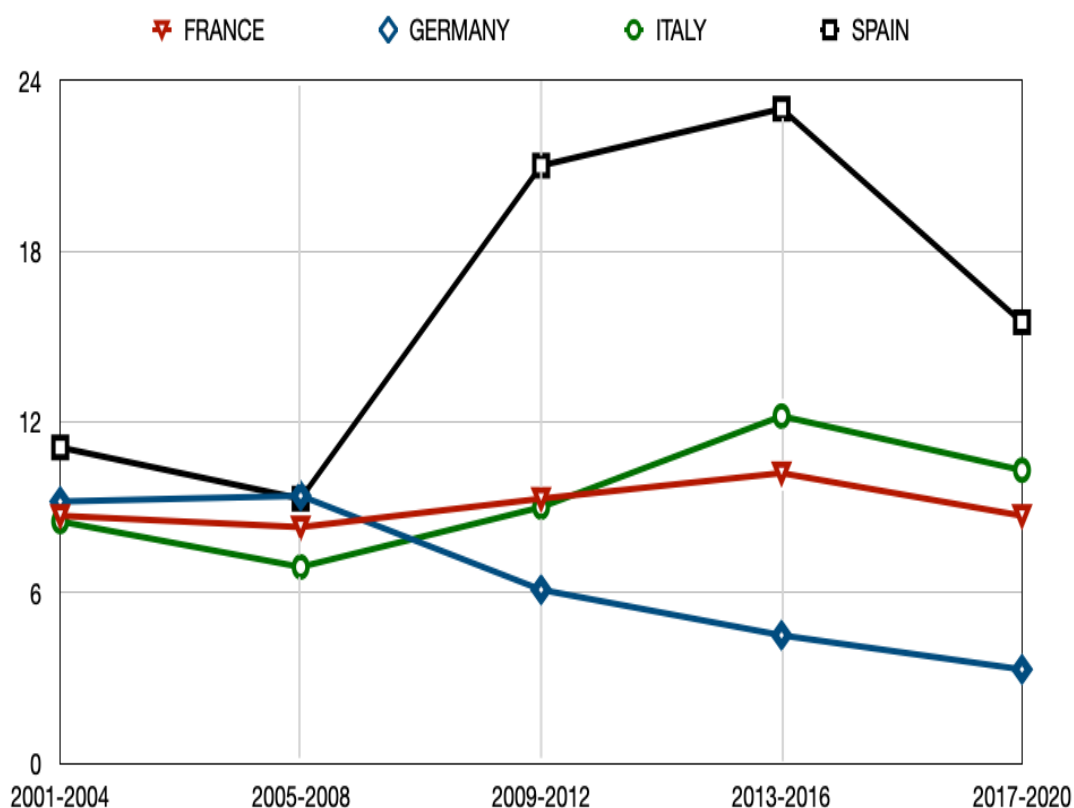


FIG. 2 - TASSO DI DISOCCUPAZIONE IN ALCUNI PAESI UE 2000-2020

Le considerazioni proposte nella sezione 3 circa lo scarto tra obiettivi dichiarati e finalità reali delle politiche di «attivazione al lavoro» possono ora essere meglio valutate alla luce del confronto tra la dinamica del tasso di partecipazione al mercato del lavoro e quella del tasso di disoccupazione. Come è facile verificare dando uno sguardo alla fig. 2, all'impressionante afflusso di manodopera sul mercato del lavoro non fa riscontro, con l'unica eccezione della Germania¹⁷, una caduta tendenziale del tasso di disoccupazione: infatti, dopo il drastico peggioramento della *performance* del mercato del lavoro legato al lungo strascico della recessione del 2009, il tasso di disoccupazione torna solo nell'ultimo quadriennio ai livelli dell'inizio del periodo oggetto di osservazione in Francia, e addirittura si stabilizza su livelli significativamente più elevati in Italia e Spagna. Anche i dati empirici sembrano quindi avvalorare l'idea che l'esistenza di una elevata disoccupazione sia uno dei pochi obiettivi evidenti delle politiche macroeconomiche dell'UE, e che le politiche di «attivazione al lavoro» servano sostanzialmente a garantire che quel serbatoio di manodopera rimanga sempre ben

¹⁷ Tra l'altro, secondo alcuni autorevoli commentatori, la brillante *performance* macroeconomica sarebbe una sorta di faccia speculare delle traversie dei suoi vicini in un «gioco» che, proprio a causa della sistematica intonazione deflazionista delle politiche europee, finisce per essere «a somma zero». Solo a titolo di esempio, e senza nessuna pretesa di esaustività, cfr. E. Brancaccio, *Deficit commerciale, crisi di bilancio e politica deflazionista*, in *Studi economici*, 96/2008; S. Cesaratto, *Notes on Europe, German mercantilism, and the current crisis*, in E. Brancaccio, G. Fontana (a cura di), *The Global Economic Crisis*, Routledge, 2011.

fornito.

Gli strateghi degli uffici di Bruxelles scoprono tuttavia presto che il modello della trasformazione del *Welfare* in *Workfare* non è applicabile ovunque. Non è applicabile, ad esempio, nel nostro Paese, dove non esiste un sistema di sostegno dei redditi paragonabile, per copertura delle prestazioni, a quello dei Paesi del *core* dell'UE¹⁸, e dove tuttavia il tasso di partecipazione al mercato del lavoro è da sempre più basso di circa 10 punti percentuali. Questa anomalia diventa uno dei *puzzle* teorici più discussi nel dibattito tecnico-politico. Gli analisti organici alle teorie *mainstream* si spremono abbondantemente le meningi per venire a capo del mistero di questo corpo sociale ostinatamente renitente al reclutamento nell'esercito industriale di riserva. Come si spiega la riluttanza della popolazione italiana a partecipare al mercato del lavoro? Come fanno costoro a garantirsi la sopravvivenza in un'economia caratterizzata da una decisa propensione deflazionistica e da assetti istituzionali privi di programmi di contrasto alla povertà?

5. La crociata contro il Welfare «mediterraneo». All'esito di questa riflessione, la letteratura mainstream convergerà nell'indicare come causa del basso tasso di attività nazionale le peculiarità del modello di Welfare «mediterraneo» (o «familistico», come dice qualcuno): in sostanza, i cittadini italiani sopprimerrebbero alla mancanza di un sistema di ammortizzatori sociali grazie al ruolo di «assicurazione» contro i rischi esistenziali individuali svolto dalla famiglia mediante la redistribuzione delle risorse garantite da un sistema pensionistico «eccessivamente» generoso.¹⁹

Si tratta di una fotografia non del tutto priva di realismo descrittivo, ma che purtroppo finisce per fare da brodo di coltura ad una retorica da talk-show che mira a riempirla di contenuto moralistico, additando il fenomeno come l'ennesimo prodotto delle italiche (o più genericamente «mediterranee») perversioni. Questa retorica trova anche robusto alimento nelle colorite immagini partorite dalla fantasia di vari esponenti della nostra classe dirigente: ad esempio quella che dipinge i giovani italiani come troppo «schizzinosi» nella scelta del lavoro, e quindi desiderosi di rimanere «bamboccioni» ampiamente oltre il raggiungimento dell'età adulta, per usare le espressioni rese popolari da due ben noti ministri della Repubblica. Seppur con toni meno folkloristici, la Commissione Europea fornisce ulteriore supporto a questa retorica nelle periodiche raccomandazioni indirizzate al nostro Paese. Solo a titolo di esemplificazione, conviene citare un illuminante passaggio del *Country Report* 2015 dedicato all'Italia dove, dopo aver ovviamente stigmatizzato la presunta «distorsione» della spesa

¹⁸ Per una analisi comparata del sistema degli ammortizzatori sociali vigente in Europa a metà degli anni 90, cfr. G. Pisauro, *La riforma degli ammortizzatori sociali e degli incentivi fiscali per l'occupazione*, in L. Bernardi, *La finanza pubblica italiana. Rapporto 1999*, Bologna, 1999. Secondo la ricostruzione di Pisauro, la quota di disoccupati coperti da schemi di sostegno del reddito in Italia era, nel 1994, inferiore al 10%, contro una media UE del 42% e valori prossimi o superiori al 70% in Belgio, Danimarca, Germania e Irlanda.

¹⁹ La letteratura sul ruolo della redistribuzione intrafamiliare nei diversi sistemi di welfare è molto ampia. Per una esplicita caratterizzazione del modello italiano come «familista», cfr. G. Esping-Andersen, *I fondamenti sociali delle economie postindustriali*, Bologna, 2000; T. Boeri, R. Perotti, *Meno pensioni, più welfare*, Bologna, 2002; M. Ferrera, *Le politiche sociali*, Bologna, 2006. Questa letteratura attribuisce all'orientamento familistico delle politiche sociali inefficienze di varia natura, connotandole come inadeguate a proteggere gli individui dal rischio di povertà nelle società postindustriali. Secondo G. Esping-Andersen (2000, 123-24), «Sul piano micro, il familismo ostacola la formazione delle famiglie e frena l'offerta di lavoro, e di conseguenza abbassa i tassi di fecondità, determina una riduzione dei redditi delle famiglie e aumenta i rischi di povertà [...]. Sul piano macro, il familismo è causa di sprechi in capitale umano (in quanto inibisce l'offerta di lavoro delle donne istruite). Ma soprattutto è diventato il tallone d'Achille dello stesso stato sociale. Se i tassi di occupazione femminile sono bassi, lo è anche la base impositiva; se la fecondità è insufficiente, è a rischio la sua sostenibilità finanziaria futura».

sociale italiana verso le pensioni²⁰ e osservato che «questo lascia poco spazio per le altre funzioni della spesa sociale, in particolare per il sostegno alle famiglie e ai minori e il contrasto ai rischi di esclusione sociale e povertà», la Commissione Europea lamenta che «di conseguenza, l'Italia è al terzo posto per la quota di popolazione che vive in famiglie povere o senza lavoro che non godono di integrazioni di reddito, e al primo posto per la quota di popolazione in età lavorativa che dipende dalla pensione di un familiare»²¹.

Insomma, secondo questa ricostruzione, la povertà e l'esclusione sociale non sarebbero il prodotto di un'economia ridotta alla canna del gas dalle politiche di *austerità*, ma l'esito di un modello «perverso» di *Welfare* incentrato sull'insana abitudine delle popolazioni mediterranee di cercare di tenere figli e nipoti quanto più possibile lontani dal tritacarne dei «lavoretti» dequalificanti, precari, sottopagati e senza corredo di diritti che è diventato il mercato del lavoro. Tale modello, affidando «inopportunamente» la protezione degli individui ai diritti maturati in passato da qualche altro membro della propria famiglia, da un lato disincentiverebbe una ampia quota di giovani alla partecipazione al mercato del lavoro, e dall'altro lascerebbe al proprio destino quelli che non hanno la fortuna di avere un nonno longevo dotato di pensione o un genitore «baby pensionato» nel proprio nucleo familiare. Mentre non c'è ovviamente da discutere sul fatto che la protezione dei soggetti più svantaggiati vada considerata un obiettivo sacrosanto delle politiche pubbliche, il passaggio logico con cui la difesa degli ultimi viene messa in conflitto con la difesa dei penultimi è uno straordinario capolavoro di manipolazione ideologica.

Tuttavia, a forza di ripeterla come un mantra sui giornali e nei salotti televisivi, questa retorica fa pian piano breccia nell'immaginario collettivo, e le pensioni diventano, per la gran parte della popolazione, il nemico contro cui combattere. Le istituzioni europee mettono al servizio di questa «crociata» tutta la forza di persuasione di cui dispongono, non disdegnando neanche di utilizzare forme di pressione ai limiti della legittimità. Esempio paradigmatico in tal senso è la lettera inviata, nell'agosto 2011, dal presidente uscente della BCE Trichet e dal suo successore designato Draghi al nostro Presidente del Consiglio, in cui essi offrono il sostegno dell'autorità monetaria ai titoli del debito pubblico italiani - in quel momento sotto il tiro della speculazione internazionale - condizionandolo tuttavia all'adozione di alcune riforme cosiddette «strutturali», tra cui un significativo innalzamento dei requisiti di età e di anzianità contributiva per l'accesso ai trattamenti pensionistici²². Qualche mese più tardi, il governo «tecnico» a guida Monti, insediato con il decisivo *endorsement* delle istituzioni europee, riformerà profondamente il sistema pensionistico proprio nel senso indicato dalla lettera Trichet-Draghi.

Ma l'ossessione delle istituzioni europee per il prosciugamento della spesa pensionistica non si placherà di certo con l'approvazione della cosiddetta *Riforma Fornero*. Negli anni seguenti, la Commissione Europea continuerà ad esercitare pressioni sui governi nazionali, indicando reiteratamente la correzione della (presunta) distorsione della spesa sociale verso le pensioni

²⁰ Cfr. European Commission, *Country Report Italy 2015*, Bruxelles, 66: «La spesa sociale in Italia è decisamente orientata verso la popolazione anziana ed è dominata dalle pensioni, che rappresentavano il 16.6% del PIL nel 2012, percentuale che la colloca al secondo posto nella UE». L'attenzione della Commissione per il «dominio della spesa pensionistica» nel comparto della spesa sociale è un elemento costante dei *Country Reports* dedicati al nostro Paese. Al riguardo, cfr. anche European Commission, *Country Report Italy 2013*, Bruxelles, 6.

²¹ Cfr. European Commission, *Country Report Italy 2015*, cit., 66.

²² Sul punto, con maggiore dettaglio, cfr. P. De Sena, S. D'Acunto, *Il doppio mito: sulla (pretesa) neutralità della politica monetaria della BCE e la (pretesa) non-vincolatività degli indirizzi di politica economica dell'Unione*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2020.

come una delle «*key challenges*» dell'economia italiana²³. E nel 2019, di fronte al tentativo del primo governo Conte di levigare le asprezze della Riforma Fornero, la Commissione eserciterà un ostinato fuoco di sbarramento, accettando malvolentieri, e soltanto dopo un lungo e vivace contenzioso, un provvedimento che prevede un accesso anticipato ai trattamenti di quiescenza per una molto limitata finestra temporale²⁴.

6. Conclusioni. In astratto, le istituzioni di *governance* macroeconomica dispongono di due diverse strategie per fornire al sistema produttivo la manodopera necessaria al suo funzionamento, strategie che potremmo suggestivamente illustrare con le metafore della «carota» e del «bastone». La prima opzione consiste nell'allettare gli individui a partecipare al mercato del lavoro mediante le politiche di espansione della domanda aggregata, che riducono il tasso di disoccupazione e quindi incrementano la probabilità di vincere la «lotteria» della ricerca del lavoro. La seconda consiste invece nel dissuadere gli individui dall'inattività mediante politiche finalizzate ad accentuarne la dipendenza dalla vendita della propria forza lavoro sul mercato.

Tuttavia, gli estensori della costituzione economica di Maastricht – nonché gli ingegneri istituzionali intervenuti a più riprese nel trentennio successivo per emendarne il profilo – hanno fatto del loro meglio per escludere l'uso della «carota» dal novero delle opzioni disponibili, disegnando un'economia vincolata a muoversi rigorosamente sul binario della deflazione. L'art. 127 del Trattato, prescrivendo che il sistema produttivo continentale debba rispondere agli impulsi provenienti dalla domanda mondiale senza innescare tensioni inflazionistiche, di fatto impone alle autorità di politica economica di alimentare un esercito industriale di riserva di dimensioni corpose prontamente disponibile ad eventuali repentine riallocazioni settoriali e/o geografiche. L'unica strada per «mobilitare» al lavoro la popolazione europea coerente con questi vincoli normativi era, pertanto, smantellare gli istituti di protezione sociale, in modo da rendere estremamente costosa per gli individui la scelta di sottrarsi al reclutamento nella popolazione «attiva».

Nei Paesi che all'inizio del periodo oggetto di analisi si caratterizzavano per l'esistenza di un sistema di ammortizzatori sociali ad elevato grado di copertura, questa operazione viene compiuta legando sinallagmaticamente l'erogazione dei sussidi all'assunzione di un impegno alla riqualificazione professionale e alla ricerca attiva del lavoro da parte dei beneficiari. Nei Paesi privi di programmi generalizzati di contrasto alla povertà, come l'Italia, il *focus* viene invece messo sulla compressione della spesa pensionistica, «colpevole» di alimentare un tessuto capillare di micro-agenzie di assicurazione sociale a base familiare che produrrebbe effetti fortemente distorsivi sull'offerta di lavoro.

Evidentemente, entrambe le strategie comportano una sostanziale redistribuzione dei costi del funzionamento dell'organizzazione economica tra i gruppi sociali, e implicano pertanto la necessità di affrontare un complesso problema di legittimazione politica, problema tanto più delicato alla luce del fatto che le politiche europee, come è noto, non sono il risultato di un processo filtrato dai meccanismi della rappresentanza democratica. Sebbene le istituzioni europee dichiarino di agire in nome e per conto del popolo europeo, non esistono luoghi dove la volontà del popolo europeo (qualunque cosa questa espressione significhi) possa formarsi, e quindi dove sia possibile esprimere consenso o dissenso rispetto al modello di organizzazione economica vigente.

Il popolo europeo è cioè un «corpo» politico privo di un «sistema nervoso» in grado di

²³ Cfr. ad esempio, European Commission, *Recommendation for a Council Recommendation on the 2017 National Reform Programme of Italy*, Brussels, 2017, punto 23, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0511>.

²⁴ Ci si riferisce al provvedimento noto come *Quota 100*, contenuto nel d.l. n. 4/2019.

mandare indicazioni ai suoi «organi». Questo rilievo aiuta a comprendere perché, in Europa, il problema della legittimazione politica non può che esprimersi nella forma di un rapporto di natura pedagogica tra ceti dirigenti e ceti subalterni. Poiché la comunicazione dal basso verso l'alto è ostruita, l'unico modo in cui i desiderata dell'*establishment* e quelli dei ceti subalterni possono essere ricondotti ad armonia è attraverso flussi comunicativi dall'alto verso il basso. La definizione dei termini del progetto europeo non può quindi essere altro che un'operazione verticistica, e l'unico modo in cui i vertici possono garantirsi l'adesione dei ceti subalterni è la somministrazione di un programma pedagogico di stampo paternalistico finalizzato a convincere la popolazione del fatto che le affezioni che il nuovo «patto sociale» prevede a suo carico siano «a fin di bene».

La manipolazione del lessico delle politiche diventa quindi uno strumento fondamentale del governo della società. L'*establishment* combatte da trent'anni una guerra quotidiana per impiantare nell'immaginario collettivo l'idea che abbiamo «tutti» da guadagnare dal fatto che la comunità ceda docilmente le energie lavorative dei suoi membri al capitale e acconsenta alla loro «messa a valore» senza accampare pretese sulle «modalità di distribuzione» di quel valore. Un pezzo importante di questo conflitto è la riscrittura del vocabolario economico. Manipolando il vocabolario, dismettendo le parole pregne di contenuto informativo e sostituendole con parole subliminalmente «allusive», si possono far scomparire dal campo visivo dei membri della comunità – o caricare di discredito morale – le prospettive di azione collettiva sgradite all'*establishment*. In tal modo diventa possibile indebolire le resistenze della comunità rispetto a ipotesi di revisione del «patto sociale» oggettivamente in conflitto con gli interessi della maggioranza della popolazione.

In questo saggio sono state discusse alcune operazioni di manipolazione linguistica paradigmatiche in tal senso. In primo luogo, si è posta l'attenzione sullo spostamento dell'enfasi della comunicazione istituzionale dal tasso di disoccupazione al tasso di occupazione. Al riguardo, abbiamo argomentato che questo slittamento lessicale ha l'effetto di modificare in maniera sostanziale il terreno su cui si svolge la dialettica tra *establishment* e ceti subalterni. Infatti, se il tasso di disoccupazione scompare dal vocabolario, insieme a quella parola scompare dall'immaginario collettivo anche l'idea che l'incapacità di metabolizzare le forze di lavoro disponibili sia una patologia del sistema economico, e di conseguenza scompare anche la prospettiva di sconfiggerla con una adeguata rimodulazione della regolazione macroeconomica. E una volta scomparsa tale prospettiva, a coloro la cui sopravvivenza dipende dal lavoro non resta altra opzione che rivolgere il proprio potenziale di conflitto verso le soggettività sociali contigue, ossia intensificare la competizione orizzontale per le (poche) occasioni di lavoro esistenti. Superfluo dire che l'arma elettiva di questa competizione sarà la disponibilità a caricarsi sulle proprie spalle una quota sempre più rilevante degli oneri del funzionamento dell'organizzazione economica, in altre parole la disponibilità a rinunciare a salario, a tempo libero, a sicurezza sul luogo di lavoro e a prestazioni accessorie.

In secondo luogo, si è discusso della pratica – divenuta abituale per le istituzioni politiche e le agenzie di informazione – di popolare il discorso pubblico di significanti in grado di connotare in senso moralistico il lavoro, ossia come dovere del cittadino nei confronti della società, piuttosto che dovere dello Stato nei confronti del cittadino. Anche in questo caso, gli effetti sui termini della dialettica tra *establishment* e ceti subalterni appaiono rilevanti. Se le «agenzie» che decidono il significato delle parole riescono ad indurre nell'immaginario collettivo un'inconscia associazione della prospettiva del non lavoro alla «diserzione», piuttosto che ad una legittima scelta, esse hanno facile gioco nell'instillare nell'opinione pubblica una profonda avversione all'idea di sussidiare chi non partecipa al mercato del lavoro, e quindi nell'ostacolare la formazione di «fronti di resistenza» contro lo smantellamento delle

istituzioni protettive.

Infine, abbiamo messo la nostra attenzione sulla altrettanto ricorrente prassi di caricare di uno stigma la solidarietà intrafamiliare, connotandola come consuetudine caratteristica di forme di organizzazione economica arcaiche e inefficienti. Anche in questo caso, la strumentalità di tale prassi rispetto al conflitto tra establishment e ceti subalterni è apparsa evidente. Dipingere la solidarietà intrafamiliare con i colori ripugnanti del «vecchiume» è infatti il modo migliore per mettere in discussione il consenso politico di cui gode il nostro sistema pensionistico, ossia il pilastro su cui si basa il meccanismo di redistribuzione che ancora permette a molti giovani del nostro Paese di resistere alla presa di possesso incondizionata del capitale sulle loro esistenze.

Abstract. Sebbene a partire dal Consiglio europeo di Lisbona (2000) l'incremento del «tasso di occupazione» abbia assunto una rilevanza centrale tra gli obiettivi delle istituzioni titolari delle competenze di politica del lavoro, questo indirizzo coesiste con la strategia della BCE di mantenere un elevato «tasso di disoccupazione» ai fini del contrasto ai fenomeni di instabilità monetaria prescritto dall'art. 127 del Trattato. In questo lavoro si argomenta che, dietro questo contorto dispositivo di comunicazione istituzionale si cela, in realtà, l'intento di accrescere la partecipazione al mercato del lavoro a fini di disciplinamento della dinamica salariale. Si sostiene inoltre che, per fornire incentivi adeguati alla mobilitazione delle forze di lavoro, le istituzioni dell'UE si sono servite di due diversi strumenti a seconda delle specificità istituzionali dei singoli Paesi. Nei Paesi dotati di un sistema di ammortizzatori sociali ad elevato grado di copertura, l'attivazione al lavoro ha fatto leva sull'istituzione di un nesso di sinallagmaticità tra erogazione dei sussidi e assunzione di un impegno dei beneficiari alla ricerca attiva di un lavoro. Al contrario, nei Paesi privi di programmi generalizzati di contrasto alla povertà come l'Italia, il *focus* è stato posto sulla compressione della spesa pensionistica, «colpevole» di alimentare un tessuto di micro-agenzie di assicurazione sociale a base familiare causa di presunti effetti distorsivi sull'offerta di lavoro.

Abstract. Since the Lisbon European Council (2000), increasing the employment rate has taken hierarchical priority among the objectives of the institutions holding labor policy responsibilities. However, this direction coexists with the ECB's strategy of maintaining a high unemployment rate for the purpose of countering the phenomena of monetary instability prescribed by Article 127 of the Treaty. This paper argues that, behind this convoluted institutional communication device, there is actually an intent to increase labor market participation for the purpose of disciplining wage dynamics. It is also argued that in order to provide appropriate incentives for labor force mobilization, EU institutions have used two different instruments depending on the institutional specificities of individual countries. In countries with a system of social security with a high degree of coverage, activation to work has relied on the establishment of a synallagmatic link between the disbursement of benefits and the assumption of a commitment by beneficiaries to actively search for work. In contrast, in countries without generalized anti-poverty programs such as Italy, the focus has been on squeezing pension spending, «guilty» of feeding a fabric of family-based social insurance micro-agencies that supposedly distort labor supply.

Parole chiave. Politiche europee per l'occupazione – tasso di disoccupazione – partecipazione al mercato del lavoro – modelli di welfare – spesa pensionistica.

Keywords. European employment policies – unemployment rate – participation in the labour market – welfare models – pension expenditure.

LA VALUTAZIONE DEL «FATTO PROCESSUALE» NEI CONFLITTI NEGATIVI DI COMPETENZA FUNZIONALE. AL PUBBLICO MINISTERO UN POTERE DETERMINANTE?*

CASS., SEZ. I, DATA UDIENZA, 9 /11/2023 (DEP. 12/01/2024) N. 1569, PRES. BONI, REL. SIANI. CORTE DI CASSAZIONE – PRIMA SEZIONE PENALE – CONFLITTO NEGATIVO DI COMPETENZA

466

di Francesca Iole Garofoli** e Vincenzo Giorgio Nardi***

Sommario. 1. La vicenda processuale. – 2. La competenza funzionale e il principio della *perpetuatio iurisdictionis*. – 3. La precostituzione del Giudice naturale e i criteri di connessione della competenza funzionale: il Giudice del fatto processuale. – 4. L'effetto preclusivo del giudicato nei conflitti di competenza - la disciplina della rimessione.

1. La vicenda processuale. Al fine di approfondire la *querelle* giurisprudenziale e dottrinale, conviene, inizialmente, privilegiare una rapida esposizione della vicenda processuale.

La Corte di Appello di Lecce, nel processo a carico di diversi imputati – condannati nel giudizio di primo grado per associazione a delinquere finalizzata al compimento di delitti contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro l'amministrazione giudiziaria, per il reato di estorsione, nonché per altri numerosi reati – che avevano appellato una sentenza di condanna del Tribunale di Lecce del 18 novembre 2020, con sentenza del 1° gennaio 2022, annullava la decisione impugnata. Il giudice di appello, in particolare, ordinava la trasmissione degli atti al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Potenza. Altresì, accoglieva l'istanza di uno degli imputati (di seguito: imputato 1) volta a eccepire l'incompetenza funzionale. Istanza che era stata già sollevata nella fase delle questioni preliminari del primo grado, disattesa dal Tribunale e così reiterata con l'atto di appello.

Invero, si sottolineava che l'imputato 1, sin dalla fase delle indagini, aveva evidenziato che, sulla base delle dichiarazioni del coimputato 2, trapelava il coinvolgimento di un terzo soggetto (3), all'epoca dei fatti magistrato in servizio, quale Procuratore capo, presso la Procura della Repubblica di XXX e, successivamente, trasferito presso la Procura di YYY, ritenendo sussistente la connessione fra i fatti contestati a 3 a quelli contestati a 1, operando così l'incompetenza *ex art. 11. c.p.p.*

Sicché, in data 1° marzo 2019, era stato iscritto presso la procura di Potenza per il reato di cui all'art. 323 c.p.p., accertato in XXX in data 2 febbraio 2019, e che, riuniti i procedimenti solo in data 15 gennaio 2021, il pubblico ministero di Potenza aveva

* *Sottoposto a referaggio*. Vincenzo Giorgio Nardi ha curato la ricerca giurisprudenziale e la revisione finale del contributo.

** Ricercatore confermato in Diritto processuale penale – Università di Bari Aldo Moro.

*** Dottore in Giurisprudenza – Università di Bari Aldo Moro.

aggiornato le posizioni iscrivendo 1 e 3, in concorso tra loro, per il reato di cui all'art. 319-ter c.p.

Dunque, a parere della Corte di appello di Lecce, con riferimento al momento in cui era stata sollevata la questione, non sussistevano i presupposti per radicare la competenza funzionale presso l'Autorità giudiziaria di Potenza, poiché tali presupposti potevano dirsi realizzati solo con l'aggiornamento dell'iscrizione a carico dei due imputati in data 15 gennaio 2021.

La Corte di appello di Lecce dichiarava, così, l'incompetenza funzionale ex art. 11, c. 3, c.p.p. e annullava la sentenza del Tribunale di Lecce con trasmissione degli atti al Pubblico ministero presso il Tribunale di Potenza.

Il G.U.P. del Tribunale di Potenza, con ordinanza del 1° giugno 2023 sollevava conflitto di competenza poiché, a Suo parere, la Corte di appello di Lecce non aveva rispettato il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, non dovendo esaminare gli elementi sopravvenuti al decreto dispositivo del giudizio. Sicché, anche nella sentenza di primo grado, tali elementi non avrebbero dovuto essere considerati poiché, in base all'art. 24 c.p.p., l'annullamento da parte del giudice di appello della sentenza di primo grado va determinata in base ad una valutazione *ex ante*, ossia riferita alla situazione esistente al momento in cui opera la *perpetuatio iurisdictionis*.

La Corte di appello di Lecce rassegnava ulteriori osservazioni al conflitto sollevato dal G.U.P. di Potenza evidenziando che, assodata la natura funzionale della competenza ex art. 11 c.p.p., l'emersione, in epoca successiva alla sentenza di primo grado, della connessione tra il procedimento pendente a Potenza a carico di 1 e 3, in concorso tra loro, per il reato di cui all'art. 319-ter c.p., e il procedimento pendente in secondo grado a Lecce aveva imposto di rilevare la connessione ex art. 11, c. 3, c.p.p. e di annullare la sentenza del Tribunale di Lecce per consentire la trattazione unitaria dei procedimenti nella sede competente.

La difesa degli imputati, coinvolti nel conflitto di competenza, eccepivano l'inammissibilità del conflitto per aver il Giudice dell'udienza preliminare da un lato, omesso di decidere su richieste preliminari in tema di competenza di un terzo giudice, di nullità dell'avviso di conclusione delle indagini per mancata ostensione di tutti gli atti inerenti le indagini preliminari e, di cui, peraltro, era stata proposta ma disattesa questione di legittimità costituzionale dell'art. 415-bis c.p.p., relativamente alla mancata previsione della sua rinnovazione, dall'altro lato il Giudice delle indagini preliminari aveva implicitamente dichiarato la sua competenza provvedendo su istanze di dissequestro, emettendo decreto di fissazione di udienza preliminari e respingendo, con valutazioni nel merito, la richiesta di costituzione di parte civile.

In particolare, la difesa richiedeva espressamente alla Corte di Cassazione un'adeguata valutazione dei relativi dati processuali, rispetto a cui la Corte di Cassazione, nel dirimere il conflitto, in quanto Giudice del fatto processuale, aveva il potere di verifica dei fatti di reato nella loro dimensione storica ed avrebbe dovuto muovere dalla sussistenza originaria della connessione che dagli atti (informativa dei carabinieri del 2017) vedeva il coinvolgimento di 3 e, di conseguenza, la connessione a far data dal 4 marzo 2019 tra il procedimento esistente a Lecce e il procedimento iscritto da Potenza solo nei confronti di 3 per il reato di cui all'art. 323 c.p. che, successivamente, veniva riqualificato in concorso con 1, poiché la fattispecie di abuso si trasformava in quella più grave di corruzione in atti giudiziari, con ulteriore aggiornamento di iscrizione in data 15 gennaio 2021.

Portata la questione al vaglio della Corte di cassazione, i Giudici della I sezione hanno ritenuto ammissibile il conflitto negativo di competenza tra la Corte di appello di Lecce

e il G.I.P. del Tribunale di Potenza, derivata dal rifiuto, formalmente manifestato, da quest'ultimo e dalla indubbia esistenza di una stasi processuale. Si sono soffermati sulla disciplina della competenza di cui all' art. 11 c.p.p., come estrinsecata anche al c. 2 della norma e come ripetutamente interpretata in sede di legittimità, evidenziando il principio di diritto su come si determini una deroga al principio della *perpetuatio iurisdictionis*, correlata all'emersione del fatto del precedente esercizio delle funzioni da parte di un magistrato nel distretto di interesse.

Hanno altresì risolto il conflitto con declaratoria di competenza per il giudizio di appello della Corte di appello di Potenza e, per l'effetto, hanno annullato senza rinvio la sentenza della Corte di appello di Lecce n. 644/2022. In particolare, la Corte di cassazione, pur riconoscendo la sussistenza della connessione per continuazione tra i due procedimenti, hanno ritenuto erronea la decisione della Corte di appello di Lecce di annullamento della sentenza di primo grado del Tribunale di Lecce, poiché l'emersione processuale della connessione funzionale si poteva far valere soltanto all'esordio della sentenza di primo grado da parte della Corte di appello di Lecce. Sicché sino alla data del 15 gennaio 2021 non erano evidenti ragioni di connessione rilevanti ai sensi dell'art. 12 c.p.p. (non essendo sufficiente il mero collegamento probatorio o investigativo) e quindi idonee a innescare l'applicazione del criterio attributivo della competenza derogatoria di cui all'art. 11, c. 3, c.p.p.

2. La competenza funzionale e il principio della *perpetuatio iurisdictionis*. Il percorso logico-argomentativo della pronuncia di legittimità va valutato in merito ad alcuni chiarimenti sulla natura della competenza derogatoria disciplinata dall'art. 11 c.p.p. In particolare, si evidenzia che il criterio di competenza «per funzione» è strettamente collegato ai criteri codicistici, in quanto presuppone che il giudice sia stato già individuato in base ai criteri di ripartizione previsti dal codice di rito.

Sicché, la funzione svolta nell'ambito del processo è duplice: una positiva, in quanto individua il giudice competente a svolgere determinate funzioni, ed una negativa, in quanto preclude al medesimo il compimento di ulteriori attività nell'ambito dello stesso procedimento.

Preliminarmente, occorre ricordare che l'articolo 11 c.p.p., nel disciplinare la competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati, ha dato attuazione alla direttiva europea n. 18, espressamente prevista all'art. 41-*bis* del Codice vigente, introdotto con la l.n. 870/1980, *Norme sulla connessione e sulla competenza nei procedimenti relativi a magistrati e nei casi di rimessione*.

La speciale competenza, stabilita dall'art. 11 c.p.p. per i procedimenti in cui un magistrato assume la qualità di indagato, di imputato ovvero di persona offesa o danneggiata dal reato ha natura funzionale, e non semplicemente territoriale, con conseguente rilevanza, anche di ufficio, del relativo vizio in ogni stato e grado del procedimento¹.

Il suo fondamento è ravvisabile nella tutela dell'imparzialità del giudice e, come sostenuto nella sentenza che si commenta, non può soccombere alla regola della *perpetuatio iurisdictionis*, inteso come immutabilità della competenza per finalità collegate alla certezza ed economia processuale, nonché di tutela della ragionevole durata del processo.

A tale proposito, occorre ricordare che la norma di cui all'art. 11 è ricompresa nel più generale titolo riguardante il giudice e, accanto alla rimessione del processo disciplinata dall'articolo 45 c.p.p., è volta ad assicurare la serenità e l'obiettività dei giudizi, nonché la

¹ Cass. pen, SS. UU, sent. n. 292/2004, in *www.eius.it*.

terzietà ed imparzialità del giudice, anche con riferimento all'esigenza di eliminare qualsiasi sospetto di parzialità determinato dal rapporto di colleganza e della normale frequentazione tra magistrati operanti nello stesso ufficio giudiziario o in uffici giudiziari appartenenti al medesimo distretto di Corte d'appello².

Peraltro, il principio della *perpetuatio iurisdictionis* è un principio di natura civilistica, in quanto attiene al momento determinante, attraverso il quale la competenza si determina dalla domanda; esprime l'esigenza di dissociare la questione di competenza da quelle relative alla fondatezza della domanda medesima e, pertanto, non impedisce di rilevare d'ufficio o su eccezione di parte l'incompetenza del giudice adito se, dalla stessa *deductio*, che impronta il contenuto sostanziale della pretesa, a prescindere dalla sua formale prospettazione, emerge che il rapporto oggetto del giudizio è devoluto, in ragioni delle sue caratteristiche oggettive, alla competenza di altro giudice³.

In altri termini, il principio, già conosciuto nel diritto romano (*ubi semel acceptum iudicium, ibi finem accipere debet*), accolto nel vigente codice di procedura civile all'art. 5, modificato dalla l.n. 353/1990, dispone che la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo⁴.

Dunque, mentre i principi regolatori della competenza per materia e per territorio garantiscono il rispetto del principio costituzionale contenuto nell'art. 25 Cost., sulla precostituzione del giudice, e si coordinano con eventuali esigenze di economia processuale, quelli relativi alla competenza funzionale garantiscono la preminenza dell'imparzialità dell'organo giudicante, su qualsiasi principio o esigenza di economia processuale.

Pertanto, la competenza funzionale è per sua intrinseca natura inderogabile e non è possibile prevedere alcun potere di sostituzione o delegazione.

Sicché, in caso di incompetenza dell'organo giudiziario è esclusa ogni possibilità di ratifica, convalida, conferma o conversione.

Contrariamente a quanto affermato in alcune pronunce giurisprudenziali, incide sulla capacità dell'organo giudicante e, pertanto, gli atti compiuti dal giudice incompetente risultano affetti da nullità assoluta, rilevabile anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento.

Inoltre, con la riforma costituzionale dell'art. 111 Cost., non è più sostenibile che la violazione del principio dell'imparzialità del giudice costituisca una semplice irregolarità

² Corte cost., ordd. n. 462/1997 e n. 570/2000, ove si evidenzia che: «la *ratio* dell'articolo 11 è espressione di principi di rilevanza costituzionale di salvaguardia del diritto di difesa del principio di uguaglianza dei cittadini che a differenza di ogni altro principio hanno fondamento nella Costituzione».

³ Cass. civ. sent. n. 3775/1994, in *Giust. Civ.*, I, 1994, 215, con nota di Morelli.

⁴ Il codice del 1940 avrebbe tradotto in noma positiva il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, sancendo peraltro, l'irrelevanza, rispetto alla giurisdizione e alla competenza, dei soli *mutamenti dello stato di fatto*. Solo il legislatore del 1990, recependo finalmente in pieno la lezione chiovendiana, avrebbe aggiunto anche l'irrelevanza dei sopravvenuti *mutamenti dello stato di diritto*, e cioè dei *cambiamenti della legge* in vigore al momento della domanda giudiziale (cfr. l'art. 5 c.p.c., come modificato dalla l.n. 253/1990, G. Chiovenda, *Sulla provvisoria esecuzione delle sentenze e sulle inibitorie*, ora in A. Proto Pisani (a cura di), *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano, 1993, 310; L. Mortara, *Qualche osservazione intorno ai poteri del giudice di appello in tema di esecuzione provvisoria*, in *Giur. it.*, I, 2, 1903, 469 ss. F. Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, 1991, 8-9. L'utilizzo dell'evocativo termine, su cui cade l'accento del titolo dell'ormai classico studio del maestro barese sulla storia della scienza processuale, è stato ripreso dal saggio di L. Canfora, *Storie di oligarchi*, Palermo, 1983, dedicato agli «oligarchi» ateniesi, con particolare riguardo ai rapporti tra Tucidide e Senofonte.

e, dunque, affidarne la tutela all'iniziativa delle parti o alla sensibilità dell'organo giudicante, mediante gli istituti della riconsiderazione e dell'astensione ne riduce le finalità.

Per tali ragioni, si può eccepire in qualsiasi stato e grado del procedimento, infatti, non si tratta di una semplice inosservanza di regole di condotta, ma della realizzazione di un precetto costituzionale direttamente ricollegabile al principio del giusto processo.

Ne deriva, come logica conseguenza, che la violazione dei principi posti a presidio della competenza funzionale, si risolve in un vizio di capacità del giudice.

Senza contare, poi, che, ai sensi dell'art. 111 Cost., il giudice, oltre ad essere imparziale, deve anche essere «terzo» rispetto alla vicenda sottoposta al suo esame e non lo è nei casi in cui si è già occupato della vicenda nelle fasi precedenti, per cui la mancanza di imparzialità e terzietà del giudice riverbera i suoi effetti sulla valutazione delle prove facendo operare la sanzione prevista dall'art. 191 c.p.p.

Infatti, essendo i suddetti requisiti tutelati a livello costituzionale, ogni soluzione che consentisse l'utilizzo di quelle prove, si porrebbe in contrasto con il dettato costituzionale.

Del resto, anche la Corte costituzionale ha più volte ribadito il principio secondo cui gli atti compiuti in violazione dei diritti del cittadino non possono essere posti a fondamento di atti processuali «a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»⁵.

A ben vedere, l'art. 25 Cost., garantendo effettività alla terzietà e all'indipendenza del giudice, consente di garantire l'affidamento del cittadino sul sistema giudiziario.

Infatti, la connessione fra imparzialità e precostituzione del giudice esclude che i poteri organizzativi dei capi degli uffici possano essere svolti in modo libero o addirittura arbitrario.

Tali sono le ragioni evidenziate nella sentenza della Corte costituzionale n. 273/1998 ove si evidenzia che: «ritenere che l'esplicitazione di criteri per l'assegnazione degli affari, in quanto espressivi di un'esigenza costituzionale, che opera in tutti i settori della giurisdizione, possa aver luogo proprio nell'ambito di detti poteri discrezionali, quale manifestazione ed esercizio dei medesimi, senza necessità né di una specifica previsione legislativa, né tantomeno di un intervento additivo di questa Corte»⁶.

L'atto posto in essere dal giudice funzionalmente incompetente non può essere in alcun modo salvato da una ratifica successiva, da una convalida, da una conferma o

⁵ Peraltro, con sent. n. 272/1998, la Corte cost. ha evidenziato che il principio della precostituzione del giudice tutela il diritto del cittadino ad una previa conoscenza del giudice competente a decidere, offre, quindi, il diritto alla certezza che a giudicare non sarà un giudice creato a posteriori in relazione a un fatto già verificatosi.

⁶ «La competenza funzionale, pur non trovando un'esplicita previsione nel codice di procedura penale, è desumibile dal sistema ed è connaturata alla costruzione normativa della ripartizione delle attribuzioni del giudice in relazione allo sviluppo del processo e riflette i suoi effetti direttamente sulla idoneità specifica dell'organo all'adozione di un determinato provvedimento, di modo che la violazione delle regole relative a tale tipo di competenza configura una nullità assoluta ed insanabile rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo, e, quindi, anche in sede di ricorso per cassazione, ai sensi degli artt. 178, c. 1, lett. a), e 179, c. 1, c.p.p.», così, Cass. pen., SS.UU., sent. n. 4419/2005 in *Cass. Pen.*, 2005, 3434; In particolare, si è più volte ribadita la natura funzionale della speciale competenza di cui all'art. 11 c.p.p. che non ha natura territoriale, bensì funzionale, Con conseguente rilevanza del relativo vizio, anche di ufficio, in ogni stato e grado del procedimento, in tal senso Cass. pen. sez. IV, sent. n. 41073/2010, in *Cass. pen.*, Vol. 51, 9, 2011, 3080-3089 con nota di F. Iovene: «è affetta da nullità assoluta, in quanto emessa da giudice da ritenersi funzionalmente incompetente, la sentenza pronunciata all'esito di giudizio abbreviato dal giudice dell'udienza preliminare, il quale sia stato originariamente investito con richiesta di giudizio immediato per reati per i quali sarebbe stata invece obbligatoria la citazione diretta davanti al tribunale in composizione monocratica».

conversione ed è rilevabile in ogni stato e grado del giudizio, determinando un'ipotesi di nullità assoluta, rilevabile dal combinato disposto degli artt. 178, lett. a) e 179, c. 1, c.p.p.⁷. Si tratta, dunque, di una causa di nullità assoluta ed insanabile⁸, sicché, si ribadisce, non è ammissibile ridurre la problematica ad una semplice questione di incompatibilità, rimediabile con l'astensione e la ricusazione, con conseguente conservazione della validità degli atti poiché, siffatta impostazione, non si ritiene coerente col dettato costituzionale⁹.

Su un piano diversificato, un diverso orientamento giurisprudenziale ha voluto attribuire alla speciale competenza di cui all'art. 11 c.p.p. (anche all'ipotesi di cui al c. 3) la natura di competenza territoriale, con la conseguenza che l'eventuale eccezione deve essere proposta (a pena di decadenza, entro la fase degli atti preliminari al giudizio, ai sensi dell'art. 21, c. 2, c.p.p.).

In particolare, si sostiene, secondo un orientamento difforme, che il giudice dell'impugnazione, a cui sia stata ritualmente devoluta la questione della competenza territoriale, debba operare il controllo con valutazione *ex ante*, riferita, cioè, alle emergenze cristallizzate in sede di udienza preliminare o, in mancanza di questa, a quelle acquisite non oltre il termine di cui all'art. 491, c. 1, c.p.p., in quanto, trattandosi di verifica su una questione preliminare, prescinde dagli esiti dell'istruttoria dibattimentale¹⁰.

Tuttavia, la natura funzionale della speciale competenza di cui all'art. 11 c.p.p. risulta ribadita in ulteriori pronunce della Cassazione, dove si afferma che trattasi di orientamento oramai consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità, con la logica conseguenza che l'eventuale incompetenza può essere eccepita o rilevata, anche di

⁷ La sent. n. 2/2022 della Corte costituzionale stabilisce che se da un lato il giudicato costituisce un limite invalicabile di rilevanza dell'incompetenza funzionale, dall'altro afferma implicitamente che l'incompetenza funzionale dedotta prima del passaggio in giudicato della sentenza comporta la nullità di tutti gli atti compiuti precedentemente: «Le questioni ora sottoposte al vaglio di questa Corte concernono l'ipotesi patologica di un processo penale, ormai conclusosi con sentenza definitiva, che si sia svolto avanti al giudice penale ordinario in conseguenza di un errore nell'attribuzione dell'età dell'imputato al momento del fatto. E il tema di fondo ora in discussione è se, in tal caso, la natura costituzionalmente vincolata della competenza funzionale del Tribunale per i minorenni necessariamente imponga il travolgimento del giudicato in sede di incidente di esecuzione».

Il principio fondamentale enunciato della sentenza di rigetto dell'eccezione di incostituzionalità dell'art. 670 c.p.p. nella parte in cui non prevede la possibilità del giudice dell'esecuzione di dichiarare la nullità della sentenza definitiva perché pronunciata da giudice funzionalmente incompetente, è il seguente: la pronuncia additiva auspicata dal rimettente finirebbe per determinare l'introduzione di un'ipotesi anomala di nullità resistente al giudicato. Questo potrebbe aprire la strada al riconoscimento di ulteriori ipotesi di nullità «resistenti al giudicato», con le quali chi sia stato condannato in via definitiva potrebbe rimettere in discussione accertamenti già compiuti nei successivi gradi di giudizio sulla sussistenza di vizi procedurali.

⁸ Cass. pen. SS.UU., sent. n. 4419/2005, in *Cass. pen.*, 2005, 1501; Id., Cass. pen. SS.UU., sent. n. 14/1994.

⁹ La Corte cost. ha più volte ribadito il principio secondo cui gli atti compiuti in violazione dei diritti del cittadino non possono essere posti a fondamento di atti processuali «a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito» (Corte cost., sent. n. 34/1973, e Id., sent. n. 229/1998). Pertanto, le prove acquisite da un giudice in posizione di incompetenza funzionale sono da considerare inutilizzabili ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

¹⁰ Cfr. Cass. pen., sez. II, n. 14557/2021. Invero, l'eccezione di incompetenza territoriale, ritualmente prospettata dalle parti nel termine di cui all'art. 491 c.p.p. e respinta dal giudice, può essere riproposta con i motivi di impugnazione senza però introdurre argomentazioni ulteriori e diverse da quelle originarie; ne consegue che, in sede di legittimità, sono insindacabili gli aspetti relativi alla competenza territoriale non ritualmente sottoposti dalla parte entro i termini dell'art. 491 c.p.p., neanche se questi siano collegati a sopravvenienze istruttorie e potrebbero giustificare, in astratto, uno spostamento della competenza. Così, Cass. pen., sez. II, sent. n. 4876/2017.

ufficio, in qualsiasi stato e grado del procedimento, ai sensi dell'art. 21, c. 1, c.p.p.¹¹. Soltanto con particolare riguardo all'ipotesi di cui all'art. 11, c. 3, c.p.p., va tenuto presente che, ai fini della determinazione della competenza relativa ai procedimenti connessi a quelli riguardanti magistrati, debbono applicarsi le regole ordinarie – e non invece la disposizione di cui all'art. 11, c. 3, c.p.p. – quando il procedimento connesso è ancora in fase di indagini e quello relativo ad appartenenti all'ordine giudiziario è stato definito con archiviazione, poiché tale vicenda determina il venire meno del rapporto di connessione¹².

Per questo motivo, la sentenza in commento va valorizzata sotto il profilo della motivazione sul rigetto delle eccezioni sollevate dal G.U.P. di Potenza riportate nella descrizione della vicenda processuale, nel momento in cui si afferma che «non si comprende l'obiezione secondo cui l'interpretazione confliggerebbe con il principio della *perpetuatio iurisdictionis* e, per tale ragione, sarebbe da scartare; invero gli effetti di tale principio, che costituisce regola funzionale alla razionalità processuale, non possono essere rimodulati in questa specifica evenienza ordinamentale in cui il principio deve essere armonizzato con quello della terzietà ed imparzialità del giudice, di spessore ceto non minore e sicuramente dotato di solido presidio costituzionale»¹³.

3. La precostituzione del Giudice naturale e i criteri di connessione della competenza funzionale: il Giudice del fatto processuale. La sentenza in commento, una volta inquadrata sotto il profilo dogmatico la natura della competenza funzionale, analizza la sfera applicativa per i casi di connessione.

A tale proposito è opportuno evidenziare che nel codice di rito, la connessione rappresenta un criterio autonomo di determinazione della competenza¹⁴.

La portata della norma ha un particolare valore, poiché si ricollega intrinsecamente ai postulati di garanzie presidiate dalla Costituzione, sicché, inevitabile, è il richiamo alla regola dell'art. 25, c. 1, Cost., ove si evidenzia che: «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge».

Come evidenziato anche nella sentenza in esame, la conseguenza di tali affermazioni consiste nella precisazione che la connessione operi indipendentemente dalla circostanza, del tutto contingente, che i procedimenti pendano nel medesimo stato o grado e, quindi, dalla ricorrenza dei presupposti della riunione dei procedimenti (art. 17 c.p.p.), informata da diverse finalità e legata a logiche «economico-organizzative» del meccanismo giudiziario.¹⁵

¹¹ Cfr. Cass. pen., sez. VI, sent. n. 28765/2020, punto 2.1. del *Considerato in diritto*; Cass. pen., sez. VI, sent. n. 37683/2020, punto 3 del *Considerato in diritto*; Cass. pen., sez. I, sent. n. 18889/2021, punto 3 del *Considerato in diritto*, con specifico riguardo al profilo di cui al c. 3 dell'art. 11 c.p.p.; e in maniera esplicita in Cass. pen., sez. V, sent. n. 7736/18, con specifico riguardo al profilo di cui al c. 3 dell'art. 11 c.p.p.; Cass. pen., sez. VI, sent. n. 10567/18, sempre con specifico riguardo al profilo di cui al c. 3 dell'art. 11 c.p.p.; Cass. pen., sez. I, sent. n. 39586/2019 e, soprattutto, in Cass. pen., sez. I, sent. n. 1627/20, stante l'assimilazione dell'incompetenza funzionale a quella per materia: Cass. pen., sez. IV, sent. n. 1526/14, a proposito della competenza funzionale ex art. 51 c. 3-bis e 328 c. 1-bis c.p.p., costituendo, peraltro, *ius receptum* il principio secondo il quale l'operatività dell'art. 11 c.p.p. è subordinata alla condizione che il magistrato, nel procedimento penale, assuma formalmente la qualità di «persona sottoposta ad indagini», «imputato», ovvero di «persona offesa» o «danneggiata» dal reato.

¹² Ex plurimis Cass. pen., sez. I, sent. n. 21729/19.

¹³ V. 20, sent. in commento.

¹⁴ In questo senso, solo a titolo esemplificativo: Corte cost., sent. n. 168/2006, Corte cost., ord. n. 247/1998.

¹⁵ Sul significato generale dell'art. 25, c. 1 Cost., v. G. Illuminati, *Precostituzione del giudice e presupposti della rimessione*, in *La nuova disciplina della rimessione del processo*, Torino, 2003, 60 ss.; M. Nobili, *Commento all'art. 25*

Su un piano diversificato, tuttavia, la giurisprudenza di legittimità esclude l'operatività della connessione costituita dalla pendenza del procedimento esercitante la *vis attractiva*, quando sia stata disposta l'archiviazione o, diversamente, sia stata emessa sentenza irrevocabile.

Pertanto, lo scrutinio da parte del Giudice di legittimità, quale Giudice del fatto processuale, in considerazione della configurazione della connessione come criterio autonomo di competenza, sembra vincolato entro margini rigorosamente neutrali o, più correttamente «precostituiti».

In particolare, dovrebbe evitare valutazioni discrezionali poiché la connessione, come disciplinata dal Legislatore, va oltre le logiche del *simultaneus processus* e del contenimento dei costi processuali.

In altri termini, a differenza dell'art. 47 c.p.p., rubricato come «Effetti della connessione sulla competenza per territorio», e da quanto si desume dagli stessi lavori preparatori, che evidenziavano come «la competenza per connessione non fosse che una modificazione della competenza per materia e per territorio», oggi, la portata degli artt. 15 e 16 c.p.p. (rispettivamente rubricati come *Competenza per materia determinata dalla connessione* e *Competenza per territorio determinata dalla connessione*) evidenzia come la connessione risulta fortemente collegata all'imparzialità del giudice; di fronte alla quale, come già evidenziato per la competenza funzionale, ogni esigenza di natura «economica» o di opportunità, debbono cedere il passo¹⁶.

Pertanto, se il Legislatore determina il giudice competente in ordine ai procedimenti connessi (artt. 13 e ss. c.p.p.) prima della commissione del fatto (art. 12 c.p.p.), è evidente che la connessione è strettamente collegata all'art. 25 comma 1 Cost., del resto, il participio passato «precostituito» impone che l'individuazione dell'organo competente avvenga prima della commissione del fatto da giudicare.

Se così è, i casi previsti dalla lett. c) dell'art. 12 c.p.p. vanno letti congiuntamente e non disgiuntamente alla portata garantistica dell'art. 25, c. 1, Cost.¹⁷.

comma 1° Cost., in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1981, 135 ss., il quale osserva come «l'art. 25 c. 1 si colloca sulla linea logica di confine fra il terreno delle garanzie processuali e quello dell'organizzazione giudiziaria»; R. Romboli, (voce) *Giudice naturale*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1998, 368; A. Bellocchi, *I requisiti di naturalità e precostituzione del giudice*, in G. Dean (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 83.

¹⁶ Sull'argomento, M. Nobili, *Commento*, cit., 209, il quale osserva come il vincolo della precostituzione «pretende una certa qualità della fattispecie, perché solamente l'esistenza di parametri obiettivi fa sì che la scelta del giudice venga effettivamente e direttamente a dipendere, in via generale, da una norma giuridica e non da una scelta operata in concreto da qualsivoglia soggetto diverso dal legislatore». In senso diverso, C. Taormina, *Giudice naturale e processo penale*, Roma, 1972, 369, e G. Sabatini, *Principii costituzionali*, Napoli, 1976, 110-111, i quali affermano che: «quando il potere di scelta sia previsto 'a monte' da una norma avente forza di legge, il principio di precostituzione legale di cui all'art. 25, c. 1, Cost. deve dirsi rispettato».

¹⁷ M. Nobili, *Commento*, cit., 215 ss. In riferimento alla problematica della lettura «congiunta» o «disgiunta» dell'art. 25, c. 1, Cost., si vedano le osservazioni di F. Cordero, *Connessione di procedimenti e giudice naturale*, in AA.VV., *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza*, Milano, 1976, 67 ss.; la prevalente giurisprudenza costituzionale sosteneva che l'espressione «giudice naturale precostituito per legge» fosse un'endiadi, in seno alla quale quindi l'attributo 'naturale' nulla aggiungerebbe a quanto già sancito dal lemma «precostituito»: v. Corte cost., sent. n. 128/1968; nello stesso senso, Corte cost., sent. n. 29/1958, sent. n. 88/1962, sent. n. 460/1994. Aderendo alla matrice garantistica insita nel principio in parola, si dovrebbe respingere anche l'idea secondo cui la naturalità esprimerebbe un'idea di efficienza o di più proficua opportunità di allocare la competenza in capo a un ufficio in luogo di un altro: prospettiva che entrerebbe pericolosamente in conflitto con la precostituzione, introducendo un'insanabile contraddizione interna nella stessa norma costituzionale. Nella direzione accennata, mutando l'impostazione adottata in passato, incisivamente Corte cost., n. 168/2006, cit.; Cass., SS.UU., sent. n. 40537/2009, Orlandelli, in *Cass. pen.*, 2010, 2121 ss., con nota di P. Bronzo. Le SS.UU. interpretano la disciplina della competenza territoriale

Sulla dibattuta *querelle*, in tema di incompatibilità della connessione probatoria con l'art. 25, c. 1, Cost., si ritiene che non possa operare alcun impedimento, poiché il giudice competente sui procedimenti connessi coincide inevitabilmente con quello del cui luogo in cui si è verificato se non altro almeno per uno dei reati connessi.

Di conseguenza, è giusto affermare che nella connessione si realizzano le varie declinazioni del concetto di giudice naturale, operando il collegamento tra uno dei fatti connessi e il *locus commissi delicti*¹⁸.

In altri termini, occorre sottolineare che l'art. 25, c. 1, Cost. e le norme che disciplinano la competenza, hanno come principale obiettivo quello di salvaguardare, attraverso la riserva legale, l'imprescindibile «precondizione» dell'imparzialità del giudicante poiché: «la precostituzione per legge è stata da sempre intesa come una garanzia primaria per l'esercizio corretto della giurisdizione, diretta com'è ad impedire che il giudice possa essere designato ad hoc per uno specifico processo [...] si può anzi dire che riservare alla legge alla scelta del giudice e non del magistrato del Pubblico ministero, rappresenti per così dire una precondizione affinché si possa realizzare l'obiettivo di una decisione imparziale»¹⁹.

Per tali ragioni, dubbi sorgono anche sulla interpretazione errata della sentenza in commento della necessaria e attuale pendenza dei procedimenti, in quanto, anche se la

per connessione. La dottrina non ha mancato di porre in evidenza l'origine anglosassone della concezione di naturalità in commento, radicata in quei sistemi caratterizzati dalla giurisdizione popolare, come tali diretti a garantire la corrispondenza fra contesto sociale aggredito ed esplicazione del giudizio. Si veda in argomento le posizioni di F. Cordero, *Connessione di procedimenti e giudice naturale*, cit., 67; M. Nobili, *Commento*, cit., 189; C. Taormina, *Giudice naturale*, cit., in riferimento all'osservanza dei criteri di distribuzione della competenza; P. Ichino, *Precostituzione e naturalità del giudice nello spostamento di competenza per materia previsto dalla legge 14 ottobre 1974, n. 497 (Nuove norme contro la criminalità)*, in *Giurisprudenza penale web*, 2023, 4.

¹⁸ E. Somma, «Naturalità» e precostituzione del giudice nell'evoluzione del concetto di legge, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 826; G. Sabatini, *La competenza surrogatoria ed il principio del giudice naturale nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 947; G. Ubertis, «Naturalità» del giudice e valori socioculturali nella giurisdizione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1073. Si veda da ultimo R. Casiraghi, *Competenza per connessione*, cit., 4499, la quale in riferimento al principio del giudice naturale osserva che «scopo ultimo del precetto sarebbe dunque quello di garantire all'accusato il giudice che, in quanto portatore del medesimo patrimonio socio – culturale derivante dall'appartenenza a quel luogo, possa meglio di qualunque altro comprendere, non solo giuridicamente ma anche culturalmente, il fatto che processualmente deve essere ricostruito». F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2003, 148; da ultimo, E.M. Catalano, *La competenza per connessione rispetto a procedimenti pendenti in gradi diversi: fattore di tutela o fattore di eversione rispetto alla garanzia del giudice naturale*, in *Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale*, 229. F. Cernelutti, *Rapporti tra il processo penale principale e il processo di falsa testimonianza*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 488-489. Più di recente: P. Dell'Anno, *Declaratoria di incompetenza e simultaneous processus*, in *Giust. pen.*, 1998, 334 ss. Intorno alla disputa sulla natura sostanziale o processuale della connessione fra reati, v. A. Pagliaro, *I presupposti della connessione in Connessione di procedimenti e conflitti di competenza*, Milano, 1976, 28.

¹⁹ G. Illuminati, *Precostituzione*, cit., 60, il quale osserva che secondo quanto evidenziato dalla Cass., Sez. Fer., 2 settembre 1996, Pacifico, in *Cass. pen.*, 1997, 101, la competenza costituisce «presupposto processuale indissociabile dall'attività di giurisdizione». Si veda, altresì, Corte cost., sent. n. 124/1992, in www.cortecostituzionale.it, laddove si afferma che l'art. 25, c. 1, Cost. rappresenta uno dei «presidi fondamentali dell'imparzialità (costituendone) il contenuto ineliminabile di connotato intrinseco dell'attività del giudice in quanto non finalizzato al perseguimento di alcun interesse precostituito». In senso conforme, A. Diddi, *La rimessione del processo penale*, Milano, 2000, 116 ss., 133 ss., il quale osserva che «l'elevazione del giudice naturale a diritto inviolabile non postula solo l'indefettibilità della giurisdizione per la risoluzione di una situazione di conflitto fra cittadino e Stato [...] bensì la realizzazione in concreto di una situazione di equivalenza delle posizioni dei soggetti in conflitto. Il sistema delle garanzie deve attuare, attraverso il fair trial, esattamente quell'indipendenza e quell'imparzialità del giudice che rappresentano il fondamento per l'affermazione dell'uguaglianza delle parti dinanzi ai meccanismi processuali e che, insieme, esprimono l'essenza della giurisdizione».

giurisprudenza è ferma nel ritenere che la pendenza dei procedimenti, intesa come non avvenuta definizione, costituisca requisito implicito, oltre che logico, all'operatività della connessione soltanto, ove il procedimento che eserciti la forza attrattiva si sia concluso con l'archiviazione o con sentenza irrevocabile, ne sarebbe preclusa l'operatività, la connessione, viceversa, è strutturata come un legame «che sta e cade in una con la configurabilità di una pluralità di procedimenti».

Di tal che, se la precostituzione legale è un principio non plasmabile, in quanto diretto a scongiurare manipolazioni discrezionali nella determinazione della competenza, occorre, dunque, affermare che la regola «non consente restrizioni o riduzioni».

Non si può non propendere per tale impostazione perché, diversamente, si concederebbe l'elusione dei criteri di competenza che verrebbero sottoposti a valutazioni discrezionali del Magistrato del Pubblico ministero, né, tantomeno, si potrebbe subordinare la regola del Giudice precostituito per legge ai tempi variabili dei procedimenti, anche per fattori accidentali, all'inerzia delle parti coinvolte, o per condizioni realistiche o strumentali, che allunghino o accelerino l'avanzamento del processo penale²⁰.

In altri termini, dare al Magistrato del Pubblico ministero il potere, a seconda che quest'ultimo opti o meno per l'esercizio dell'azione penale, di determinare l'attualità della pendenza dei procedimenti e, quindi, di incidere sulla competenza per connessione, finirebbe per limitare la stessa la funzione del Giudice e della difesa, che risulterebbero impossibilitati a far emergere, con trasparenza, le ragioni di connessione e competenza, scaturendo da ciò un evidente compromissione del principio di precostituzione, che risulterebbe impedito dalle scelte strategiche di una parte processuale.

Pertanto, sulla scorta di siffatte valutazioni, non si ritiene condivisibile quanto evidenziato dalla Cassazione sul *dies a quo* in cui si è cristallizzato il criterio di connessione nel procedimento in esame, in quanto sostenere come ineludibili due dati che risultano affermati e recepiti nei giudici in conflitto, quali la sussistenza della connessione per continuazione fra i due procedimenti e l'emersione processuale di tale connessione soltanto all'esordio del giudizio di appello, dopo l'emissione della sentenza di primo grado da parte del Tribunale di Lecce, sacrifica non solo la funzione del processo quale luogo di ricerca della verità processuale e storica, ma diminuisce la portata del metodo della Giurisdizione nella sua funzione di giudice del fatto processuale e, non per ultimo, si distorce il contenuto operativo dell'imparzialità, poiché la norma evidenzia come debba involgere l'intero ufficio giudiziario.

Del resto, come sostenuto dalla sentenza della Cassazione in commento, i criteri di connessione funzionale sono strettamente collegati alle ragioni della Rimessione e, dunque, a norma dell'art. 47 c.p.p., è il Giudice della rimessione che deve valutare quali atti procedurali salvare, investendo, in tale valutazione, anche la fase delle indagini.

Per tale motivo, non si comprende l'annullamento della sentenza della Corte di appello in merito al *dictum* contenente l'annullamento della sentenza di primo grado del Tribunale di Lecce che, contraddicendosi nelle stesse valutazioni sull'equiparazione della competenza funzionale alla rimessione, limita l'operatività della incompetenza funzionale successivamente alla sentenza di primo grado e ritiene, così, validi gli atti già

²⁰ In tal senso, si richiamano le seguenti sentenze: Cass. pen. sez. I, sent. n. 4125/1997, Di Biase, in *Ced.*, 208399; seppure in tema di giurisdizione, v. Cass. pen. sez. I, sent. n. 116/2002, Rinaldi, in *Giust. pen.*, 2003, III, 160; In dottrina, L. Kalb, *Il processo per le imputazioni connesse*, Torino, 1995, 95; I. Iai, *Archiviazione del procedimento connesso con altro attratto nella sua competenza*, in *Giur. it.*, 1998, 7. E.M. Catalano, *La competenza per connessione*, cit., 230. M. Siniscalco, *La garanzia della precostituzione del giudice e il mutamento delle circoscrizioni territoriali*, in *Giur. cost.*, 1967, 668.

compiuti poiché posti in essere da magistrato del P.M. e da Giudice competente. Sebbene i Giudici di legittimità non dubitino sulla loro titolarità a verificare la qualificazione dei fatti stessi, anche se in tema di verifica, la competenza va determinata avendo riguardo alla contestazione formulata dal pubblico ministero, a meno che la stessa non contenga rilevanti errori, macroscopici e immediatamente percepibili, dubbi suscita la lettura del seguente inciso riportato in motivazione: «che la richiesta avanzata dalla difesa di esaminare compiutamente tutti gli atti dei procedimenti – (informativa dei carabinieri, interrogatorio del D.I., dichiarazioni rilasciate da quest'ultimo in sede di incidente probatorio, trasmissione a mod. 45 di suddette dichiarazioni da parte della procura di Lecce alla Procura di Potenza) che avrebbero determinato una connessione con il procedimento iscritto solo a carico di C.M.C a Potenza con il necessario obbligo a carico della Procura di Potenza di iscrivere sin dal primo momento il M.N. in concorso nel contestato abuso di ufficio – sollecita una rivalutazione della linea seguita dai rappresentanti della Pubblica accusa talmente intrusiva nella sfera di apprezzamento riservato ai titolari del potere-dovere di indagine da esorbitare dall'attività di verifica e qualificazione dei fatti pure consentita alla Corte di cassazione nella materia di risoluzione del conflitto di competenza»²¹.

In altre parole, si omette l'esecuzione di una valutazione approfondita, lasciando, così, inalterato il potere delle procure di Lecce e Potenza di determinare il *tempus* del configurarsi dell'elemento di connessione.

Eppure, quello che la Corte di Cassazione non ha voluto esaminare, cristallizzando la questione di incompetenza funzionale successivamente alla conclusione del giudizio di primo grado, con l'emissione da parte del Tribunale di Lecce della sentenza del 18 novembre 2020, provoca un'ulteriore *défaillance* nella ricostruzione del fatto storico, lasciando la difesa priva di effettività della tutela giurisdizionale, poiché l'emersione della connessione funzionale avrebbe dovuto essere oggetto di scrutinio da parte dei giudici di primo grado, in quanto, sin da quel momento, le dichiarazioni propalate dal principale accusatore, provocavano la pendenza di due procedimenti concernenti il medesimo fatto e, quindi, connessi, il primo a carico di 1 a Lecce, il secondo a carico di 3 a Potenza. Perciò, le stesse dichiarazioni accusatorie di 2, rese in sede d'interrogatorio davanti alla Procura di Lecce e trasmesse in data 4 febbraio 2019 alla Procura di Potenza, avevano originato, sin da quella stessa data, la connessione.

Probabilmente, un'attenta lettura e richiesta di atti alla Procura di Potenza, da parte dei Giudici interessati dalle eccezioni formulate dalla difesa, avrebbe orientato diversamente la valutazione della competenza, con contestuale apprezzamento della Corte di cassazione per determinare il *dies a quo* della competenza funzionale.

A tale proposito, occorre ricordare che la regola del Giudice precostituito per legge non si risolve nell'utilizzo di uno strumento tecnico, indirizzato alla corretta applicazione dei precetti di riparto della competenza, ma è strettamente connesso alle regole costituzionali.

In particolare, l'art. 25, c. 1, Cost., costruisce l'istituto in esegesi, quale strumento di garanzia, salvaguardando il diritto a essere giudicati dal giudice naturale precostituito per legge.

In una prospettiva sistematica, il meccanismo preordinato dal legislatore informa di un corretto bilanciamento tra garanzie costituzionali e ragionevole durata del processo.

L'autonomia del disposto dell'art. 25 Cost., rispetto al divieto dell'art. 102, c. 2, Cost., è stata affermata dal Giudice delle leggi che, nel 1962, ha osservato come l'espressione

²¹ V. 25 della sentenza in commento.

«naturale» non abbia, rispetto al giudice, un significato autonomo, bensì coincidente con quello di «precostituito».

Sicché, per quanto riguarda i rapporti con l'art. 102, c. 2, Cost., la Corte ha ritenuto che le due norme abbiano finalità nettamente distinte, in quanto il principio sancito dall'art. 25, c. 1, Cost. risponderebbe all'esigenza del divieto della costituzione del giudice a posteriori, mentre il divieto di istituire giudici straordinari mirerebbe ad assicurare l'unità della giurisdizione.

Pertanto, secondo i giudici della Corte costituzionale, nell'art. 25, c. 1, Cost. sarebbe «sancito il principio della certezza del giudice, vale a dire della previa determinazione della competenza, con riferimento a fattispecie astratte realizzabili in futuro, non già, a posteriori, in relazione, come si dice, a una regiudicanda già sorta»²².

Dunque, la Corte ricava dal concetto di «giudice precostituito per legge» l'esistenza di una riserva di legge assoluta in materia di competenza e un obbligo per il legislatore di intervenire prima del fatto da giudicare.

Allo stesso tempo, l'art. 25 Cost., nel suo aspetto di norma sostanziale, enuncia la garanzia per il cittadino di essere giudicato dal «suo» giudice precostituito, garanzia la cui *ratio* viene individuata nell'esigenza di garantire l'imparzialità del giudice²³.

La sola previsione della precostituzione (che si sostanzia nella previsione di una riserva di legge rivolta al potere statale) non basta ad assicurare il diritto ad essere giudicato dal proprio giudice: il giudice deve essere anche naturale, e il cittadino ha un diritto inalienabile a mantenere sempre «quel rapporto con la collettività in cui vive che è all'origine del suo essere sociale».

La naturalità del giudice è una specificazione dell'art. 1, c. 2, Cost., poiché il giudice, esponente della società dalla quale proviene, «dovrebbe esprimere nelle sue decisioni, il sistema assiologico accettato dal popolo nel cui nome viene esercitata la giustizia».

Il principio del giudice naturale precostituito accorda a tutti i cittadini una garanzia soggettiva ad essere giudicati attraverso le regole di competenza predisposte dal legislatore.

Di conseguenza, come è stato acutamente osservato, «il participio passato «precostituito» comporta in maniera inequivocabile che l'individuazione del giudice deve avvenire in via generale e astratta ossia «per legge». L'avverbio «pre» postula un ulteriore requisito di tale legge: essa deve risultare anteriore a qualsiasi regiudicanda. Il divieto di

²² G. Foschini, *Incostituzionalità dell'avocazione e della proroga di competenza*, in *Riv. pen.*, II, 1951, 910; G. Sabatini, *Naturalità del giudice ed impugnabilità delle sentenze di incompetenza*, in *Giust. pen.*, III, 1951, 675; A. Peronaci, *La nuova costituzione come fonte diretta di norme penali*, in *Arch. pen.*, I, 1949, 79. Per un'ampia trattazione sulla nozione di giudice straordinario vedasi G. Cocciardi, *Sul concetto di giudice naturale*, cit., 285 ss. Cfr. Corte cost., sent. 88/1962, in *Giur. cost.*, 959 ss., che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 30 cc. 2 e 3 e 31 c. 2 c.p.p. 1930, riguardanti la c.d. competenza prorogata, per contrasto con l'art. 25, c. 1, Cost.

²³ Secondo A. Pizzorusso, *Giudice naturale*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1989, 4, «la riserva si qualifica come assoluta, sia per il tenore complessivo della disposizione, sia per l'espressione «per legge» dell'art. 25, c. 1, senza contare che la Corte costituzionale si è sempre espressa in questo senso a partire dalla sent. n. 88/1962. La riserva assoluta di legge mira a fare in modo che, nel caso si individui una questione concreta, essa possa essere ricondotta in maniera precisa in una sfera di competenza prevista dal legislatore». Secondo l'A., «rimane invece aperta la possibilità che la competenza giurisdizionale sia fissata in relazione a casi singoli mediante atti vincolati, quali sono, ad esempio, le decisioni che la Corte di cassazione adotta quale giudice dei conflitti». Per un'impostazione contraria vedasi G. Conso, *Istituzioni di diritto processuale penale*, III, Milano, 1969, 74 ss. L'Autore afferma che un «soggetto può considerarsi «distolto» dal suo giudice naturale solo se è un organo giurisdizionale a emanare un provvedimento discrezionale, ma non se il soggetto viene affidato ad altro giudice rispetto a quello originariamente competente per effetto di un intervento del legislatore». cfr. altresì, R. De Liso, *Naturalità e precostituzione del giudice*, cit., 2695.

sottrazione vale in altri termini, anche per il legislatore ordinario»²⁴.

È sulla scorta di tali regole che l'intervento regolatore della Cassazione informa su meccanismi di controllo della competenza nel procedimento anche quando si annidino esigenze differenti e potenzialmente contrastanti, che la disciplina positiva cerca di coniugare bilanciando, legalità e razionalità dello svolgimento della vicenda processuale. Se, dunque, il primo giudice della competenza è, notoriamente, il giudice stesso, nel nostro sistema, l'assenza di un organo deputato alla distribuzione, in via preventiva degli affari penali, con funzione di assegnazione della competenza, porta ad un sindacato diffuso, nel quale ciascun Giudice dispone del potere-dovere di valutare la regolarità della propria competenza.

In altri termini, è il principio di sottoposizione del giudice alla legge, di cui all'art. 101, c. 2, Cost. che produce il sindacato diffuso sulla competenza, per consentire a ciascun giudice di valutare, in autonomia, se sussistono i presupposti per l'attivazione della funzione di cui è titolare.

Pertanto, sulla scorta di quanto evidenziato, ancor meno si comprende la ragione per cui, sebbene investita della questione, la Corte di cassazione abbia del tutto omesso di soffermarsi sull'esame dei presupposti che legavano i due procedimenti in relazione alla c.d. connessione teleologica.

Eppure, la formulazione originaria dell'art. 12, c. 1, lett. c), c.p.p. disponeva la connessione di procedimenti «se una persona» era imputata di più reati, gli uni commessi per eseguire od occultare gli altri e legava l'esistenza del nesso teleologico al fatto all'identità dell'accusato.

Il d.l. n. 367/1991, invece, ha soppresso il riferimento all'unicità dell'autore dei reati per consentire un'applicazione più ampia della norma, anche considerando l'esegesi che aveva ricevuto fino a quel momento – oltre ad aver aggiunto i casi di connessione occasionale ed ampliato quelli di collegamento finalistico – e superare, per certi versi, il principio della separazione tendenziale per ragioni di efficienza: il successivo restyling ad opera della l.n. 63/2001, infine, ha superato il riferimento alla connessione occasionale e ai profili finalistici ma non ha reintrodotta il riferimento all'unicità dell'autore dei reati connessi²⁵.

Sono cioè intervenuti una serie di aggiustamenti progressivi che, però, non hanno reso maggioritario l'orientamento di legittimità per cui, per la fattispecie dell'art. 12 c.p.p. in questione, non più è richiesta l'identità fra gli autori del reato-mezzo e quelli del reato-fine: il riferimento all'identità, infatti, è rimasto recessivo nel diritto pretorio della Corte regolatrice fino a che le Sezioni Unite, valorizzando l'evoluzione testuale della disposizione, hanno invece ritenuto che la connessione teleologica in parola non richieda più tale requisito.

Al di là degli aspetti di dettaglio della questione, si evidenzia come, in un contesto di tale complessità, non sia impossibile che in sede di legittimità, come avvenuto parzialmente nel caso *de quo*, si accerti una competenza differente da quella che i giudici in conflitto hanno prospettato, laddove il luogo di commissione del reato venga individuato altrove o per un diverso intendimento del momento consumativo del reato o, ancora, per l'applicazione di un criterio di collegamento del quale le parti non avevano tenuto conto. Per tale motivo, appare alquanto limitativo il ragionamento operato dalla Cassazione che,

²⁴ Cfr. M. Nobili, *Commento all'art. 25 1. comma Cost.*, cit., 185. L'Autore mette in luce un'ulteriore importante questione: il legislatore utilizzando l'espressione «giudice precostituito per legge», ci indica che il giudice deve essere costituito prima.

²⁵ Sulla competenza per connessione si rinvia a G.M. Baccari, *La cognizione e la competenza del giudice*, in G. Ubertis, G.P. Voena (a cura di), *Trattato di procedura penale*, II. Milano, 2011.

pur non ritenendosi vincolata alle indicazioni espresse dai giudici in conflitto e alla qualificazione del fatto storico, non ha ritenuto di approfondire adeguatamente la questione relativa all'ipotesi di connessione *ex art.12, c, 1, lett. c)*, sebbene sia perfettamente coincidente con la vicenda processuale.

Infatti, il procedimento iscritto a Potenza per abuso d'ufficio a carico del solo 3, è un reato che, dalle contestazioni formulate dalla Procura, appare prodromico, un presupposto, alla realizzazione dei successivi reati, e, dunque, non era richiesta l'esigenza di rimarcare l'identità tra gli autori del reato mezzo e quelli del reato fine.

In altri termini, il problema dev'essere affrontato considerando, preliminarmente e prioritariamente, i poteri istruttori del giudice di legittimità, per comprendere entro quali limiti può porsi l'accertamento di una competenza diversa da quella dei confliggenti.

In tal caso, la Corte regolatrice ha, in questo procedimento incidentale, una cognizione più ampia del controllo *ex actis*, soprattutto quando si evidenziano delle violazioni di disposizioni processuali, per le quali la Corte è giudice anche del fatto e, per risolvere la relativa questione, può esaminare direttamente gli atti processuali necessari.

Perciò, quando si controverte sulle condizioni processuali per la legale celebrazione dell'attività di giudizio, non valgono le limitazioni che conosce il controllo sulla motivazione, e la Corte potrà affrontare ogni questione processuale che coinvolga, ad esempio, la legittima declaratoria di irreperibilità dell'imputato, la sua capacità processuale e, per quanto di interesse nell'ambito dei procedimenti incidentali sull'idoneità del giudice, l'esistenza della connessione di cui all'art. 12 c.p.p. o il ricorrere di una causa d'incompatibilità secondo la scansione degli artt. 34-37 c.p.p.

La ragione per cui la conformazione del controllo di legittimità non impedisce approfondimenti di tal genere dev'essere ricercata nel fatto che, in questo ambito, viene in gioco la verifica dell'errore sull'esistenza delle condizioni necessarie, per l'instaurazione del rapporto processuale e l'esercizio del potere di pronunciarsi nel caso concreto, non la funzione istituzionale di assicurare per via interpretativa l'uniformità del diritto oggettivo nazionale secondo l'art. 65 ord. giud.

Prima dell'attivazione della funzione che è propria della Corte regolatrice, è, infatti, necessario che questa, come qualunque altro giudice, verifichi preliminarmente la regolare instaurazione del potere giurisdizionale o il corretto svolgimento dell'attività nel caso concreto: solo in seguito potranno emergere le preclusioni tipiche del grado²⁶.

Con questa premessa si comprende che, nella fase di soluzione del conflitto, la Cassazione interviene sul più importante dei presupposti di esercizio della giurisdizione penale, pronunciandosi su quale sia l'ufficio competente rispetto alle imputazioni e verifica la regolare applicazione dei presupposti di individuazione del giudicante.

Seguendo la logica della cognizione dell'errore di procedura, dunque, vale lo stesso ragionamento di non ingerenza delle limitazioni derivanti dalla funzione nomofilattica sull'accertamento delle condizioni di legalità del procedere: si tratta, anche in questo caso, di accertare quale giudice possieda la condizione minima, assieme alla giurisdizione, per instaurare il rapporto processuale con l'accusato, questione da ritenersi rientrante tra quelle sul fatto processuale che legittimano, quindi, l'attivazione di speciali poteri istruttori²⁷.

²⁶ Sul tema v. A. Bargi, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di Cassazione*, Padova, 2004; A. Gaito, *Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta*, in Id. (a cura di), *Le impugnazioni penali*, Torino, I, 1998, 15; C. Valentini, *Ricorso per cassazione (pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., VI, 2011, 526.

²⁷ G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, 430. In argomento si vedano G. Conso, *Un istituto in crisi: la remissione per ordine pubblico o per legittimo sospetto*, in *Riv.dir. proc.*, 1967, 101. In questo senso G.M. Baccari, *La cognizione e la competenza del giudice*, cit. 497 ss.; G. Bonetto, *Sub art. 32 c.p.p.*, in M. Chiavario

È questa la giustificazione teorica che sta alla base della previsione di cui all'art. 32 c.p.p., per cui la Corte, nel decidere i conflitti, «assume le informazioni e acquisisce gli atti e i documenti che ritiene necessari», assicura, cioè, che la cognizione verticistica dei presupposti processuali sia piena e coinvolga ogni aspetto necessario.

L'alternativa sembra essere tra il riconoscere la possibilità di investire direttamente un terzo giudicante, in applicazione dei criteri di determinazione della competenza, oppure ritenere non sussistente un potere di conferimento di questo tipo, dovendo la fase incidentale concludersi con la restituzione degli atti al pubblico ministero presso il decisore competente nel senso indicato dalla decisione di legittimità.

Per individuare la soluzione conforme ai principi superiori occorre partire dalla portata del principio di legalità nell'individuazione del giudice naturale, anche tenendo in conto i più recenti contenuti sovranazionali sulla non negoziabilità del giudice idoneo.

Diversamente dal codice, che predispone sanzioni dalla differente intensità a seconda della gravità del vizio d'incompetenza, sul fronte europeo, invece, l'investitura del giudicante secondo una rigorosa applicazione dei criteri predeterminati rappresenta una condizione non suscettibile di bilanciamento.

Può essere utile evidenziare, sul punto, che per giurisprudenza consolidata della Corte europea, i diritti soggettivi di cui all'art. 6 CEDU, da alcuni decenni a questa parte, non sono in grado, se violati, di rappresentare una condizione necessaria e sufficiente per la condanna dello Stato convenuto.

Con sempre maggiore frequenza, infatti, si afferma che l'infrazione della norma convenzionale rappresenta solo il punto di partenza di un più ampio accertamento in cui il Collegio verifica, una volta riconosciuta la violazione, se il sistema processuale interno, nel suo sviluppo complessivo, abbia offerto fattori di contro-bilanciamento, cioè delle sufficienti contromisure in favore dell'accusato per ristabilire l'equilibrio spezzato²⁸. Pertanto, quando si discorre di diritti processuali, quale l'accesso alla tutela giurisdizionale, le garanzie coinvolte attengono ad un nucleo duro che non può essere compromesso e rispetto al quale la verifica sull'equità globale non ha ragion d'essere: si tratta di precondizioni di sistema per ogni ipotesi di amministrazione della giustizia, anche nei procedimenti diversi da quello ordinario, nel quale le garanzie dell'art. 6 trovano piena applicazione e il cui venir meno è condizione necessaria e sufficiente per

(a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, I, 1989, 176; M. Cordero, *Procedura penale*, cit., 172. In giurisprudenza v. Cass.pen., sez. I, sent. n. 267017/1999, Grenci, in *Mass. Uff.*, 213285, per cui la Corte non incontra in questo ambito «il limite istituzionale del divieto di valutazione del merito, ma ha anzi il potere-dovere di esaminare anche sotto tale profilo le risultanze processuali». Quanto invece ai rischi che porta con sé, in questa tipologia di procedimenti incidentali, l'elasticità delle forme ordinarie si vedano le considerazioni di A. Gaito, C. Fiorio, *Lo standard minimo del giusto processo nei procedimenti speciali*, in *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, coordinato da Ciro Santoriello, cit., 753 ss. Anche considerando che, specie nel conflitto positivo, per una parte della dottrina è essenziale che vi sia la pendenza di due o più procedimenti, rispetto ai quali l'intervento della Corte regolatrice ha la funzione di prevenire l'applicazione dell'art. 649 c.p.p.; per cui l'assenza di un procedimento pendente davanti al giudice diverso dai confliggenti potrebbe rappresentare un ostacolo alla sua investitura quale giudicante competente. Cfr. A.A. Dalia, G. Della Monica, *Conflitti di Competenza, II) Diritto processuale penale*, cit., 4. In questo senso si pronunciò la Consulta rispetto al giudice che riconosca la propria incompetenza, affermando che deve emettere sentenza con cui dispone la trasmissione degli atti al P.M. presso il giudice ritenuto competente (cfr. Corte cost., sent. n. 76/1993 rispetto all'ipotesi della trasmissione dovuta alla scelta effettuata dal Giudice delle leggi decidendo una questione di legittimità costituzionale e Id., sent. n. 214/1993 in relazione al giudizio d'appello).

²⁸ Corte EDU, 10 novembre 2020, *Dan. c. Moldavia* (n. 2), si veda A. Gaito, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest... oltre il giudizio d'appello*, in *Archivio penale*, 2020, 3.

imporre la rimozione dell'errore²⁹.

Nell'ambito del diritto a un «tribunale costituito per legge» di cui all'art. 6, par. 1, CEDU, infatti, è acquisito che l'espressione riguarda non solo l'esistenza di una base legale minima per individuare il giudice competente, ma anche tutta la filiera di norme particolari che disciplinano la sua composizione e il suo funzionamento: ciò comporta che il raggio d'azione della garanzia non può arbitrariamente modulare al ribasso le garanzie già riconosciute.

È il principio di preminenza del diritto, che consente di preservare l'indipendenza del giudice da qualsiasi influenza esterna e, allo stesso tempo, mantenere intatta la sua imparzialità agli occhi della collettività³⁰.

4. L'effetto preclusivo del giudicato nei conflitti di competenza - la disciplina della rimessione. Di particolare interesse è la questione sollevata dalla Corte di cassazione nella sentenza in commento laddove, nel dichiarare la Competenza della Corte di appello di Potenza, per l'effetto annulla, senza rinvio, la sentenza della Corte di appello di Lecce.

Il dispositivo, unitamente alla motivazione, suscita alcune perplessità.

Innanzitutto, la Cassazione, annullando la sentenza della Corte di Appello di Lecce, elimina la sentenza da cui origina il conflitto stesso, determinando, a parere di chi scrive, due effetti: in primo luogo, sembra che si sia eluso l'effetto preclusivo del giudicato formatosi su uno dei *dictum* della sentenza della Corte di appello di Lecce e, in seconda battuta, non appaiono condivisibili nemmeno le valutazioni attinenti alle disposizioni riguardanti le decisioni della Cassazione per ragioni di rimessione.

Invero, sebbene si condivida l'analogia tra l'istituto in esame e la competenza funzionale, per ragioni collegate alla bonifica processuale e dirette a correggere situazioni processuali patologiche, al fine di riportare il processo penale alla sua normalità fisiologica e al sereno e imparziale svolgimento, in tal caso, la Corte di Cassazione si sarebbe dovuta limitare a dichiarare la competenza della Corte di Appello di Potenza senza annullare la sentenza della Corte di appello di Lecce, poiché, a norma dell'art. 48 c.p.p., è il Giudice designato dalla Corte di Cassazione che procede alla rinnovazione degli atti compiuti anteriormente al provvedimento che ha accolto la richiesta di rimessione.

Dunque, la Corte di Cassazione è andata oltre quanto richiesto nella sua funzione dirimente il conflitto poiché, non solo nessuna delle parti confliggenti aveva chiesto l'annullamento della sentenza della Corte di appello di Lecce nella parte in cui annullava la sentenza di primo grado ma, anche a voler applicare le norme sulla rimessione, non spetta al Giudice della Cassazione far rivivere sentenze annullate nella parte in cui il *dictum* di annullamento, tra l'altro, contenga una motivazione diversa dalla questione di competenza ed è, pertanto, sottoposto al vincolo preclusivo del giudicato.

Di tal che, sebbene corretto in linea generale quanto affermato dalla Corte di cassazione

²⁹ Corte EDU, sez. I, 24 gennaio 2019, *Knox c. Italia*, ricorso n. 76577/13 in *Giur. pen.*, 2019 con comunicato della redazione. In particolare, si afferma, che nel rispetto dell'art. 5 CEDU «La Parte contraente non è tenuta a riconoscere lo stesso standard di trattamento al di fuori del giudizio di accertamento della fondatezza dell'accusa, purché rispetti le condizioni minime già indicate: ciò nonostante, quando la legislazione interna abbia esteso a quei segmenti incidentali lo statuto di garanzie che riserva al rito ordinario, si auto-vincola a riconoscere quel tipo di tutela anche in quei settori e non può arbitrariamente modulare al ribasso le garanzie già riconosciute».

³⁰ Con riferimento al legame tra le disposizioni che prevedono l'indipendenza dei membri del Tribunale, la durata del mandato e l'imparzialità v. Corte EDU, 12 gennaio 2016, *Miracle Europe Kfi c. Ungheria*, n. 5777413, par. 58, Corte EDU, 5 ottobre 2010, *DMD GROUP a.s. c. Slovacchia*, n. 19334/03, par 59 e Corte EDU, 11 luglio 2006, *Gurov c. Moldavia*, n. 36455/02, par 36, tutte in *eur-lex.europa.eu*

nella sentenza in commento, il provvedimento con cui il giudice dichiara la propria incompetenza, ordinando la trasmissione degli atti al giudice reputato competente, non può essere impugnato per Cassazione ai sensi dell'art. 568, c. 2, c.p.p., in quanto, non essendo attributivo di competenza, comporta l'elevazione del conflitto ai sensi dell'art. 28 c.p.p.

Su un piano diversificato, tuttavia, occorre soffermarsi sulla sentenza del giudice che per primo si sia dichiarato incompetente per verificare se il provvedimento emesso si pronunci solo sulla competenza o ci siano altri *dicta* che si sarebbero dovuti impugnare autonomamente e per i quali, essendo decorsi i termini di impugnazione, si è formato il giudicato.

Invero, il dubbio lo dirime la stessa Cassazione quando evidenzia che la Corte di Appello di Lecce ha errato nell'annullare la sentenza del Tribunale di Lecce poiché essa è stata resa dopo aver accertato che la competenza *ex* art. 11, c.p.p., non aveva riguardato il giudizio di primo grado.

Ebbene, evidenziata l'erroneità della sentenza della Corte di appello di Lecce, la Cassazione riconosce una duplice statuizione: la prima riguardante la dichiarazione di incompetenza, la seconda come testualmente si legge a pagina 27: «se a determinare quest' ultima statuizione è stata la presupposizione che essa era necessariamente implicata dall' avvenuta affermazione della competenza per connessione dell' autorità giudiziaria di Potenza e dall' esigenza che per lo scrutinio del complesso delle accuse inerenti ai rati connessi necessitasse il *simultaneus processus*».

In altri termini, la sentenza della Corte di appello come evidenzia la Cassazione, racchiude due *dicta*, uno sulla incompetenza, non impugnabile se non con il conflitto di competenza, l'altro di annullamento della sentenza di primo grado di Lecce per favorire il *simultaneus processus*, ed è su questo secondo *dictum* che si è realizzato anche per il Giudice di legittimità l'effetto preclusivo del giudicato.

In particolare, sebbene l'art. 568, c. 2, c.p.p. affermi che sono sempre soggette a ricorso per Cassazione, quando non sono altrimenti impugnabili, i provvedimenti con i quali il giudice decide sulla libertà personale e le sentenze, salvo quelle sulla competenza che possono dar luogo a un conflitto di giurisdizione o di competenza a norma dell'articolo 28 c.p.p., in forza della previsione del c. 2 della norma in commento, la giurisprudenza ha affermato la possibilità di proporre ricorso per Cassazione avverso la sentenza con cui il giudice d'appello dichiara la nullità della sentenza di primo grado e disponga la trasmissione degli atti al P.M.

In altri termini, si tratta di soffermarsi sul principio di tassatività enunciato dall'articolo 568, c.1, c.p.p. inteso come previsione legislativa dell'impugnazione e determinazione del mezzo ogni volta indicato.

Invero, il principio di tassatività viene temperato, anzitutto, dalla previsione del secondo comma, che riconosce la generale impugnabilità attraverso il meccanismo del ricorso per Cassazione delle sentenze, salvo quelle sulla competenza, che possono dar luogo a conflitto a norma dell'art. 28 e dei provvedimenti con i quali il giudice decide sulla libertà personale.

La giurisprudenza di legittimità si è già espressa, più volte, nel senso della inoppugnabilità, in casi di dichiarata incompetenza sia per territorio che funzionale, con ordinanza³¹.

³¹ Cass. pen. sez. VI, sent. n. 4386/1994, Sisinni, Rv. 200848; Cass. pen. sez. VI, sent. n. 598/1993, Formica, Rv. 193913; Cass. pen. Sez. V, sent. n. 1509/1992, Bartolomucci, Rv. 192278; Cass., sez. I, sent. n. 3477/1992, Zazza, Rv. 192042.

La medesima giurisprudenza, in realtà, si è spinta oltre affermando un più generale principio di non impugnabilità di tutti i provvedimenti negativi di competenza, abbiano essi la forma di sentenza o quella di ordinanza, e sottolineando come una simile conclusione possa e debba fare leva sull'art. 28 c.p.p., ossia sulla norma che – come, del resto, anche l'art. 51 del codice di rito abrogato – riserva a tali provvedimenti, anche in sede di esecuzione, esclusivamente la elevazione del conflitto di competenza³²,

Si è poi coerentemente chiarito, in altra decisione, che l'espressa previsione – di cui all'art. 568 c.p.p., c. 2 – di non impugnabilità delle statuizioni concernenti la competenza trova ragione nel fatto che, trattandosi di pronunzie che possono dar luogo a conflitto di competenza, esse non soffrono di alcuna lacuna di garanzia giurisdizionale, rispondendo lo strumento processuale di verifica ad una scelta del legislatore, secondo criteri di razionalità, speditezza e di opportunità processuale³³.

Tuttavia, nel caso di specie è la stessa Cassazione che ha definito l'esistenza di due *dicta* nella sentenza della corte di appello di Lecce, e probabilmente pur valutando l'ipotesi sotto il profilo dell'errore o eventualmente dell'abnormità del provvedimento di incompetenza della Corte di Appello di Lecce che dà vita ad un provvedimento che esula dal sistema processuale e non può imporsi al giudice indicato come competente, legittima le parti non al conflitto ma al solo ricorso per Cassazione³⁴.

Sicché, non condivisibili appaiono le argomentazioni della Suprema Corte di cassazione, poiché, non essendo stata investita dai giudici confliggenti, della questione di annullamento ma soltanto del conflitto di competenza ed essendo decorsi i termini di impugnazione sul *dictum* non attinente alla competenza ma alle motivazioni collegate alle esigenze di un *simultaneus processo*, la Cassazione è andata oltre il *petitum* e oltre i limiti imposti dal regime di preclusione del giudicato.

Abstract. Con la pronuncia in commento, la prima sezione penale della Corte Suprema di Cassazione conferma la preminenza dei criteri di imparzialità della competenza funzionale per connessione/del principio di imparzialità del giudice e dei criteri che regolano la competenza nei procedimenti riguardanti i magistrati, sui limiti/rispetto ai limiti temporali e procedurali della *perpetuatio iurisdictionis*. Ogniqualvolta, le decisioni della Cassazione presentino dei vizi o delle omissioni nelle valutazioni, poiché, a differenza dei ricorsi straordinari previsti nel nostro Ordinamento, per le questioni concernenti la competenza non sono previsti rimedi di impugnazione. *Rebus sic stantibus*, infatti, rileva la lacuna nella valutazione da parte del giudice del fatto processuale, in relazione ad alcuni elementi indispensabili per determinare il tempo iniziale della competenza funzionale per connessione e, viceversa, l'esorbitanza dei poteri del pubblico ministero, nel decidere i tempi e le modalità di iscrizione per determinare la competenza. Queste criticità, capaci di oltrepassare persino gli effetti preclusivi del giudicato, creano discrasie con le regole di garanzia previste nel nostro ordinamento e rappresentano un singolare *novum*, da riproporre dinanzi al giudice investito della competenza dalla Suprema Corte di cassazione.

Abstract. With the ruling in question, the first criminal section of the Supreme Court of Cassation confirms the pre-eminence of the criteria of impartiality of the functional

³² Cass. pen., sez. I, sent. n. 1746/1990, Desiderio, Rv. 184954.

³³ Cass. pen. sez. VI, sent. n. 2556/1995, Bruno, Rv. 202468.

³⁴ Cass. pen. sez. I, sent. n. 4794/1999, Chiantese, Rv. 214285.

jurisdiction by connection/of the principle of impartiality of the judge and of the criteria governing jurisdiction in proceedings concerning magistrates, on the limits/with respect to the temporal and procedural limits of the *perpetuatio iurisdictionis*.

Whenever the decisions of the Court of Cassation present defects or omissions in the assessments, since, unlike the extraordinary appeals provided for in our legal system, there are no appeals for questions concerning jurisdictions. *Rebus sic stantibus*, in fact, points out the lacuna in the judge's assessment of the procedural fact, in relation to some elements indispensable for determining the initial time of functional jurisdiction by connection and, vice versa, the exorbitance of the powers of the public prosecutor, in deciding the times and methods of registration to determine jurisdiction. These critical issues, capable of going beyond even the preclusive effects of *res judicata*, create discrepancies with the guaranteed rules provided for in our legal system and represent a singular *novum*, to be re-proposed before the judge invested with jurisdiction by the Supreme Court of Cassation.

Parole chiave. Competenza funzionale – imparzialità – giudicato – *perpetuatio iurisdictionis*.

Key words. Functional competence – impartiality – *res judicata* – *perpetuatio iurisdictionis*.

MIGRAZIONE CLIMATICA: RAGIONI DI UNA RICERCA*

di Susana Borràs-Pentinat** e Angela Cossiri***

Sommario. 1. Perché la sfida della migrazione climatica interroga il giurista. – 2. La prospettiva giuridica e la necessità di un approccio transdisciplinare. – 3. Il caso italiano: la rilevanza del diritto di asilo costituzionale. – 4. La tutela dei diritti fondamentali nelle argomentazioni dei giudici. – 5. La necessità di una prospettiva di genere.

485

1. Perché la sfida della migrazione climatica interroga il giurista. Nel corso della storia dell'umanità, le persone si sono spostate dalle loro terre di origine per motivi economici, sociali e politici alla ricerca di condizioni di vita migliori. Tuttavia, il degrado ambientale è oggi divenuto un'altra causa dei movimenti forzati delle popolazioni, che fuggono per sopravvivere a disastri naturali o sono sfollate in conseguenza di condizioni ambientali difficili e in via di deterioramento, alla ricerca di opportunità e nuovi mezzi di sussistenza altrove. Questi movimenti forzati di popolazione dovuti a cause ambientali comprendono non solo i casi in cui le persone devono spostarsi in altre aree dello stesso Paese, ma anche quelli che implicano attraversamento di confini¹.

Secondo i dati dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM) contenuti nel *Rapporto sulle migrazioni nel mondo*, si stima che ci siano 281 milioni di persone che si spostano attraverso le frontiere. In altre parole, il 3,6% della popolazione mondiale è costituito da migranti internazionali². Inoltre, secondo l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (di seguito UNHCR), fino al 2022 108,4 milioni di persone sono state sfollate con la forza per motivi politici, principalmente a causa di persecuzioni, conflitti, violenze, violazioni dei diritti umani o eventi che hanno seriamente turbato l'ordine pubblico. Di questi, 35,3 milioni sono rifugiati o richiedenti asilo e 53,2 milioni sono sfollati interni³.

Tra i più recenti documenti di analisi sul fenomeno della migrazione, il Rapporto sullo Sviluppo Mondiale 2023 della Banca Mondiale⁴ rileva che circa il 2,3% della popolazione

* *Sottoposto a referaggio*. Questo contributo fa parte del dossier di studi *La sfida della migrazione climatica*, a cura di Susana Borràs Pentinat e Angela Cossiri ed è frutto del Progetto CLIMOVE, finanziato dal programma di ricerca e innovazione Horizon 2020 dell'Unione Europea con l'accordo di sovvenzione Marie Skłodowska-Curie (H2020-MSCA-IF-2020) n. 101031252 dell'Università degli Studi di Macerata (Italia). Gli articoli riflettono solo il punto di vista degli autori e la REA non è responsabile dell'uso che può essere fatto delle informazioni in esso contenute.

** Professoressa associata di Diritto internazionale pubblico e Relazioni internazionali – Università di Università Rovira i Virgili Terragona. Borsista Marie Skłodowska Curie.

*** Professoressa Associata di Diritto costituzionale – Università di Macerata.

* *Sottoposto a referaggio*

¹ OIM, *Nota para las deliberaciones: la migración y el medio ambiente*, MC/INF/288, Nonagésima cuarta reunión, 1.11.2007,

https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/en/council/94/MC_INF_288.pdf.

² OIM, *Informe de las Naciones Unidas sobre las Migraciones en el Mundo*, 2022, in <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2022>.

³ ACNUR, *Tendencias Globales*, 2023, in <https://www.acnur.org/es-es/tendencias-globales>.

⁴ *Migranti, rifugiati e società*, in <https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2023>.

mondiale, 184 milioni di persone, vivono attualmente al di fuori del loro paese di nazionalità. Di questi, 37 milioni sono rifugiati (circa il 20%), cioè migranti forzati. Il dato coglie solo parzialmente la complessità del fenomeno perché un significativo numero di migranti forzati può essere escluso dalla protezione legale⁵.

Nonostante l'importanza di queste statistiche, esse non riflettono la globalità dei movimenti di persone, poiché non includono coloro che fuggono dal degrado ambientale o dagli impatti del cambiamento climatico, anche se è vero che in molti casi è possibile collegare le cause del loro spostamento a problemi ambientali e/o climatici.

La migrazione è una risposta agli squilibri globali, come le grandi differenze di benessere, e a *shock* come conflitti e violenze⁶. Essa diventerà un fenomeno incrementale nei prossimi decenni per i Paesi di tutti i livelli di reddito. Il cambiamento climatico agisce aggravando le altre cause di mobilità. Ma spesso anche quelli che conosciamo come conflitti armati sono l'esito di crisi climatiche che producono crisi sociali conseguenti a scarsità di acqua e di raccolti e esodi di massa dalle zone rurali alle zone urbane⁷.

Le società che invecchiano rapidamente sia nei Paesi ad alto reddito, che in quelli a medio reddito e le popolazioni invece in espansione nei Paesi a basso reddito sono i due fenomeni che renderanno la migrazione anche sempre più necessaria. Se essa sarà governata adeguatamente, potrebbe costituire un'opportunità e contribuire a raggiungere gli obiettivi di sviluppo sostenibile⁸, aiutando a ridurre i previsti disallineamenti tra offerta e domanda di lavoro causati da *trend* demografici disomogenei e senza precedenti⁹. In particolare, i Paesi di destinazione possono trarre un significativo beneficio dal contributo dei migranti, ove le competenze di questi ultimi corrispondano alle loro esigenze e ove ai migranti sia permesso di lavorare in modo regolare al livello delle loro qualifiche. Indubbiamente ci sono anche costi da sostenere, per la fruizione dei servizi pubblici e per le politiche di integrazione sociale: i Paesi di destinazione sono chiamati ad adottare decisioni che facilitino la convivenza plurale, multietnica e multiculturale. Il caso dei rifugiati è da questo punto di vista più problematico perché non consente di combinare le competenze di chi arriva con le esigenze del Paese di destinazione. Occorre dunque condivisione internazionale delle responsabilità sia per distribuire gli svantaggi, sia per integrare gli sforzi globali con azioni su scala locale.

Per governare proficuamente le migrazioni, riconoscerne la complessità e distinguere tra vari tipi di movimenti e le loro cause è imprescindibile: solo così è possibile identificare le risposte più adeguate anche per massimizzare gli effetti economici positivi dei movimenti transfrontalieri e mitigare quelli negativi. Tra gli obiettivi auspicati dalla Banca Mondiale, occorre fornire protezione internazionale ai rifugiati in modo finanziariamente e socialmente

⁵ United Nations, *Migration and Global Environmental Change: Future Challenges and Opportunities*; The Government Office for Science: London, UK, 2011.

⁶ L. Chancel, *Informe sobre la desigualdad global 2022*, in https://wir2022.wid.world/www-site/uploads/2021/12/Summary_WorldInequalityReport2022_Spanish.pdf.

⁷ Cfr., ad esempio, il recente *reportage* giornalistico di L. Amici, *Caos. Come la crisi climatica influenzerà la migrazione globale*, 2023; United Nations, *Addressing Drivers of Migration, Including Adverse Effects of Climate Change, Natural Disasters and Human-Made Crises, Through Protection and Assistance, Sustainable Development, Poverty Eradication, Conflict Prevention and Resolution*; United Nations: New York, NY, USA, 2017. Cfr. anche D. Reckien, F. Creutzig, B. Fernandez, S. Lwasa, M. Tovar-Restrepo, D. Mcevoy, D. Satterthwaite, *Climate change, equity and the Sustainable Development Goals: An urban perspective*, *Environ. Urban*, 29, 2017, 159–182; L.M. Hunter, J.K. Luna, R.M. Norton, *Environmental Dimensions of Migration*, in *Annu. Rev. Sociol.*, 41, 2015, 377–397; V. Koubi, *Exploring the relationship between climate change and violent conflict*, in *Chin. J. Popul. Resour. Environ.*, 16, 2018, 197–202; H. Buhaug, *Climate Change and Conflict: Taking Stock*, in *Peace Econ. Peace Sci. Public Policy*, 22, 2016, 331–338.

⁸ *Migration and the 2030 Agenda for Sustainable Development*, in https://eulacfoundation.org/en/system/files/migration_and_the_2030_agenda.pdf.

⁹ L. Gomez-Echeverri, *Climate and development: Enhancing impact through stronger linkages in the implementation of the Paris Agreement and the Sustainable Development Goals (SDGs)*, in *Philos. Trans. R. Soc. A*, 2018, 376.

sostenibile e ridurre la necessità di movimenti disperati, rispettando i diritti umani e la dignità delle persone¹⁰.

Per quanto concerne la migrazione climatica, il riscaldamento globale ha portato a eventi meteorologici estremi più frequenti e gravi, ovverosia imprevedibili disastri naturali che esauriscono i loro effetti distruttivi in breve tempo¹¹; ma a questo si aggiungono anche impatti graduali di lungo periodo, che influenzano negativamente sviluppo, salute, reddito, sicurezza alimentare, approvvigionamento idrico e sicurezza umana, incidendo significativamente sui diritti fondamentali.

L'OIM definisce la «migrazione indotta dal clima» come «lo spostamento di una persona o di gruppi di persone che, prevalentemente per motivi legati a un improvviso o progressivo cambiamento ambientale dovuto ai cambiamenti climatici, sono costretti a lasciare il loro luogo di residenza abituale, o scelgono di farlo, temporaneamente o permanentemente, all'interno di uno Stato o attraverso una frontiera internazionale»¹².

Nel 2021, il Consiglio dei diritti umani ha riconosciuto nella risoluzione 48/13 il diritto umano a un ambiente pulito, sano e sostenibile, nonché il fatto che i cambiamenti climatici e il degrado ambientale causano danni a milioni di persone in tutto il mondo, in particolare a individui e gruppi vulnerabili. Queste persone subiscono perdite, spesso irreversibili, che le costringono a lasciare le loro case e ne condizionano il trasferimento¹³.

Circa il 40% della popolazione mondiale vive in zone altamente vulnerabili ai cambiamenti climatici¹⁴. La modificazione delle temperature e la siccità, interagendo con fattori come povertà e instabilità politica, stanno diventando un importante fattore di mobilità, spesso esacerbando modelli squilibrati di migrazione già esistenti. Le stime della migrazione climatica interna ed esterna nei paesi in via di sviluppo variano a seconda di diversi scenari climatici, demografici e di sviluppo che si considerano per i prossimi anni¹⁵.

L'Agenzia per i rifugiati delle Nazioni Unite (UNHCR) rileva che le persone abbandonano sempre più spesso le loro case «a causa dell'interazione tra degrado ambientale, rischi naturali

¹⁰ United Nations. *Principles and Practical Guidance on the Protection of the Human Rights of Migrants in Vulnerable Situations*; Human Rights Council, United Nations: New York, NY, USA, 2018.

¹¹ IPCC, *Synthesis Report of the Sixth Assessment Report (AR6). Summary for Policymakers*, 2023, in https://report.ipcc.ch/ar6syrr/pdf/IPCC_AR6_SYR_SPM.pdf.

¹² International Organization for Migration. *Mapping Human Mobility (Migration, Displacement and Planned Relocation) and Climate Change in International Processes, Policies and Legal Frameworks*; International Organization for Migration: New York, NY, USA, 2018. Si veda anche il numero monografico della *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, Vol. 14, 1, 2023, che tratta ampiamente le sfide legali del riconoscimento e della protezione delle migrazioni climatiche: <https://raco.cat/index.php/rcda/issue/view/3172>.

¹³ Nello stesso anno è stata adottata la Risoluzione n. 3/2021 sull'*Emergenza climatica: portata e obblighi interamericani in materia di diritti umani*, il primo documento del Sistema interamericano dei diritti umani che affronta specificamente il tema del cambiamento climatico. Essa identifica gli obblighi degli Stati in materia di diritti umani nel contesto della crisi climatica, nella misura in cui gli effetti del cambiamento climatico costituiscono una grave minaccia al godimento dei diritti economici, sociali, culturali e ambientali essenziali per una vita dignitosa, vale a dire principalmente il diritto all'acqua e ai servizi igienici, al cibo, alla salute, all'abitazione e a un ambiente sano.

¹⁴ H.-O. Pörtner, D.C. Roberts, M. Tignor, E.S. Poloczanska, K. Mintenbeck, A. Alegría, M. Craig, S. Langsdorf, S. Löschke, V. Möller, A. Okem, B. Rama (eds.), IPCC, *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, 2022.

¹⁵ S.-M. Hsiang, M. Burke, E. Miguel, *Quantifying the Influence of Climate on Human Conflict*, in *Science*, 2013, 341; J. Morrissey, *Rethinking the «debate on environmental refugees»: From «maximalists and minimalists» to «proponents and critics»*, in *J. Political Econ.*, 19, 2012, 36; Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM), *Climate Change and Migration in Vulnerable Countries: A snapshot of least developed countries, landlocked developing countries and small island developing States*, 2019, disponibile in <https://www.iom.int/news/iom-small-island-developing-states-highlight-climate-migration-un-general-assembly>.

e cambiamenti climatici e gli effetti della rapida urbanizzazione, della scarsità d'acqua e dell'insicurezza alimentare ed energetica», aggravati da «desertificazione, siccità, inondazioni e dalla crescente gravità dei disastri»¹⁶. Le persone in movimento in queste circostanze «[...] sono spesso doppiamente vulnerabili a causa dei luoghi e delle condizioni in cui vivono, nonché del rischio che corrono a causa di spostamenti ripetuti»¹⁷. In questo senso, il cambiamento climatico è intimamente legato a processi di impoverimento, insicurezza umana e ingiustizia.

La maggior parte delle mobilità avviene all'interno dei Paesi, senza attraversare i confini tra gli stessi, sebbene gli impatti della crisi ambientale globale stiano influenzando anche i movimenti internazionali. Pertanto, i movimenti di popolazione indotti dai cambiamenti climatici comprendono non solo i casi in cui le persone devono spostarsi in altre aree dello stesso Paese (sfollati interni e comunità), ma anche quelli che attraversano i confini internazionali (sfollati internazionali e comunità).

Secondo l'*Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC)*, nel 2021 il numero totale di sfollati interni è salito a 59,1 milioni in tutto il mondo, il numero più alto mai registrato: 38 milioni di nuovi sfollati interni in tutto il mondo, di cui 14,4 milioni causati da conflitti e violenza armata e 23,7 milioni da disastri naturali¹⁸. Nel suo ultimo rapporto per il 2023, l>IDMC parla di 60,9 milioni di sfollati interni, di cui 28,3 milioni dovuti a violenze e conflitti e 32,6 milioni legati a disastri¹⁹. Inoltre, in assenza di misure e azioni ambiziose, si stima che i crescenti impatti del cambiamento climatico potrebbero provocare lo sfollamento interno di oltre 140 milioni di persone nell'Africa subsahariana, nell'Asia meridionale e in America Latina entro il 2050. Studi più recenti parlano di 216 milioni di persone che potrebbero essere sfollate in sei regioni entro il 2050²⁰.

Sebbene la definizione di questi spostamenti interni e internazionali sia ancora molto dibattuta, l'Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), nel suo ultimo rapporto *WGII Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability* distingue tra (a) migrazione adattativa (cioè quando la migrazione è il risultato di una scelta delle famiglie), (b) migrazione involontaria e sfollamento (cioè quando le persone hanno poca o nessuna scelta se non quella di spostarsi), (c) organizzata, attraverso il trasferimento delle popolazioni da siti altamente esposti ai rischi climatici e (d) immobilità (cioè l'incapacità o la non volontà di spostarsi da aree ad alta esposizione per motivi culturali, economici o sociali)²¹.

In ogni caso, il cambiamento climatico influisce anche sulle caratteristiche e sulle competenze dei migranti, con aumento delle migrazioni forzate. Le persone in situazioni di vulnerabilità, soprattutto i bambini²² e le persone anziane o malate, sono particolarmente colpite.

¹⁶ UNHCR, *UNHCR Strategic Directions 2017-2021*, 16 January 2017, 7.

¹⁷ UNHCR, *Global Trends*, 2022, disponibile: https://www.unhcr.org/globaltrends#_ga=2.93205981.1558807330.1681482213-2114123386.1666364798.

¹⁸ IDMC, *Global Report on Internal Displacement*, 2022, disponibile in <https://www.internal-displacement.org/global-report/grid2022/>.

¹⁹ IDMC, *Global Report on Internal Displacement*, 2023, disponibile in <https://www.internal-displacement.org/global-report/grid2023/>.

²⁰ Consultar: V. Clement *et al.*, *Informe: Groundswell Parte 2: Actuar frente a la migración interna provocada por impactos climáticos*, Banco Mundial, Washington DC, 2021, disponibile in <https://openknowledge.worldbank.org/entities/publication/2c9150df-52c3-58ed-9075-d78ea56c3267>.

²¹ IPCC, *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge y Nueva York, 2022.

²² *Children Displaced in a Changing Climate. Preparing for a future that's already underway*, redatto da Unicef, è il primo rapporto globale sul numero di bambini costretti ad abbandonare le proprie case tra il 2016 e il 2021 a causa di inondazioni, tempeste, siccità e incendi (<https://www.unicef.org/reports/children-displaced-changing-climate>). Il rapporto considera anche le proiezioni per i prossimi 30 anni. Le inondazioni e le tempeste hanno causato 40,9 milioni - ovvero il 95% - degli sfollamenti di bambini registrati nel quinquennio di indagine, grazie

Le popolazioni indigene, che sono state pesantemente discriminate nel corso della storia, devono affrontare maggiori disuguaglianze nei contesti di mobilità indotti dagli impatti della crisi climatica e le donne²³, a loro volta, devono affrontare le conseguenze delle disuguaglianze di genere e della violenza patriarcale in questi contesti²⁴.

Esaurite le opzioni di adattamento o migrazione interna, nelle aree che diventano inadatte alla produzione alimentare e a ridotta sicurezza idrica, il cambiamento climatico può portare le persone ad ulteriori movimenti. La misura in cui ciò accadrà nel futuro, dipenderà in gran parte dalle politiche adottate e attuate oggi a livello sia globale, che locale²⁵. Anzitutto in termini di mitigazione collettiva del riscaldamento globale e di capacità dei Paesi vulnerabili di adattarsi al suddetto cambiamento. L'adattamento infatti potrebbe essere difficile proprio per le aree rurali più povere, dove mancano gli strumenti finanziari necessari a sostenere i costi dell'assessamento al cambiamento di temperature. Uno strumento di supporto può essere il finanziamento di processi di resilienza ai cambiamenti climatici nei Paesi in via di sviluppo²⁶. Secondo un'analisi del 2023, tra il 2000 e il 2019 il mondo ha subito almeno 2.800 miliardi di dollari di perdite e danni a causa del cambiamento climatico, con un costo di circa 16 milioni di dollari all'ora²⁷. Le perdite e i danni sono una questione strettamente legata al concetto di giustizia climatica ed equità, perché i Paesi più vulnerabili al clima nel mondo sono spesso quelli che emettono meno gas serra. Ciò solleva la questione di chi debba pagare per le perdite e i danni nei Paesi più poveri, dove le risorse sono limitate. Il termine «perdite e danni» è stato formalmente riconosciuto nel 2013 alla 19^a Conferenza delle Parti (Cop19) di Varsavia, quando è stato adottato il Meccanismo internazionale di Varsavia per le perdite

in parte anche a una migliore segnalazione e alle evacuazioni preventive. La siccità ha provocato più di 1,3 milioni di bambini sfollati all'interno dei confini nazionali, con la Somalia tra le più colpite, mentre gli incendi hanno provocato 810.000 bambini sfollati. Tra i Paesi più colpiti Canada, Israele e Stati Uniti. Secondo questa analisi, la Cina e le Filippine sono tra i Paesi che hanno registrato il maggior numero di bambini sfollati, a causa della loro esposizione a condizioni climatiche estreme, della numerosa popolazione di bambini e dei progressi compiuti nelle capacità di allerta tempestiva e di evacuazione. Anche UNICEF, International Organization for Migration, Georgetown University, United Nations University, *Guiding Principles for Children on the Move in the Context of Climate Change*, 2022 Vedi in <https://www.unicef.org/globalinsight/reports/guiding-principles> e UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14, disponibile en: <https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>, 10 (para 36).

²³ United Nations Development Programme (UNDP) and Global Gender and Climate Alliance, *Overview of linkages between gender and climate change*, New York: UNDP, 2016, 1-8. Anche S. Borràs, *Climate migration: a gendered perspective*, in *Environmental Policy and Law*, 2023.

²⁴ Si veda, ad esempio, IUCN (2020), *Gender-based Violence and Environment Linkages: The Violence of Inequality*, disponibile in <https://portals.iucn.org/library/node/48969>. Vedi anche il Rapporto al Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite del Relatore speciale delle Nazioni Unite sulla questione degli obblighi dei diritti umani relativi al godimento di un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile (2019, UN Doc. A/74/161), che sottolinea che gli impatti sproporzionati dei cambiamenti climatici sulle donne e le ragazze, sulle persone con disabilità e sulle popolazioni indigene (paragrafi 48-50); o il Rapporto al Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite del Relatore speciale delle Nazioni Unite sulla povertà estrema e i diritti umani (2019, UN Doc. A/HRC/41/39) che fa riferimento agli impatti dei cambiamenti climatici sulle persone che vivono in povertà (paragrafi 11 e 12). S. V. Borràs, *Climate migration, gender and poverty*, in *Research handbook on global climate constitutionalism*, 2019, 216-234.

²⁵ A. Geddes, W.N. Adger, N.W. Arnell, R. Black, D.S.G. Thomas, *Migration, Environmental Change, and the 'Challenges of Governance'*, in *Environ. Plan. C Gov. Policy*, 2012, 30, 951-967.

²⁶ M. Waldinger, S. Fankhauser, *Climate Change and Migration in Developing Countries: Evidence and Implications for PRISE Countries*; ESRC Centre for Climate Change Economics and Policy, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, London, UK, 2015.

²⁷ R. Newman, I. Noy, *The global costs of extreme weather that are attributable to climate change*. *Nat Commun*, 14, 6103, 2023.

e i danni²⁸. Da allora, l'interesse è cresciuto e sempre più Paesi parlano di perdite e danni nei loro contributi nazionali.

Il concetto spesso rientra in due categorie: le perdite e i danni economici si riferiscono agli impatti negativi i cui costi sono quantificabili, come i danni alle infrastrutture o la riduzione dei raccolti. E le perdite e i danni non economici si riferiscono agli impatti negativi tipicamente più difficili da misurare in termini monetari o di mercato, come la perdita di cultura, lo spostamento e lo stile di vita. Questi tendono a essere più difficilmente riparabili e irreversibili.

Nelle decisioni adottate dalla Conferenza delle Parti per l'adozione dell'Accordo di Parigi si è chiesta la creazione di un gruppo di lavoro per affrontare la migrazione climatica: la *Task Force on Displacement*. L'obiettivo della *task force* è quello di sviluppare raccomandazioni per approcci integrati per prevenire, minimizzare e affrontare gli spostamenti legati agli impatti negativi dei cambiamenti climatici.

In Polonia (COP24), la *Task Force* sugli spostamenti ha presentato le *Raccomandazioni per approcci integrati per evitare, minimizzare e affrontare gli spostamenti legati agli impatti negativi dei cambiamenti climatici*. Queste Raccomandazioni, adottate alla COP24, esortano gli Stati a sviluppare strategie e legislazioni nazionali per rafforzare la preparazione, la pianificazione e le misure di emergenza al fine di trovare soluzioni sicure alla migrazione climatica.

Ciò significa *in primis* rendere operativo il nuovo «Fondo per le perdite e i danni»²⁹ destinato agli Stati più vulnerabili al clima, istituito nella Cop27 del 2022 di Sharm El Sheikh³⁰, che è stato reso operativo alla Cop28 di Dubai il 30 novembre 2023³¹.

La migrazione climatica non è nemmeno menzionata nei *Contributi Nazionali Determinati* (NDC), che sono l'impegno che gli Stati parte dell'Accordo di Parigi hanno adottato per raggiungere i loro obiettivi climatici a lungo termine³². Su un totale di 87 Paesi che hanno presentato i loro NDC rivisti o aggiornati nel 2020 o 2021, 25 (29%) includono una qualche forma di mobilità umana. Di questi, il 64% riguarda lo sfollamento, il 56% la migrazione e il 48% il trasferimento. La maggior parte di essi si trova in Sud America, seguita da Africa e Asia. Solo uno Stato Parte dell'Allegato I (la Russia) include un riferimento alla mobilità umana. Altri 10 Paesi hanno disposizioni specifiche per la ricollocazione, 8 per lo spostamento e 4 per la migrazione³³. Questo, tuttavia, non è il caso degli Stati membri dell'UE, che non include alcun riferimento a questo tema.

Nonostante questi dati siano ormai piuttosto noti e discussi, non esiste un quadro legale

²⁸ *Report of the Conference of the Parties on its nineteenth session, held in Warsaw from 11 to 23 November 2013. Addendum. Part two: Action taken by the Conference of the Parties at its nineteenth session, FCCC/CP/2013/10/Add.1, 31 Jan 2014. Decision 2/CP.19 Warsaw international mechanism for loss and damage associated with climate change impacts.*

²⁹ UNEP. *Loss and Damage: The Role of Ecosystem Services*; UNEP: Nairobi, Kenya, 2016; ISBN 978-92-807-3552-9.

³⁰ *Report of the Conference of the Parties on its twenty-seventh session, held in Sharm el-Sheikh from 6 to 20 November 2022. Addendum. Part two: Action taken by the Conference of the Parties at its twenty-seventh session, FCCC/CP/2022/10/Add.1, 17 Mar 2023. Decision 2/CP.27 Funding arrangements for responding to loss and damage associated with the adverse effects of climate change, including a focus on addressing loss and damage.*

³¹ *Draft decision* disponibile in <https://unfccc.int/documents/634215>. Il fondo sarà alimentato su base volontaria degli Stati.

³² L'articolo 4, paragrafo 2, dell'Accordo di Parigi prevede che ogni Parte prepari, comunichi e mantenga i successivi contributi determinati a livello nazionale che intende raggiungere. Le Parti devono adottare azioni di mitigazione nazionali per raggiungere gli obiettivi di tali contributi. Serie dei trattati delle Nazioni Unite, vol. 3156.

³³ SLYCAN Trust, *Briefing Note: Human Mobility in Nationally Determined Contributions*, June 2021, disponibile in <https://drive.google.com/file/d/1C1bz0aTFkSGAYrGQUB-qGzrtYXpLpf59/view>. Anche https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2022-06/EU_NDC_Submission_December%202020_0.pdf.

internazionale che affronti in modo completo e adeguato la questione: i migranti climatici non sono coperti dal sistema di protezione internazionale per i rifugiati che fuggono da persecuzioni o conflitti³⁴. Ne deriva che gli individui colpiti da degrado ambientale che sono costretti alla migrazione transfrontaliera hanno un accesso limitato alle tutele legali dei loro diritti umani e affrontano il rischio di espulsione nei Paesi di destinazione.

Il *Global Compact on Safe, orderly and regular migration*, sottoscritto dalla maggior parte degli Stati membri delle Nazioni unite nel 2018³⁵, afferma che i governi dei Paesi di accoglienza dovrebbero adoperarsi per proteggere i rifugiati climatici, elaborando opzioni di ricollocazione e visti pianificati. L'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile include i migranti come un gruppo particolarmente vulnerabile. Ad esempio, l'obiettivo 10.7. afferma che si tratta di: «facilitare una migrazione e una mobilità ordinate, sicure, regolari e responsabili, anche attraverso l'attuazione di politiche migratorie pianificate e ben gestite»³⁶.

Il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo dell'Unione Europea (UE) del 2020³⁷ annovera i disastri naturali e il cambiamento climatico tra le principali sfide capaci di incidere sulla migrazione. Ciononostante, anche questo recente strumento dell'UE non attribuisce uno status giuridico alle persone che fuggono dalle devastazioni ambientali.

2. La prospettiva giuridica e la necessità di un approccio transdisciplinare. Nella prospettiva del diritto internazionale, gli studiosi che si sono occupati del tema, oltre a richiedere nuove regole, si concentrano sulle argomentazioni per accedere ad interpretazioni evolutive ed estensive delle norme, che consentano di colmare la lacuna normativa³⁸. In assenza di una definizione giuridica, infatti, i migranti climatici continuano a non essere protetti né dal diritto internazionale, né dal diritto europeo³⁹. Tuttavia, benché sia giuridicamente accertato che questa categoria di persone subisca una violazione dei diritti umani⁴⁰, la strada dell'interpretazione molto difficilmente consente di includerli nella protezione legale riconosciuta ad esempio a chi fugge da guerre o persecuzioni⁴¹.

Il fenomeno in questo momento si esaurisce per lo più in spostamenti all'interno dei confini nazionali e solo in misura minore comporta anche attraversamento di frontiere. Tuttavia, quando il cambiamento climatico produce migrazione internazionale, non è facile

³⁴F. Biermann, I. Boas, *Preparing for a Warmer World: Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees*, in *Glob. Environ. Politics*, 2010, 10, 60–88.

³⁵ Disponibile in https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711_final_draft_0.pdf

³⁶ *Cit. Supra*.

³⁷ Comunicazione della Commissione, COM/2020/609 final, disponibile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0609>.

³⁸ G. Cundill, A. Singh, N. Adger, R. Safra, K. Vincent, M. Tebboth, A. Maharjan, *Toward a climate mobilities research agenda: Intersectionality, immobility, and policy responses*. *Global Environmental Change*, 69, 2019, 255-260; L. Kaelin, *Intersectional responses to climate-related migration*. *Journal of International Affairs*, 73(1), 2019, 255-260; L. Nishimura, *«Climate change migrants»: Impediments to a protection framework and the need to incorporate migration into climate change adaptation strategies*, in *International Journal of Refugee Law*, 27(1), 2015, 107-134; F. Biermann, I. Boas, *Climate change and human migration: Towards a global governance system to protect climate refugees*, in *Climate change, human security and violent conflict: challenges for societal stability*, 2012, 291-300; R. Leal-Arcas, *Climate migrants: Legal options*. *Procedia-social and behavioral sciences*, 37, 2012, 86-96; B. Mayer, *The international legal challenges of climate-induced migration: Proposal for an international legal framework*. *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y*, 22, 2011, 357; S. Borràs Pentinat, *Refugiados ambientales: el nuevo desafío del derecho internacional del medio ambiente*, in *Revista de derecho (Valdivia)*, 19(2), 85-108.

³⁹ Parlamento europeo, *The Concept of «Climate Refugee»: Towards a Possible Definition*; European Parliament: Brussels, Belgium, 2018.

⁴⁰ R. Leal-Arcas, *Climate migrants: Legal options*, in *Procedia-social and behavioral sciences*, 37, 2012, 86-96.

⁴¹ S. Borràs-Pentinat, *Buscando refugio: limitaciones y potencialidades político-jurídicas en el reconocimiento y protección de las migraciones ambientales*, in *Migraciones Medioambientales Environmental Migration*, 35, 2022.

riconoscere l'impatto del deterioramento ambientale come fattore cruciale e determinante di uno spostamento forzato, isolandolo da altri fattori che normalmente inducono alla mobilità volontaria, ad esempio le ragioni economiche⁴². Inoltre, applicando le categorie tradizionali della protezione internazionale dei migranti, è molto difficile accertare che il cambiamento climatico sia stato il fattore che ha costretto un individuo alla fuga.

Il diritto internazionale ha informato il diritto UE, che garantisce protezione analogamente insufficiente per questa categoria. Da questo punto di vista emerge una carenza circa l'impegno dell'UE a garantire il rispetto del principio di *non refoulement* (art. 78 TFUE) e dei diritti umani più in generale (art. 6, par. 3, TUE).

Residuano i diritti nazionali, che possono aumentare gli *standard* di protezione promananti dal livello europeo. Tuttavia, non si rintracciano nel contesto dei Paesi europei di riferimento strumenti normativi utilizzabili per questa situazione. Qualche intervento normativo in questa direzione si trova episodicamente in Paesi quali la Finlandia⁴³, la Svezia⁴⁴ e la Repubblica Ceca⁴⁵. I primi due Stati hanno però eliminato in un secondo momento ogni protezione legale alla categoria dei migranti climatici. La Repubblica Ceca prevede solo il non respingimento verso un Paese che ha subito una catastrofe naturale.

Illustrare quale possa essere la risposta a questa sfida complessa richiede senz'altro necessariamente un approccio multidisciplinare nell'ambito delle scienze giuridiche. Ma anche una prospettiva che tenga conto dei diversi livelli di governo produttivi di normative e politiche pubbliche risulta insufficiente a cogliere i molteplici aspetti sociali, culturali ed economici che il tema intreccia. Le implicazioni della questione investono infatti prospettive di vari ambiti sociali che richiedono di essere tenute in considerazione. L'approccio inter- e trans-disciplinare è fondamentale in questo contesto sia perché la sfida si situa all'intersezione di molteplici sfere, sia perché solo un approccio siffatto rende possibile esaminare cause spesso interconnesse, offrendo una visione più completa e integrata, e perseguire soluzioni efficaci innovative che richiedono una sintesi di conoscenze. In altri termini, un approccio transdisciplinare nello studio della migrazione climatica non è solo una necessità metodologica per affrontare la complessità del fenomeno, ma rappresenta anche un cambio di paradigma nel modo in cui conoscenze diverse vengono integrate e applicate per trovare soluzioni.

3. Il caso italiano: la rilevanza del diritto di asilo costituzionale. Molto significativo è quanto accaduto in Italia sul piano normativo: il d.l. n. 130/2020 (cd. decreto Lamorgese), convertito nella l. n. 173/2020, ha fornito - in modo avanguardistico nel quadro comparato - una protezione giuridica ai migranti ambientali⁴⁶. In particolare, nel TU Immigrazione,⁴⁷ l'art. 20 prevede misure di protezione temporanea da adottarsi in via residuale, anche in

⁴² T. Hummitzsch, *Climate change and migration: The debate on causality and the legal position of affected persons*, in *Focus Migr.*, 15, 2009, 1-9.

⁴³ Finish Aliens Act (301/2004, amendments up to 1152/2010 included).

⁴⁴ Swedish Aliens Act (2005:716), 29 settembre 2005. *Translation from Finnish Legally binding only in Finnish and Swedish Ministry of the Interior, Finland Aliens Act (301/2004; amendments up to 1163/2019 included.*

⁴⁵ S. Borràs-Pentinat, *Environmental refugees: Reshaping the borders of migration in the EU*, in *The European Union and Global Environmental Protection*, 109-131.

⁴⁶ N. Zorzella, *La nuova protezione speciale introdotta dal d.l. 130/2020. Tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2, 129, 2021; G. Conti, *La protezione umanitaria e il nuovo sistema di accoglienza e integrazione nel d. l. n. 130/2020*, in *federalismi.it*, 2020; S. Nicolosi, *Il nuovo sistema di protezione speciale introdotto dal d.l. 130/2020*, ivi; Id., *Il decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130 e il dilemma della protezione umanitaria alla luce del diritto internazionale ed europeo*, in *ADIM BLOG*, 2021; O. Makimov Pallotta, *La protezione temporanea per motivi umanitari nel nuovo sistema di tutela delle persone migranti in Italia*, in *ADIM BLOG*, 2019.

⁴⁷ D.lgs. n. 286/1998.

deroga alle condizioni legali di protezione per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità; l'art. 20-*bis* prevede il «permesso di soggiorno per calamità» che, rispetto alla normativa precedente, sembrava ampliare l'ambito di applicazione del precedente art. 20-*bis*, T.U. n. 286/98. Benché i concetti di «calamità» e «disastro naturale» aprissero problemi interpretativi, soprattutto con riferimento a coloro che si muovono in conseguenza di degrado ambientale a lenta insorgenza, come l'innalzamento del livello del mare o la salinizzazione delle falde acquifere, la normativa italiana poteva considerarsi pionieristica. La novella del 2020⁴⁸ eliminava infatti la necessità di dimostrare la situazione contingente ed eccezionale della calamità e il requisito della temporaneità di sei mesi del permesso di soggiorno, rinnovabili una sola volta, cosicché esso in questo caso poteva essere rinnovato senza un termine fisso, cioè finché fossero durate le condizioni di insicurezza nel Paese d'origine e, alla fine, diventare un visto di lavoro di più lunga durata. In questo modo, venivano rimosse le discriminazioni tra le diverse tipologie di migranti forzati.

Questo quadro legale ha avuto però vita breve. Il legislatore italiano ha fatto una drastica retromarcia rispetto alla precedente apertura legislativa con il d.l. n. 20/2023, noto alle cronache come «decreto Cutro», perché adottato l'indomani del naufragio dei migranti avvenuto in prossimità della costa calabrese. Il decreto-legge, convertito nella l. n. 50/2023, cancellando ogni precedente innovazione, ha esplicitato che la calamità deve essere «contingente ed eccezionale» e che il permesso di soggiorno di durata temporanea (sei mesi), non può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi lavorativi. Quest'ultima modifica dimostra ancora una volta la volatilità della normativa di livello nazionale applicabile al caso dei migranti climatici, che segue la contingenza dell'alternanza degli indirizzi politici di governo e non tiene conto della necessità di governare fenomeni epocali di lungo termine, certamente non arginabili da decisioni politiche di livello locale che si limitino a non considerare emergenze globali come quella ambientale.

La decisione del legislatore nazionale di disegnare stretti contorni al permesso di soggiorno per calamità, peraltro, si inquadra in un più ampio disegno che intenderebbe depotenziare la protezione umanitaria residuale prevista nel livello nazionale. Al di là della volontà del legislatore ordinario, occorrerà tuttavia verificare nel quadro italiano l'interpretazione giurisprudenziale delle norme, che dovrà tenere conto del diritto fondamentale di asilo, riconosciuto nel livello costituzionale dall'art. 10, c. 3, Cost., ed anche della nuova formulazione dell'art. 9 Cost., in combinazione con l'art. 32, c. 1, con riferimento alla dimensione costituzionale del diritto all'ambiente salubre. Ove non fosse possibile addivenire ad una interpretazione adeguatrice, le criticità del quadro normativo potrebbero essere portate di fronte alla Corte costituzionale con riferimento alla violazione dell'art. 10, c. 3, Cost.: il presupposto del diritto soggettivo fondamentale consistente nella negazione

⁴⁸ Confluita nell'art. 19, comma 1.1 del TU immigrazione, che stabiliva «Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti o qualora ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani. Non sono altresì ammessi il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine».

dell'«effettivo esercizio delle libertà democratiche» impone di considerare, almeno individualmente, l'effettiva sussistenza di condizioni di sopravvivenza.

4. La tutela dei diritti fondamentali nelle argomentazioni dei giudici. La domanda di protezione che raggiunge le istanze giudiziarie nei Paesi di ingresso ha talvolta prodotto decisioni che con argomentazioni piuttosto innovative tentano di tenere conto di questa nuova vulnerabilità. In particolare, il caso *Teitiota* deciso nel 2019 dal Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite⁴⁹ ha segnato un passo in avanti importante in questa dinamica giudiziaria, fornendo agganci argomentativi essenziali.

A questo proposito, il parere del 7 gennaio 2020 del Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani ai sensi del Protocollo opzionale al Patto internazionale sui diritti civili e politici sul caso *Teitiota contro Nuova Zelanda* ha riconosciuto esplicitamente che «senza una forte azione a livello nazionale e internazionale, gli effetti del cambiamento climatico negli Stati riceventi possono esporre gli individui a violazioni dei loro diritti ai sensi degli articoli 6 o 7 del Patto, mettendo in gioco gli obblighi di non respingimento degli Stati di origine. Inoltre, poiché il rischio che un intero Paese venga sommerso dalle acque è così estremo, le condizioni di vita in tale Paese possono diventare incompatibili con il diritto a una vita dignitosa prima che il rischio si concretizzi».

Il Comitato stabilisce i seguenti punti chiave per la riconcettualizzazione del principio di *non-refoulement*:

- l'obbligo giuridico generale imposto agli Stati parti del Patto, laddove si riferisce all'obbligo degli Stati parti di non estradare, deportare o espellere una persona dal proprio territorio, qualora vi siano fondati motivi per ritenere che vi sia un rischio reale di danno irreparabile, come quello contemplato dagli articoli 6 e 7 del Patto. Il rischio deve essere personale e non può derivare semplicemente dalle condizioni generali dello Stato ricevente, tranne nei casi più estremi;
- l'obbligo di non estradare, deportare o trasferire in altro modo ai sensi dell'art. 6 del Patto può essere più ampio e può richiedere la protezione di stranieri che non hanno diritto allo status di rifugiato;
- l'obbligo per gli Stati di consentire a tutti i richiedenti asilo che sostengono un rischio reale di violazione del loro diritto alla vita nel Paese di origine di accedere alle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato.

Creando questi obblighi in materia di diritti umani nel contesto del cambiamento climatico, il Comitato ribadisce l'interdipendenza tra gli Stati nel soddisfare i diritti sociali ed economici, nonché i diritti civili e politici, come il diritto alla vita.

La pronuncia del Comitato, infatti, è stata in taluni casi utilizzata dai giudici nazionali per accordare una tutela ai migranti ambientali che hanno subito l'impatto del degrado ambientale nel Paese di origine. Soprattutto i rimpatri sono stati considerati illegittimi, ove l'impatto sulla vita della situazione ambientale ha prodotto l'impossibilità di pieno godimento dei diritti umani⁵⁰.

⁴⁹ Ioane Teitiota v. New Zealand. CCPR/C/127/D/2728/2016, UN Human Rights Committee (HRC), 7 de enero de 2020. Disponibile in: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/127/D/2728/2016&Lang=en. S. Borràs, P. Villavicencio-Calzadilla, *El principio de no devolución en tiempos de emergencia climática. Una revisión necesaria para la protección del refugio y el asilo climático*, in *Revista española de derecho internacional*, Vol. 73, 2, 2021, 399-407.

⁵⁰ Cfr. ad es. Cour administrative d'appel de Bordeaux - 2ème chambre, 18 décembre 2020 / n° 20BX02193, n. 20BX02195: https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CAA_BORDEAUX_2020-12-18_20BX02193_dup#texte-integral.

Con la decisione n. 5022/2021, la Cassazione civile italiana ha messo in evidenza questo elemento nel suo ragionamento, in riferimento alla situazione del delta del Niger: la valutazione del pericolo non può tenere conto solo dei conflitti armati, ma va considerata in concreto una condizione idonea a ridurre i diritti fondamentali alla vita e all'autodeterminazione dell'individuo al di sotto di una soglia minima ineludibile. Più in particolare, secondo la Cassazione, «quando il giudice di merito ravvisi, in una determinata area, una situazione idonea a integrare un disastro ambientale, o comunque un contesto di grave compromissione delle risorse naturali cui si accompagni l'esclusione di intere fasce di popolazione dal loro godimento, la valutazione della condizione di pericolosità diffusa esistente nel Paese di provenienza del richiedente, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, va condotta con specifico riferimento al peculiare rischio per il diritto alla vita e all'esistenza dignitosa derivante dal degrado ambientale, dal cambiamento climatico o dallo sviluppo insostenibile dell'area».

Paesi che si trovano in condizioni di estremo degrado e cambiamento naturale come Nigeria o Costa d'Avorio non possono dunque essere considerati Paesi sicuri in termini generali ed astratti, almeno con riferimento alle condizioni ambientali. Anche Paesi come il Bangladesh e il Pakistan sono evidentemente paesi di emigrazione di massa in ragione dell'impatto di fattori ambientali, che vanno considerati. Un approfondimento particolare può essere fatto anche sul caso dell'America Latina, che rappresenta una delle aree geografiche più vulnerabili rispetto agli effetti dei cambiamenti climatici, che provocano eventi sia improvvisi, che gradualmente. Qui il nesso tra migrazioni e ambiente è un fenomeno che raccoglie crescente attenzione da parte dei decisori pubblici. Alcuni Stati, soprattutto a partire dalla crisi Haitiana del 2010, hanno iniziato ad adottare norme che riconoscono protezione sussidiaria nei confronti dei migranti ambientali. Inoltre, la definizione ampia di rifugiato contenuta nella *Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati* (1984)⁵¹ – incorporato in 15 ordinamenti – potrebbe prestarsi ad una interpretazione evolutiva.

Una ulteriore decisione dell'UNHRC intervenuta nel 2022⁵² sembra essere particolarmente significativa, in termini di nuove argomentazioni che potranno confluire anche nelle decisioni dei giudici nazionali: il Comitato ha condannato l'Australia per non avere protetto adeguatamente gli indigeni delle isole Torres dagli impatti negativi dei cambiamenti climatici, violando così i loro diritti di godere della loro cultura e di essere liberi da interferenze arbitrarie con loro vita privata, famiglia e casa. Le Isole dello Stretto di Torres sono infatti particolarmente vulnerabili agli effetti della crisi climatica e soggette a condizioni meteorologiche estreme, come tempeste e tifoni, ma anche a fenomeni permanenti come l'innalzamento del livello del mare, la salinizzazione delle acque dolci e l'erosione, che rappresentano una grave minaccia per le popolazioni indigene. Tale situazione impedisce infatti ai popoli che abitano quelle isole da 70.000 anni di praticare l'agricoltura e la pesca tradizionali e di garantirsi il sostentamento vitale.

La mancata protezione, nonostante l'avvio di costruzione di dighe, ad avviso del Comitato,

⁵¹ Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Adoptada por el *Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios*, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre 1984. Cartagena, Colombia. Disponibile in: www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0008.

⁵² <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhstmuIju%2F14z6o8I4G3YTJP7zTkztF46bmE3ilRFbvidB3GXW8LzKWzG4gM9vziiI3%2FVQX4dUpqqHLnHGa78RQVA%2BPD28AmHIJR3lQH3kdJAl3v0AufdZYBmKguYDYVmuQ%3D%3D>.

ha implicato la violazione dell'*Patto internazionale sui diritti civili e politici*⁵³: la decisione ha sottolineato la necessità di ulteriori misure tempestive e appropriate per scongiurare un rischio per le vite degli isolani, poiché senza robusti sforzi nazionali e internazionali, gli effetti del cambiamento climatico possono esporre gli individui a una violazione del loro diritto alla vita ai sensi del Patto.

Il Comitato ha deciso che lo Stato australiano debba risarcire gli indigeni isolani per il danno subito, avviare consultazioni significative con le loro comunità per valutare i loro bisogni e adottare misure per continuare a garantire l'esistenza sicura delle comunità nelle rispettive isole.

In questo continente, particolarmente ricco di arcipelaghi la cui sopravvivenza nel breve periodo è minacciata dall'innalzamento del livello dei mari, nel novembre 2023 è intervenuto il primo accordo internazionale in materia di accoglienza per crisi climatica⁵⁴. L'accordo è tra l'Australia e le isole Tuvalu nell'oceano Pacifico, che accolgono 11.000 abitanti minacciati nella loro sopravvivenza sulle isole⁵⁵. Il Paese si è impegnato ad accogliere gli sfollati, garantendo un percorso speciale di mobilità, residenza e cittadinanza, ma anche a finanziare le strategie di adattamento alle crisi climatiche. L'accordo, che ha anche oneri di difesa da minacce promananti da Paesi terzi, è maturato a seguito di un accordo di sicurezza tra Cina e Isole Salomone, per contenere l'espansione della Cina nell'area.

5. La necessità di una prospettiva di genere. La prospettiva giuridica nel suo complesso, al di là di episodici interventi, sembra allo stato non in grado di tutelare le persone che si spostano a causa di fattori ambientali riconducibili a fenomeni di cambiamento del clima. Allo stesso tempo, una nuova categoria di rifugio sembra difficile da introdurre. Queste sono le ragioni che giustificano la ricerca collettiva pluridisciplinare introdotta da questo scritto. Per quanto riguarda la prospettiva di genere, essa è legata alla Raccomandazione generale n. 37 del Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, intitolata *Dimensioni di genere della riduzione del rischio di disastri nel contesto del cambiamento climatico*. Questa raccomandazione ricorda l'obbligo degli Stati di «[...] garantire che tutte le politiche, le leggi, i piani, i programmi, i bilanci e le altre attività relative alla riduzione del rischio di catastrofi e ai cambiamenti climatici siano sensibili al genere e guidati da principi basati sui diritti umani», dando priorità ai gruppi di donne e ragazze più emarginati, «[...] come le donne sfollate all'interno del Paese, le donne apolide, le rifugiate, le richiedenti asilo e le donne migranti», come precedentemente richiesto dal Consiglio dei diritti umani⁵⁶. In base a questo obbligo, gli Stati potrebbero promuovere e rafforzare l'estensione dell'obbligo di non respingimento alla migrazione climatica da una prospettiva di genere, tenendo conto del rischio reale di danni legati al clima e di violenza di genere al momento del ritorno, dove le donne si trovano ad affrontare situazioni particolarmente vulnerabili, costituendo un gruppo sociale colpito da persecuzioni e stupri basati sul genere⁵⁷.

In occasione della sua 50^a sessione ordinaria, tenutasi dal 13 giugno all'8 luglio 2022, il

⁵³ *International Covenant on Civil and Political Rights*, Mar. 23, 1976, 999 U.N.T.S. 171, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?chapter=4&clang=_en&mtdsno=V-4&src=IND.

⁵⁴ Cfr. il comunicato stampa in <https://www.pm.gov.au/media/joint-statement-falepili-union-between-tuvalu-and-australia>.

⁵⁵ Cfr. il dossier su *The guardian*: <https://www.theguardian.com/world/2023/jun/27/tuvalu-climate-crisis-rising-sea-levels-pacific-island-nation-country-digital-clone>.

⁵⁶ Human Rights Council (HRC), *Human Rights and Climate Change*, Res. A/HRC/RES/38/4, 2018, available at: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/38/4.html.

⁵⁷ *United Nations Development Programme (UNDP) and Global Gender and Climate Alliance, Overview of linkages between gender and climate change*, New York, UNDP, 2016, 1-8.

Consiglio dei diritti umani ha affrontato il tema del cambiamento climatico come fenomeno che aumenta le violazioni dei diritti delle donne e delle ragazze. In particolare, ha affrontato il tema della migrazione climatica come situazione che espone le donne e le ragazze a un rischio ancora maggiore di violenza. In seguito a questa sessione del Consiglio dei diritti umani, il nuovo Relatore speciale sulla promozione e la protezione dei diritti umani nel contesto dei cambiamenti climatici ha presentato il suo primo rapporto al Consiglio, in conformità con la risoluzione 48/14 del Consiglio⁵⁸. Il Relatore speciale ha assunto il suo mandato il 1° maggio 2022 e in questo primo rapporto lo spostamento climatico è presentato come una delle priorità del suo mandato. Nello specifico, il Relatore speciale afferma che la priorità sarà quella di affrontare «[...] le implicazioni per i diritti umani dello spostamento dovuto ai cambiamenti climatici, compresa la protezione legale delle persone sfollate attraverso i confini internazionali».

In questo rapporto, il relatore riconosce che il genere, insieme ad altre caratteristiche personali come l'età, la disabilità o lo stato di salute, rappresentano un rischio aggiuntivo di violazione dei diritti umani quando si attraversano le frontiere internazionali. Inoltre, propone anche una risposta legale alla realtà dei migranti climatici che non hanno accesso alle opzioni di migrazione regolare, ma sono costretti a lasciare i loro Paesi d'origine a causa di disastri e degli effetti negativi del cambiamento climatico. In altre parole, raccomanda l'elaborazione di un protocollo opzionale alla Convenzione sui rifugiati per proteggere i diritti umani delle persone sfollate attraverso i confini internazionali a causa dei cambiamenti climatici.

Si tratta di un annuncio opportuno in risposta all'attuale vuoto normativo che lascia tante persone in tutto il mondo a dover affrontare gli effetti del cambiamento climatico, in particolare donne e ragazze, tra gli altri gruppi vulnerabili⁵⁹. In effetti, in questo rapporto, il Relatore speciale evidenzia che attualmente ci sono 84 milioni di persone sfollate con la forza in tutto il mondo e che le persone lesbiche, gay, bisessuali, *transgender* e con differenze di genere sono particolarmente vulnerabili ed emarginate.

Per questo motivo, l'obiettivo di questa ricerca collettiva, nel contesto giuridico che si è descritto, è quello di sviluppare un'analisi complessiva e innovativa della migrazione indotta dai cambiamenti climatici nell'UE, generando conoscenze critiche e sociali per rispondere a una sfida sociale urgente e complessa. Lo studio coinvolge differenti ambiti giuridici e le aree storica e sociologica.

Approfondendo questi aspetti, emerge con chiarezza un impatto differenziato del fenomeno sui diversi generi. In particolare, si consideri che le donne che rappresentano l'80% degli sfollati ambientali⁶⁰. La risposta del diritto dovrebbe dunque tenere conto della differenza di genere che emerge dalla realtà e della necessità peculiare di protezione giuridica delle donne coinvolte in questo fenomeno. La migrazione femminile, cui sarà dedicato un *focus* particolare, infatti si scontra ancora spesso con la censura, le leggi patriarcali o la mancanza di diversità o uguaglianza nei paesi di origine e persino di destinazione. Obiettivo di questa ricerca è anche fornire ai *decision-makers* uno strumento per migliorare il diritto in essere e le politiche, tenendo maggiormente in considerazione le specificità di genere connesse con le istanze della

⁵⁸ Human Rights Council (HRC), *Initial planning and vision for the mandate Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights in the context of climate change*, Ian Fry, *Fiftieth session*, 24 June 2022, Res. A/HRC/50/39.

⁵⁹ Care International, *Evicted by Climate Change: Confronting the Gendered Impacts of Climate-Induced Displacement*, 2020, See at (<https://careclimatechange.org/wp-content/uploads/2020/07/CARE-Climate-Migration-Report-v0.4.pdf>).

⁶⁰ United Nations Development Programme (UNDP) and Global Gender and Climate Alliance, *Overview of linkages between gender and climate change*, New York: UNDP, 2016, 1-8.

giustizia ambientale.

Abstract. Questo saggio, elaborato nell'ambito del progetto CLIMOVE finanziato dal programma Horizon 2020 dell'UE, introduce un dossier di studi sul tema della migrazione climatica. A partire da alcuni dati emergenti dai rapporti più aggiornati, anzitutto le Autrici evidenziano la necessità di un approccio innovativo transdisciplinare, adeguato ad affrontare la complessità di una sfida di dimensione crescente, superando le tradizionali barriere tra le scienze sociali e integrando una prospettiva di genere nell'analisi e nella risposta.

Il contesto italiano è citato come esempio concreto delle modalità attraverso le quali un Paese si sta confrontando con questa sfida attraverso l'iniziativa legislativa. Tuttavia, in questo momento, nell'assenza di protezione internazionale, la tutela dei diritti umani fondamentali implicati si concentra in prevalenza sulle argomentazioni elaborate dai giudici nel contesto di decisioni su vicende individuali. Questa giurisprudenza, pur portatrice di importanti novità, non è sufficiente a garantire una protezione legale dei migranti climatici forzati.

Abstract. This essay is developed within the framework of the CLIMOVE project funded by the EU's Horizon 2020 program. It introduces a compendium of studies on the theme of climate migration. Drawing upon data from the most recent reports, the Authors first and foremost underline the need for an innovative transdisciplinary approach, capable of addressing the complexity of an increasingly significant challenge, incorporating a gender perspective in the analysis and proposals.

The Italian context is cited as a concrete example of the ways in which a country is facing with this challenge through legislative initiative. However, in the current gap of international legal protection, the safeguarding of the fundamental human rights involved predominantly hinges on the arguments developed by judges in the context of decisions on individual cases. While this case-law brings important innovation, it is not sufficient to ensure legal protection for forced climate migrants.

Parole chiave. Cambiamento climatico – tutela dei diritti fondamentali – diritto di asilo – rifugio politico – migrazione.

Key Words. climate change – fundamental rights – asylum seekers – climate migration – climate migrants.

LA TUTELA DEI MIGRANTI AMBIENTALI NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA: L'IMPATTO DEI RECENTI SVILUPPI DELLA PRASSI GIURISPRUDENZIALE NAZIONALE E INTERNAZIONALE *

di Federica Passarini**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. La protezione dei migranti ambientali nella politica comune di asilo e immigrazione dell'Unione europea. – 2.1. Lo *status* di rifugiato. – 3. Gli sviluppi del principio di *non refoulement* nella prassi giurisprudenziale nazionale e internazionale e la tutela dei migranti ambientali. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione. I disastri connessi a eventi naturali avversi e il grave inquinamento ambientale possono in vario modo costringere le persone a migrare verso altre regioni o verso altri Stati¹. In taluni casi, questi fenomeni minacciano in maniera diretta la vita e la salute degli individui e li inducono a lasciare i loro territori. In altri casi, le calamità naturali e il degrado ambientale impediscono alle comunità colpite di avere accesso al cibo, all'acqua e alle cure mediche o di svolgere le attività da cui traggono il loro sostentamento così da spingerle a migrare per soddisfare i loro bisogni essenziali².

Da sempre le condizioni ambientali e climatiche incidono sulla scelta di gruppi di individui di lasciare il loro Paese. Tuttavia, si stima che nei prossimi anni i flussi migratori connessi a fattori ambientali e climatici aumenteranno in maniera significativa a causa del crescente deterioramento dell'ambiente e degli effetti dei cambiamenti climatici³.

Di fronte a questo scenario, nell'ultimo decennio è cresciuto il dibattito in dottrina e in vari fori internazionali circa l'eventuale esistenza di un obbligo in capo agli Stati di garantire il

* *Sottoposto a referaggio*. Questo contributo fa parte del dossier di studi *La sfida della migrazione climatica*, a cura di Susana Borrás Pentinat e Angela Cossiri ed è frutto del Progetto CLIMOVE, finanziato dal programma di ricerca e innovazione Horizon 2020 dell'Unione Europea con l'accordo di sovvenzione Marie Skłodowska-Curie (H2020-MSCA-IF-2020) n. 101031252 dell'Università degli Studi di Macerata (Italia). Gli articoli riflettono solo il punto di vista degli autori e la REA non è responsabile dell'uso che può essere fatto delle informazioni in esso contenute.

** Ricercatrice t.d., lett. a), in Diritto internazionale – Università della Tuscia.

¹ Cfr. Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM), *Discussion note: Migrants and the environment*, MC/INF/288, 2007, 94° sessione, 2 ss.

² Cfr. F. Gaudiosi, *Environmental migrants: UN recent and "soft" sensitivity v. EU deafening silence in the New European Pact on Migration and Asylum*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2, 2021, 152. Un'ulteriore ragione per cui il degrado ambientale e i cambiamenti climatici possono spingere gli individui a migrare consiste nel fatto che tali fenomeni possono essere all'origine dello scoppio di conflitti. Si veda al riguardo V. Koubi, T. Bohmelt, G. Spilker, L. Schaffer, *The determinants of environmental migrants' conflict perception*, in *International Organization*, 4, 2018.

³ Cfr. G. Morgese, *Environmental Migrants and the EU Immigration and Asylum Law: Is there any Chance for Protection?*, in G. C. Bruno, F. M. Palombino, V. Rossi (a cura di), *Migration and the Environment – Some reflections on Current Legal Issues and Possible Ways Forward*, Roma, 2017, p. 48; OIM, *Climate change and human mobility – Quantitative evidence on global historical trends and future projections*, 2023.

diritto di asilo ai migranti che fuggono da condizioni ambientali avverse⁴.

Come è noto, il diritto internazionale prevede forme di tutela soltanto per categorie limitate di migranti, vale a dire i rifugiati così come definiti dall'art. 1A della Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato⁵ e coloro che in caso di rimpatrio correrebbero un rischio concreto per la loro vita e per la loro integrità fisica⁶. Tali individui sono considerati meritevoli della protezione internazionale, perché costretti a migrare per salvare la loro vita. Il diritto internazionale invece non tutela chi lascia il proprio Paese per ragioni prevalentemente economiche⁷.

Anche la politica comune di asilo e immigrazione dell'Unione europea protegge gruppi limitati di persone, quali i rifugiati⁸, coloro che rientrano nelle categorie tutelate dalla protezione sussidiaria⁹ e i beneficiari della protezione temporanea¹⁰.

Tra i gruppi di migranti protetti in maniera specifica dal diritto internazionale e dal diritto dell'Unione europea non vi rientrano invece quelli che lasciano il loro Paese per ragioni legate al contesto ambientale. Ciò si deve principalmente alla difficoltà di identificare criteri astratti e generali volti a circoscrivere questa emergente categoria di migranti¹¹.

L'assenza di appositi strumenti giuridici espone i migranti ambientali al rischio di essere respinti nonostante nei Paesi di rimpatrio vi sia una situazione di degrado ambientale tale da impedire loro di godere in maniera effettiva dei diritti fondamentali¹².

Onde evitare un tale esito, di recente è emersa una tendenza a livello nazionale e internazionale volta a proteggere i migranti ambientali tramite l'applicazione del principio di *non refoulement* derivante dalle norme sui diritti umani. A livello sovranazionale, invece, l'Unione europea non sembra disporre di strumenti adeguati a rispondere ai fenomeni

⁴ Cfr. OIM, *supra* nota 1; UNHCR, *High Commissioner's Dialogue on Protection Challenges: Breakout Session 1: Gaps in the International Protection Framework and its Implementation: Report by the Co-Chairs*, 2010, p. 3; UNHCR, *Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change Normative Gaps and Possible Approaches*, PPLA/2012/01, 2012. In dottrina cfr. J. McAdam, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, Oxford, 2012; B.C. Mank, J. Jackson, *Climate change and displacement: Multidisciplinary perspectives*, in *Human Rights Quarterly*, 1, 2012, 267 ss.; G. Dal Ben, *Judicial trajectories in the recognition of environmental migrants*, in *University of Bologna Law Review*, 1, 2023; S. Katsoni, J. Graf, *The future of "Climate Refugees" in international law*, in *Völkerrechtsblog*, 5 giugno 2021.

⁵ Convenzione relativa allo status di rifugiato, adottata il 28 luglio 1951, entrata in vigore il 22 aprile 1954, art. 1A: lo status di rifugiato va riconosciuto a chiunque «nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi».

⁶ Si parla a tal proposito di protezione complementare. Cfr. J. McAdam, *supra* nota 4, 52 ss.

⁷ Sulle criticità sollevate dalla distinzione tra migrazioni forzate e volontarie e sull'esigenza di superare tale distinzione cfr. G. Cataldi, *La distinzione tra rifugiato e migrante economico: una dicotomia da superare?*, in G. Nesi (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?*, Napoli, 2018, 585 ss.; A. Del Guercio, *Migrazioni connesse con disastri naturali, degrado ambientale e cambiamento climatico: sull'ordinanza n. 5022/2020 della Cassazione italiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2021, 522.

⁸ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (Direttiva qualifiche), art. 2, lett. d).

⁹ Ivi, art. 2, lett. f).

¹⁰ Direttiva 2001/55/CE del Consiglio del 20 luglio 2001 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi (Direttiva protezione temporanea).

¹¹ Cfr. G. Morgese, *supra* nota 3, 48.

¹² In dottrina, a favore dell'adozione di strumenti giuridici specifici per la tutela dei migranti ambientali si veda Ivi, 73.

migratori connessi a fattori ambientali¹³.

Il presente contributo mira a rilevare le principali sfide che i recenti sviluppi della prassi giurisprudenziale nazionale e internazionale in tema di tutela dei migranti ambientali pongono o possono porre alla politica comune di asilo e immigrazione dell'Unione europea. Tale indagine risulta necessaria per due ordini di ragioni. In primo luogo, dal punto di vista giuridico, si nota come la politica comune di asilo e immigrazione dell'Unione europea sia regolata dai principi di non respingimento¹⁴ e di rispetto dei diritti umani¹⁵. Pertanto, l'eventuale consolidamento della prassi che applica il divieto di respingimento derivante dalle norme sui diritti umani ai migranti ambientali può avere un impatto sulla validità degli atti dell'Unione europea in materia di asilo e immigrazione. In secondo luogo, dal punto di vista politico, l'atteggiamento remissivo dell'Unione europea rispetto alla tutela dei migranti ambientali può mettere in discussione il ruolo dell'organizzazione come attore principale nella tutela dei diritti umani dei migranti.

L'analisi si suddivide in tre parti. Nella prima parte (par. 2) si esaminerà la politica comune di asilo e immigrazione dell'Unione europea al fine di stabilire se e in che misura essa possa offrire protezione ai migranti ambientali. Il paragrafo successivo (par. 3) è volto a mettere in luce i recenti sviluppi della prassi giurisprudenziale nazionale e internazionale a favore della tutela dei migranti ambientali. Nel paragrafo conclusivo (par. 4) si rileveranno le sfide che tale prassi pone alla politica comune di asilo e immigrazione dell'Unione europea e verranno avanzate alcune ipotesi sugli sviluppi che potrebbero (o dovrebbero) interessare il diritto dell'Unione europea in materia di tutela dei migranti ambientali.

Dato che non vi è una definizione giuridica condivisa di migrante ambientale, è opportuno precisare che in questo contributo si adotterà la definizione fornita dall'Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM) secondo cui i migranti ambientali sono coloro che «*predominantly for reasons of sudden or progressive change in the environment that adversely affects their lives or living conditions, are obliged to leave their habitual homes, or choose to do so, either temporarily or permanently, and who move either within their country or abroad*»¹⁶. Si adotta tale nozione in quanto essa è sufficientemente ampia da includere la molteplicità di individui che in vario modo possono essere costretti a migrare per ragioni legate all'ambiente.

2. La protezione dei migranti ambientali nella politica comune di asilo e immigrazione dell'Unione europea. In assenza di strumenti giuridici di diritto dell'Unione europea che prevedono una tutela specifica a favore dei migranti ambientali, ci si chiede se l'eventuale obbligo degli Stati membri di accogliere questi individui possa derivare dalle norme sovranazionali esistenti¹⁷.

Come già accennato, la politica comune di asilo e immigrazione dell'Unione europea offre tutela ai beneficiari dello *status* di rifugiato, della protezione sussidiaria e della protezione temporanea. L'indagine condotta in questa sezione si limiterà a prendere in considerazione questi tre istituti rispetto ai quali le legislazioni degli Stati membri sono armonizzate, mentre

¹³ F. Gaudiosi, *supra* nota 2, p. 158; L. Wirthová, *Addressing environmental migration in the European Union discourse*, in *UCL Open*, 2023; C. Scissa, *The climate changes, should EU migration law change as well?: insights from Italy*, in *European Journal of Legal Studies*, 1, 2022.

¹⁴ Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, adottato il 25 marzo 1957, entrato in vigore il 1° gennaio 1958, ultima versione del 26 ottobre 2012, art. 78, par. 1.

¹⁵ Cfr. U. Villani, *I principi della politica di asilo e d'immigrazione dell'Unione e il rischio di 'Fortezza Europa'*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2, 2023, 5 ss.

¹⁶ OIM, *supra* nota 1, 6.

¹⁷ Al riguardo si veda altresì G. Morgese, *supra* nota 3; M. Mayrhofer e M. Ammer, *People Moving in the Context of Environmental Change: the Cautious Approach of the European Union*, in *European Journal of Migration and Law*, 3, 2014, 405 ss.

non si esamineranno gli strumenti la cui attuazione è lasciata alla discrezionalità degli Stati membri¹⁸.

2.1. Lo status di rifugiato. I requisiti per l'attribuzione dello *status* di rifugiato sono indicati dalla direttiva qualifiche (direttiva 2004/83/CE, rifiuta nella direttiva 2011/95/UE)¹⁹ all'art. 2, lett. d), che riprende la nozione di rifugiato contenuta nella Convenzione di Ginevra del 1951²⁰. Ai sensi della direttiva qualifiche, il rifugiato è qualunque «cittadino di un paese terzo il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza a un determinato gruppo sociale, si trova fuori dal paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto paese».

In astratto, non è da escludere che ai migranti ambientali possa essere attribuito lo *status* di rifugiati²¹. Gli effetti catastrofici delle calamità naturali e le conseguenze del grave inquinamento ambientale infatti possono minacciare la vita e l'integrità fisica di un individuo al pari di un atto persecutorio. Tuttavia, si tratta di una possibilità alquanto ridotta. Il principale ostacolo risiede nella prova dell'intento persecutorio. Per ottenere la qualifica di rifugiato, il migrante ambientale dovrebbe provare che le autorità statali hanno causato il danno ambientale con l'obiettivo di colpirlo in ragione della sua razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza a un determinato gruppo sociale²². Si tratta di un onere probatorio difficile da soddisfare, poiché gli effetti del degrado ambientale e dei fenomeni naturali tendono a riguardare una molteplicità di persone in maniera indistinta²³.

Si possono ad ogni modo immaginare alcuni casi in cui il migrante ambientale può beneficiare dello *status* di rifugiato. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il richiedente asilo dimostri che la negligenza delle autorità statali nell'adottare misure di prevenzione dei disastri in un'area particolarmente vulnerabile alle calamità naturali sia un atto di persecuzione ai danni degli abitanti di quella zona in quanto appartenenti a minoranze etniche o religiose. Si pensi altresì al caso in cui, a seguito di un disastro di origine naturale o antropica, lo Stato lasci le comunità colpite prive di assistenza in ragione della loro razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza a un determinato gruppo sociale.

In ogni caso, quelle appena viste sono situazioni di carattere eccezionale e in cui il contesto di degrado ambientale ha una rilevanza secondaria.

2.2. La protezione sussidiaria. Poco spazio sembra esservi per la tutela dei migranti ambientali anche nell'altro *status* regolato dalla direttiva qualifiche, ossia la protezione sussidiaria. Si tratta di una forma di protezione complementare a quella prevista per i rifugiati. Essa si applica nei casi in cui non sono soddisfatte le condizioni per conferire lo *status* di rifugiato e il rimpatrio esporrebbe l'individuo «al rischio effettivo di subire un grave danno»²⁴. Le ipotesi di grave danno sono individuate in maniera tassativa dalla direttiva. Esse sono la

¹⁸ Per una loro analisi si veda G. Morgese, *supra* nota 3, 56 ss.

¹⁹ Direttiva qualifiche, *supra* nota 8. Per un'analisi di tale direttiva si veda G. Morgese, *La direttiva 2011/95/UE sull'attribuzione e il contenuto della protezione internazionale*, in *La Comunità Internazionale*, 2, 2012.

²⁰ Convenzione relativa allo status di rifugiato, *supra* nota 5, art. 1A.

²¹ Cfr. UNHCR, *Legal considerations regarding claims for international protection made in the context of the adverse effects of climate change and disasters*, 2020, 3 ss.; A. Del Guercio, *supra* nota 7, p. 522. Sull'applicazione dello *status* di rifugiato ai migranti ambientali si veda altresì P. Mercure, *In search of legal status for crossborder environmental migrants: the issue of the refugee concept*, in *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 1, 2006; G. Sciacaluga, *International law and the protection of "climate refugees"*, Cham, 2020.

²² G. Morgese, *supra* nota 3, 51.

²³ *Ibid.*

²⁴ Direttiva qualifiche, art. 2, lett. f).

condanna alla pena capitale o la sua esecuzione (art. 15, lett. a)), l'assoggettamento a tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante (art. 15, lett. b)) e, infine, la minaccia grave e individuale alla vita di un civile derivante da una situazione di violenza indiscriminata generata da un conflitto armato (art. 15, lett. c)).

Tra queste tre ipotesi, quella che offre ragionevoli possibilità di tutela ai migranti ambientali è la seconda. Ciò si deve soprattutto alla recente tendenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea a interpretare in maniera estensiva il divieto di tortura o di altri trattamenti inumani o degradanti. In passato, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ravvisava un atto di tortura o di trattamento inumano o degradante soltanto in presenza di un'azione diretta e intenzionale delle autorità statali²⁵. Tale approccio avrebbe pressoché impedito l'applicazione della protezione sussidiaria alle ipotesi di flussi migratori connessi a fattori ambientali. Sarebbe stato infatti arduo per il richiedente asilo provare che i gravi danni subiti a causa del degrado ambientale erano il frutto di una specifica intenzione delle autorità statali. Recentemente però, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha mutato il suo orientamento e ha riconosciuto che, in casi eccezionali, la fattispecie della tortura o di altri trattamenti inumani o degradanti può sussistere anche se non è ravvisabile un atto diretto e intenzionale delle autorità statali. In particolare, nel caso *Abubacarr Jawo c. Bundesrepublik Deutschland* la Corte ha concesso la protezione sussidiaria ai sensi dell'art. 15, lett. b), a un richiedente asilo che in caso di rimpatrio si sarebbe trovato in condizioni di povertà estrema al punto da non poter soddisfare i suoi bisogni essenziali²⁶. In questo modo, la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è uniformata all'interpretazione del divieto di tortura e di altri trattamenti inumani o degradanti data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU). Quest'ultima infatti ha riconosciuto in varie occasioni che l'esistenza di condizioni umanitarie particolarmente critiche possa di per sé essere sufficiente a integrare la fattispecie della tortura o dei trattamenti inumani o degradanti²⁷.

Così interpretata, la norma che vieta la tortura e altri trattamenti inumani o degradanti può essere applicata a varie ipotesi di migrazioni dovute a fattori ambientali. Ad esempio, può accadere che una situazione di grave degrado ambientale o un fenomeno naturale ricorrente getti il Paese di origine del migrante in una condizione di profonda povertà tale per cui il migrante, se espulso, non potrebbe soddisfare le sue esigenze minime per condurre un'esistenza dignitosa. In tale ipotesi, la situazione di grave compromissione dei diritti umani che integra la fattispecie del trattamento inumano o degradante è causata dal contesto di deterioramento ambientale esistente nel Paese di provenienza del migrante. Un riconoscimento, seppur minimo, dell'impatto che il degrado ambientale può avere sulle condizioni umanitarie di un Paese si è avuto nella sentenza della Corte EDU relativa al caso *Sufi ed Elmi c. Regno Unito*²⁸. In questa circostanza la Corte ha rilevato come alla condizione di povertà della Somalia avesse contribuito la siccità ricorrente, sebbene la causa principale delle preoccupanti condizioni umanitarie in cui lo Stato si trovava fosse il conflitto armato²⁹. L'interpretazione estensiva del divieto di tortura o di altri trattamenti inumani o degradanti

²⁵ In tal senso si veda Corte di Giustizia dell'Unione europea (Corte Giust.), causa C-542/13, *Mohamed M'Bodj c. État Belge*, sentenza del 18 dicembre 2014, punto 41; Corte Giust., causa C-353/16, *MP c. Secretary of State for the Home Department*, sentenza del 24 aprile 2018, punto 51.

²⁶ Corte Giust., causa C-163/17, *Abubacarr Jawo c. Bundesrepublik Deutschland*, sentenza del 19 marzo 2019, punto 92. Si veda altresì Corte Giust., causa C-255/19, *Secretary of State for the Home Department c. OA*, sentenza del 20 gennaio 2021, punto 51.

²⁷ Corte EDU, ricorso n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, sentenza del 21 gennaio 2011, par. 253; Corte EDU, ricorso n. 26565/05, *N. c. Regno Unito*, sentenza del 27 maggio 2008, par. 43; Corte EDU, ricorso n. 8319/07, *Sufi ed Elmi c. Regno Unito*, sentenza del 28 giugno 2011, par. 282.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

apre quindi alla possibilità di concedere la protezione sussidiaria ai migranti ambientali. Si tratta però di una possibilità limitata a casi eccezionali. Infatti, la Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte EDU ritengono che, in assenza di un atto diretto e intenzionale delle autorità statali, la fattispecie della tortura o di altri trattamenti inumani o degradanti sussista solo se il livello di compromissione delle condizioni umanitarie nel Paese di rimpatrio del migrante superi una soglia di gravità particolarmente elevata³⁰. Guardando alla giurisprudenza delle due corti, sembrerebbe che la protezione sussidiaria possa essere concessa al migrante ambientale nella sola ipotesi in cui l'evento naturale o il degrado ambientale esistente nello Stato di origine abbia reso impossibile l'accesso al cibo, all'acqua, alle cure mediche e a un alloggio adeguato³¹.

Così interpretata e applicata, la protezione sussidiaria non sembra essere idonea a garantire un'adeguata tutela ai migranti ambientali. Innanzitutto, il migrante è tenuto a soddisfare un onere probatorio particolarmente gravoso. In secondo luogo, la protezione sussidiaria non si applicherebbe ai migranti che fuggono dai Paesi più esposti alle conseguenze dei cambiamenti climatici. In questi Paesi infatti le condizioni umanitarie non sono ancora del tutto compromesse, ma è prevedibile che si giungerà a tale livello di intollerabilità nel prossimo futuro, quando si manifesteranno gli effetti più gravi dei cambiamenti climatici³².

2.3. La protezione temporanea. La direttiva 2001/55/CE relativa alla concessione della protezione temporanea³³ si applica in caso di afflusso massiccio di persone che sono costrette a lasciare il loro Paese e che non possono farvi ritorno in condizioni sicure³⁴. In particolare, la direttiva fa riferimento alle ipotesi in cui nel Paese di origine dei migranti sia in corso un conflitto armato o vi siano violazioni sistematiche e generalizzate dei diritti umani³⁵.

Senza dubbio la protezione temporanea può essere concessa ai migranti che fuggono da un contesto ambientale deteriorato. Un tale contesto infatti potrebbe rendere il rimpatrio pericoloso per la salute e la vita dei migranti e impedire il godimento dei diritti fondamentali. Si pensi al caso in cui una calamità naturale distrugge le infrastrutture essenziali di uno Stato e questo non dispone delle risorse per garantire ai propri cittadini il soddisfacimento dei loro bisogni essenziali.

Tuttavia, lo *status* di protezione temporanea presenta alcuni limiti applicativi che lo rendono inadeguato a garantire una tutela effettiva ai migranti ambientali. Un primo limite si individua nel requisito dell'afflusso massiccio. In virtù di questo requisito, il singolo individuo che fugge da una situazione di grave degrado ambientale non può vedersi riconosciuta la protezione temporanea. Un secondo limite concerne il carattere temporaneo della protezione. In molti Stati le calamità naturali avvengono frequentemente e, soprattutto nei Paesi poveri, le conseguenze degli eventi naturali sono ogni volta catastrofiche a causa dell'assenza di risorse da investire nella prevenzione dei disastri. Pertanto, la natura provvisoria della protezione contrasta con il carattere permanente della situazione di grave compromissione dei diritti umani causata dal contesto di degrado ambientale. Infine, un ulteriore limite della protezione temporanea consiste nella procedura decisionale necessaria per attivare questo istituto. È richiesta infatti una decisione del Consiglio, su proposta della Commissione europea, che accerti la sussistenza di un afflusso massiccio di persone e stabilisca di attivare lo strumento della protezione temporanea. Tale *iter* mostra il carattere eccezionale dell'istituto che infatti

³⁰ Cfr. A. Del Guercio, *supra* nota 7, 525-526.

³¹ In tal senso si veda G. Morgese, *supra* nota 3, 54; J. McAdam, *supra* nota 4, 76.

³² M. Mayrhofer e M. Ammer, *supra* nota 17, 418-420.

³³ Direttiva protezione temporanea, *supra* nota 10.

³⁴ *Ivi*, artt. 1 e 2, lett. c).

³⁵ *Ivi*, art. 2, lett. c).

finora è stato messo in funzione soltanto in un'occasione³⁶.

3. Gli sviluppi del principio di non refoulement nella prassi giurisprudenziale nazionale e internazionale e la tutela dei migranti ambientali. La politica comune in materia di asilo e immigrazione dell'Unione europea risente in vario modo degli sviluppi del diritto internazionale e nazionale. Ad esempio, a livello internazionale, le evoluzioni riguardanti l'interpretazione e l'applicazione del principio di *non refoulement* possono incidere sulla validità degli atti dell'Unione europea in materia di asilo. D'altro canto, a livello nazionale, le leggi interne e l'interpretazione che ne viene data dai giudici possono ridurre l'effettività della politica comune di asilo e immigrazione.

È importante quindi confrontare il diritto dell'Unione europea con le più recenti evoluzioni della giurisprudenza nazionale e internazionale in materia di tutela dei migranti ambientali.

505

3.1. La prassi giurisprudenziale internazionale. Nel caso *Teitiota c. Nuova Zelanda*,³⁷ il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite ha affermato per la prima volta che il divieto di respingimento derivante dal diritto alla vita può applicarsi anche ai flussi migratori connessi a fattori ambientali³⁸. È un riconoscimento importante, poiché ne deriverebbe un obbligo in capo allo Stato di arrivo di accertare se nel Paese di origine del migrante sussista una situazione di degrado ambientale e se, eventualmente, tale situazione determini un rischio concreto per la vita dell'individuo³⁹. Il contesto di degrado ambientale quindi assumerebbe una rilevanza particolare nella valutazione circa il diritto del migrante di ricevere la protezione.

Il caso *Teitiota* però ha anche messo in luce le difficoltà di applicare in concreto le tutele fornite dal principio di *non refoulement* ai migranti ambientali.

Come è noto, le norme sui diritti umani mirano a proteggere il singolo individuo e non l'intera società. Di conseguenza, l'individuo che voglia far valere la responsabilità dello Stato per la violazione dei diritti umani deve dimostrare che la condotta illecita lo riguarda in maniera specifica. A tal fine, la giurisprudenza più affermata in materia di diritti umani richiede all'individuo di provare una condizione personale particolare che lo distingua dal resto della società. In caso contrario, il ricorso verrà dichiarato inammissibile⁴⁰. Tale onere probatorio risulta difficile da soddisfare quando si vuole ottenere una condanna dello Stato per non aver prevenuto le violazioni dei diritti umani causate dai rischi ambientali. Questi infatti tendono a riguardare una pluralità di persone indistintamente. Risulta pertanto difficile per il singolo individuo dimostrare una condizione personale distinta rispetto a quella del resto della

³⁶ Vd. Decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio del 4 marzo 2022 che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea.

³⁷ Comitato ONU per i diritti umani, *Teitiota c. Nuova Zelanda*, pronuncia del 7 gennaio 2020, UN Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016. Per un commento alla pronuncia si veda S. Domaine, *Cambiamenti climatici e diritti umani: il divieto di refoulement in Teitiota c. Nuova Zelanda*, in *Federalismi.it*, 23, 2020; A. Manegga, *Non-refoulement of Climate Change Migrants: Individual Human Rights Protection or 'Responsibility to Protect'? The Teitiota Case Before the Human Rights Committee*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2020; F. Mussi, *Cambiamento climatico, migrazioni e diritto alla vita: le considerazioni del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite nel caso Teitiota c. Nuova Zelanda*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3, 2020.

³⁸ Comitato ONU per i diritti umani, *Teitiota*, *supra* nota 37, par. 9.11.

³⁹ Su tale effetto della pronuncia cfr. F. Mussi, *supra* nota 37, 829.

⁴⁰ Cfr. Corte EDU, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, 31 agosto 2022, 11 ss.; Comitato ONU per i diritti umani, *Teitiota*, *supra* nota 37, par. 8.4; F.C. Ebert, R.I. Sijniensky, *Preventing Violations of the Right to Life in the European and the Inter-American Human Rights Systems: From the Osman Test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention?*, in *Human Rights Law Review*, 15, 2015.

società⁴¹.

Questi limiti relativi all'applicazione delle norme in materia di diritti umani ai rischi ambientali sono evidenti nel caso *Teitiota* in cui il Comitato dei diritti umani ha dichiarato il ricorso inammissibile, nonostante avesse riconosciuto l'applicabilità del principio di *non refoulement*. Il ricorrente chiedeva all'organismo dell'ONU di condannare la Nuova Zelanda perché, respingendolo nel suo Stato di origine (il Kiribati) lo esponeva al rischio di perdere prematuramente la vita a causa della particolare vulnerabilità dello Stato agli effetti dell'innalzamento del livello del mare. Il Comitato ha rigettato le pretese del sig. Teitiota in quanto questi non aveva sufficientemente provato che la difficoltà di avere accesso al cibo, all'acqua, alle terre abitabili e ai mezzi di sostentamento nonché il rischio di sommersione del Kiribati costituissero minacce dirette per la sua vita⁴².

La decisione dell'organismo dell'ONU si fonda su un'interpretazione restrittiva del diritto alla vita che sembrerebbe privare di effetti concreti il riconoscimento circa l'applicabilità del principio di non respingimento ai migranti ambientali⁴³. Il ricorrente infatti aveva dimostrato le difficoltà di soddisfare i bisogni essenziali per condurre una vita dignitosa. Tuttavia, il Comitato gli chiedeva di provare che tali difficoltà lo riguardavano in maniera particolare e distinta rispetto agli altri abitanti del Kiribati. In alternativa, il sig. Teitiota avrebbe dovuto provare la completa impossibilità di avere accesso al cibo, all'acqua e ai mezzi di sostentamento.

Una tendenza emersa di recente dalla prassi giurisprudenziale in materia di diritti umani sembra offrire spunti interessanti per superare i limiti applicativi delle norme sui diritti umani ai rischi ambientali. Si tratta della tendenza a interpretare le norme sui diritti umani alla luce del principio di precauzione⁴⁴. Questa prassi può essere rilevante ai fini del riconoscimento del diritto al non respingimento a favore dei migranti ambientali. Per questi infatti sarebbe sufficiente dimostrare i rischi potenziali per la loro vita derivanti dal degrado ambientale, dai cambiamenti climatici o dalle calamità naturali. Tale attenuazione dell'onere probatorio inoltre faciliterebbe l'applicazione del principio di *non refoulement* ai migranti che fuggono dai Paesi maggiormente esposti agli effetti dei cambiamenti climatici.

La tendenza degli organismi giurisdizionali e quasi-giurisdizionali internazionali ad applicare il principio di precauzione alle minacce ambientali mostra come si stia sviluppando una crescente sensibilità a livello internazionale circa gli effetti del degrado ambientale sul pieno godimento dei diritti umani degli individui. Questi sviluppi rilevano per la tutela dei migranti ambientali in ragione del rapporto funzionale che lega il principio di *non refoulement* ai diritti umani e, in particolare, al diritto alla vita. A tal proposito, si nota come sia oramai consolidata la giurisprudenza che riconosce l'obbligo degli Stati di proteggere la vita degli individui dagli effetti delle calamità naturali, del degrado ambientale e dei cambiamenti climatici⁴⁵. Si

⁴¹ Sulla difficoltà di provare il carattere individuale della minaccia quando si ha a che fare con rischi ambientali e sulle possibili soluzioni si veda Corte Giust., causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio dell'Unione Europea*, Opinione dell'Avvocato Generale Jacobs, par. 60.

⁴² Comitato ONU per i diritti umani, *Teitiota*, *supra* nota 37, par. 9.1 ss.

⁴³ Per una critica alla decisione del Comitato dei diritti umani si veda Ivi, Allegato II, Opinione dissenziente del membro del Comitato ONU per i diritti umani, Sig. Muhumuza, 15 ss.

⁴⁴ Si vedano Corte EDU, ricorso n. 67021/01, *Tătar c. Romania*, sentenza del 6 luglio 2009, par. 109; Corte interamericana dei diritti umani, OC-23/17, *The environment and human rights*, Opinione consultiva del 15 novembre 2017, par. 176-177, 179. Si veda anche Corte Suprema dei Paesi Bassi, causa n. 19/00135, *The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation*, sentenza del 20 dicembre 2019, par. 39-43.

⁴⁵ Corte EDU, ricorso n. 15339/02, *Budayeva e altri c. Russia*, sentenza del 29 settembre 2008. Sull'obbligo degli Stati di adottare misure di preparazione alle emergenze causate da eventi naturali estremi si veda altresì Corte Interamericana dei diritti umani, *The Environment And Human Rights*, *supra* nota 44, par. 171. Vari casi in materia di tutela dei diritti umani e cambiamento climatico sono stati decisi di recente dalla Corte EDU. Si vedano Corte

potrebbe perciò dedurre che dalla prassi giurisprudenziale internazionale in materia di diritti umani stia emergendo l'obbligo di accogliere i migranti quando il rimpatrio li esporrebbe a rischi ambientali che minacciano la loro vita.

In relazione all'eventuale esistenza di questo obbligo, si attendono le autorevoli considerazioni della Corte interamericana dei diritti umani. Nel 2023 è stata presentata alla Corte di San José la richiesta di opinione consultiva circa gli obblighi degli Stati di proteggere i diritti umani di fronte all'emergenza climatica⁴⁶. Nella richiesta, si pone alla Corte una serie di quesiti, tra cui quello di chiarire quali sono gli obblighi degli Stati nei confronti dei migranti che fuggono dagli effetti attuali e futuri dei cambiamenti climatici⁴⁷.

3.2. La prassi giurisprudenziale nazionale. Alcuni sviluppi interessanti in materia di applicazione delle norme sui diritti umani ai migranti ambientali emergono dalla giurisprudenza delle corti interne.

In Italia, ad esempio, la Corte di Cassazione ha in varie occasioni concesso ai migranti ambientali la protezione umanitaria prevista dal d. lgs. n. 286/1998 all'art. 5, c. 6,⁴⁸ riconoscendo come il contesto di degrado ambientale e di vulnerabilità alle calamità naturali esistente nel Paese di origine avrebbe impedito al migrante di godere dei suoi diritti fondamentali⁴⁹. Nell'ottica di garantire la protezione effettiva dei migranti ambientali attraverso l'interpretazione evolutiva delle norme sui diritti umani, è particolarmente interessante quanto affermato dalla Corte di Cassazione italiana nella sentenza n. 24413/2021⁵⁰. In questa circostanza, la Corte di Cassazione ha ritenuto che «in situazioni di particolare gravità – quali la seria esposizione alla lesione dei diritti fondamentali alla vita o alla salute, conseguente, ad esempio, a eventi calamitosi o a crisi geopolitiche che abbiano generato situazioni di radicale mancanza di generi di prima necessità» la condizione individuale del richiedente «può anche non assumere alcuna rilevanza»⁵¹. Tra gli eventi calamitosi si possono senza dubbio annoverare gli eventi naturali estremi, gli effetti dei cambiamenti climatici nonché i disastri ambientali. Secondo la Corte di Cassazione, quindi, in determinate circostanze il migrante ambientale potrebbe limitarsi ad allegare la situazione di grave deterioramento dell'ambiente, senza dover dimostrare una condizione specifica che

EDU, ricorso n. 39371/20, *Duarte Agostinho e altri c. Portogallo e altri*; *Carême c. Francia*, sentenza del 9 aprile 2024; Corte EDU, ricorso n. 53600/20, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera*, sentenza del 9 aprile 2024. Per altri casi pendenti davanti alla Corte EDU in materia di cambiamento climatico, si veda Corte EDU, *Factsheet – Climate change*, febbraio 2023. In dottrina, cfr. O.W. Pedersen, *Climate Change hearings and the ECHR*, in *EJIL: Talk!*, 4 aprile 2023.

⁴⁶ Corte interamericana dei diritti umani, *Request for an advisory opinion on the Climate Emergency and Human Rights submitted to the Inter-American Court of Human Rights by the Republic of Colombia and the Republic of Chile*, 9 gennaio 2023, disponibile in https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_en.pdf.

⁴⁷ Si veda, in particolare, Ivi, 9.

⁴⁸ La protezione umanitaria è un istituto di diritto interno previsto dal Decreto legislativo n. 286 del 25 luglio 1998 (Testo unico sull'immigrazione, TUI), art. 5, c. 6: «Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati [...] salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano». Questa norma è stata abrogata con d.l. n. 113/2018 ed è stata ulteriormente modificata con d.l. n. 130/2020. Attualmente l'art. 5, c. 6, TUI prevede che «Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati [...] fatto salvo il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano».

⁴⁹ Si vedano Cass. Civ., sez. I, sentenza del 4 febbraio 2020, n. 2563, par. 5.6; Cass. Civ., sez. II, ordinanza del 24 febbraio 2021, n. 5022; Cass. Civ. sez. III, sentenza del 14 dicembre 2021, n. 39848, par. 9. In dottrina si vedano M. Di Filippo, *La protezione dei migranti ambientali nel dialogo tra diritto internazionale e ordinamento italiano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2023; A. Caligiuri, *A possible basis for granting humanitarian protection to "Environmental Migrants" in Italy?*, in *The Italian Yearbook of International Law*, Vol. 30, 2020.

⁵⁰ Cass. SS.UU., sentenza n. 24413/2021.

⁵¹ Ivi, par. 46.

lo distingue dal resto della società. Ciò mostra come nella giurisprudenza italiana il contesto di degrado ambientale e di vulnerabilità agli eventi naturali estremi stia assumendo una rilevanza importante nell'accertamento della sussistenza delle condizioni per concedere la protezione umanitaria. Resta comunque da capire quale sia la soglia di gravità che il contesto generale deve raggiungere per evitare che il richiedente asilo debba provare l'impatto specifico del rischio ambientale sulla sua persona.

La Corte di Cassazione ha riconosciuto il nesso tra il contesto di degrado ambientale e la protezione umanitaria dei migranti altresì nell'ordinanza n. 5022/2021⁵². In questa circostanza la suprema corte italiana ha precisato che nel caso in cui nel Paese di origine del migrante vi sia un contesto di grave compromissione delle risorse naturali dovuto al degrado ambientale, al cambiamento climatico o allo sviluppo insostenibile, deve essere riconosciuto lo *status* di protezione umanitaria laddove da tale contesto derivi un rischio per il diritto alla vita e all'esistenza dignitosa del migrante⁵³. In questo modo, la Corte di Cassazione ha messo in luce come vi possa essere un legame diretto tra le condizioni ambientali del Paese di provenienza del migrante e i rischi per la sua vita e la sua dignità umana. Peraltro, il riferimento ai cambiamenti climatici sembra sottendere un'apertura alla possibilità che, tramite l'istituto di diritto interno della protezione umanitaria, si possa proteggere i migranti dagli effetti futuri di questo fenomeno.

Un filone giurisprudenziale interessante in materia di tutela dei migranti ambientali si rinviene anche in alcune pronunce delle corti tedesche⁵⁴. Ad esempio, il tribunale amministrativo del Baden Württemberg nel 2021 ha concesso a un migrante la protezione prevista alla Sezione 60 della Legge sulla residenza che vieta il rimpatrio quando questo sia in contrasto con le garanzie sancite dalla CEDU⁵⁵. Nel caso di specie, il tribunale tedesco ha ritenuto che, a causa delle condizioni ambientali e climatiche e degli effetti dell'epidemia da Covid-19, nel Paese di origine il migrante non avrebbe avuto adeguato accesso al cibo, all'acqua, a un alloggio e alle cure sanitarie in contrasto con l'art. 3 CEDU⁵⁶. Il giudice ha quindi riconosciuto il nesso tra, da un lato, il degrado ambientale e i disastri – nel caso di specie il disastro era di tipo biologico, trattandosi di un'epidemia⁵⁷ – e, dall'altro lato, il divieto di trattamenti inumani e degradanti. Esso ha comunque deciso di non concedere la protezione sussidiaria ai sensi del diritto dell'Unione europea. Infatti, le corti tedesche tendono ad applicare questo istituto solo nelle ipotesi in cui vi sia un'autorità statale cui è imputabile l'atto di tortura o di trattamento inumano e degradante⁵⁸.

4. Considerazioni conclusive. Dall'analisi svolta emerge come la tendenza a garantire la tutela dei migranti ambientali sia più sviluppata a livello nazionale e internazionale che a livello sovranazionale.

⁵² Cass. Civ., sez. II, ordinanza n. 5022/2021.

⁵³ Ivi, 5-6.

⁵⁴ Per un'analisi della giurisprudenza tedesca rilevante in tema di migranti ambientali si veda C. Schloss, *The Role of Environmental Disasters in Asylum Cases: Do German Courts Take Disasters into Account?*, in Simon Behrman und Avidan Kent (a cura di), *Climate Refugees: Global, Local, and Critical Approaches*, Cambridge, 2022, 261 e ss.

⁵⁵ BVerfG 2. Senat 1. Kammer, 09.02.2021, ECLI:DE:BVerfG:2021:qk20210209.2bvq000821.

⁵⁶ Per un commento alla pronuncia del Tribunale amministrativo tedesco si veda C. Scissa, *Migrazioni ambientali tra immobilismo normativo e dinamismo giurisprudenziale: un'analisi di tre recenti pronunce*, in *Questione giustizia*, 2021; C. Schloss, *Climate migrants – How German courts take the environment into account when considering non-refoulement*, in *Völkerrechtsblog*, 3 marzo 2021.

⁵⁷ Sulla qualificazione delle epidemie quali disastri si veda UN/ISDR, *Living with Risk: A global review of disaster reduction initiatives*, Vol. 1, 2004, 16; Ozturk, *Covid-19: just disastrous or the disaster itself? Applying the ILC Articles on the protection of persons in the event of disasters to the Covid-19 outbreak*, in *ASIL Insights*, 2020.

⁵⁸ C. Schloss, *supra* nota 54.

Osservando la giurisprudenza delle corti interne e degli organismi giurisdizionali e quasi-giurisdizionali internazionali si può rilevare come stia crescendo il consenso attorno al riconoscimento dell'impatto che i cambiamenti climatici, il degrado ambientale e le calamità naturali possono avere nel costringere gli individui a migrare. In assenza di tutele specifiche, i giudici hanno avuto un ruolo fondamentale nel mostrare come la protezione dei migranti ambientali possa discendere dal principio di *non refoulement* derivante dalle norme sui diritti umani, in particolare dal diritto alla vita e dal divieto di tortura o di altri trattamenti inumani o degradanti.

In tal senso, il caso *Teitiota* ha segnato un passo in avanti importante nella tutela dei migranti ambientali. La decisione del Comitato per i diritti umani però ha anche reso evidente come, per rendere effettiva la protezione dei migranti ambientali tramite le norme sui diritti umani, sia necessario interpretare tali norme in maniera evolutiva. In particolare, il carattere diffuso dei rischi ambientali nonché la dimensione futura dei cambiamenti climatici richiedono di alleggerire l'onere probatorio relativo all'impatto specifico del contesto generale presente nel Paese di origine sulla vita e sulla dignità del migrante.

A tal riguardo, alcune pronunce delle corti interne sembrano offrire spunti interessanti per superare questo approccio restrittivo.

In particolare, gli esempi della giurisprudenza italiana e tedesca mostrano come si propenda ad attribuire al contesto di degrado ambientale una rilevanza sempre più importante ai fini della concessione della protezione umanitaria, al punto da giustificare un alleggerimento dell'onere probatorio circa la condizione personale di vulnerabilità del migrante. In questo modo, la situazione di deterioramento ambientale avrebbe effetti simili al contesto di violenza generalizzata causata dai conflitti armati. A vantaggio della tutela dei migranti ambientali va inoltre la recente tendenza delle corti interne e internazionali volta ad applicare il principio di precauzione alle ipotesi di violazioni dei diritti umani dovute al degrado ambientale.

A questo punto, non resta che chiedersi quali possano essere le conseguenze per il diritto dell'Unione europea dell'eventuale consolidamento di queste tendenze emerse a livello nazionale e internazionale in relazione al principio di *non refoulement*⁵⁹.

Come visto, tale principio regola la politica comune di asilo e immigrazione dell'Unione europea e ad esso gli atti dell'organizzazione si devono conformare per essere validi. Il diritto dell'Unione europea sembra adottare un approccio più restrittivo alla protezione dei migranti ambientali rispetto a quello emergente dalla prassi internazionale e nazionale più recente. I migranti ambientali nel diritto dell'Unione europea troverebbero tutela soltanto nell'ambito della categoria prevista all'art. 15, lett. b), della direttiva qualifiche e nell'ambito della protezione temporanea. Quest'ultima tuttavia si applica soltanto in caso di afflussi massicci, mentre la protezione sussidiaria potrà applicarsi a situazioni di degrado ambientale soltanto in casi eccezionali.

Si può ad ogni modo immaginare che, nel caso in cui gli sviluppi relativi all'applicazione del principio di *non refoulement* si consolideranno, lo *status* previsto all'art. 15, lett. b), possa essere interpretato in maniera conforme a questi sviluppi⁶⁰. Tale interpretazione conforme consisterebbe nell'abbassare la soglia di gravità delle condizioni umanitarie che devono essere provate dal richiedente asilo quando nel Paese di origine si ravvisa una situazione di degrado ambientale. Ad esempio, si potrebbe ritenere sufficiente che il migrante provi la difficoltà di soddisfare i suoi bisogni essenziali a causa del degrado ambientale o delle calamità naturali, piuttosto che chiedergli di dimostrare la totale impossibilità di avere accesso al cibo, all'acqua,

⁵⁹ Cfr. U. Villani, *supra* nota 15, 6.

⁶⁰ Sulla possibilità di interpretare in maniera estensiva la protezione sussidiaria ai fini della tutela dei migranti ambientali si veda altresì F. Gaudiosi, *supra* nota 2, 165; A. Del Guercio, *supra* nota 7, 526, 532.

ai mezzi di sostentamento, alla casa etc.⁶¹.

Tuttavia, un intervento del legislatore europeo volto a regolare in maniera diretta le migrazioni correlate a fattori ambientali sarebbe auspicabile, almeno per due motivi. In primo luogo, perché esso permetterebbe alla politica comune di asilo e immigrazione dell'Unione europea di mantenere un ruolo centrale nella disciplina dei flussi migratori in entrata verso lo spazio comune europeo. Si è già accennato al fatto che le migrazioni connesse a fattori ambientali sono destinate ad aumentare, raggiungendo – se non addirittura superando – la portata delle migrazioni causate da contesti di conflitto armato. Pertanto, il rischio è che, in caso di silenzio dell'Unione europea, una quantità considerevole di migrazioni finirebbe per essere regolata tramite istituti di diritto interno degli Stati membri, lasciando così alla politica comune di asilo e immigrazione un ruolo residuale.

In secondo luogo, l'inerzia dell'Unione europea nella tutela dei migranti ambientali metterebbe in discussione il ruolo dell'organizzazione quale attore centrale nella protezione dei diritti fondamentali dell'individuo⁶².

Tra le strade possibili per il legislatore europeo vi è quella di rivedere la nozione di grave danno ai fini della concessione della protezione sussidiaria. A tal riguardo, alla luce della crescente importanza che sta assumendo il contesto di degrado ambientale, sembra irragionevolmente restrittivo l'ambito di applicazione dell'art. 15, lett. c), della direttiva qualifica che tiene conto soltanto delle minacce alla vita derivanti da contesti di conflitto armato. Ad esempio, si potrebbe includere nella disposizione un riferimento al contesto di degrado ambientale e di vulnerabilità alle calamità naturali.

In alternativa, il legislatore europeo potrebbe decidere di intervenire nell'ambito della protezione umanitaria⁶³. Come mostrato dalla giurisprudenza delle corti interne, la protezione umanitaria, grazie al suo ampio ambito di applicazione, risulta particolarmente utile a garantire ai migranti un livello di tutela che rifletta i più recenti sviluppi in materia di diritti umani. In questo modo, il diritto dell'Unione europea si doterebbe di uno strumento che gli permetterebbe di adeguarsi costantemente alle evoluzioni del principio di *non refoulement*.

Allo stato attuale, nessuna delle due suddette ipotesi sono state prese in considerazione dal legislatore europeo. Peraltro, un intervento volto ad ampliare le tutele esistenti in materia di asilo e immigrazione sembra difficile da immaginare nel prossimo futuro. Vi sarebbe infatti una sicura opposizione da parte dei governi degli Stati membri⁶⁴.

In un periodo in cui la tendenza della maggior parte degli esecutivi europei è alla chiusura dei confini, si confida nel potere delle corti interne e internazionali di interpretare in maniera evolutiva le norme esistenti, incluse quelle previste dal diritto dell'Unione europea, in modo da garantire un'adeguata tutela ai migranti costretti a fuggire per cause ambientali.

Abstract. Da sempre le condizioni ambientali incidono sulla scelta di gruppi di individui di lasciare il loro territorio. Tuttavia, si stima che nei prossimi anni i flussi migratori connessi a fattori ambientali aumenteranno in maniera significativa a causa del crescente deterioramento dell'ambiente e degli effetti dei cambiamenti climatici. Di fronte a questo scenario, nell'ultimo decennio è cresciuto il dibattito in dottrina e in vari fori internazionali volto a stabilire se vi sia (o vi debba essere) un obbligo in capo agli Stati di garantire il diritto di asilo ai migranti

⁶¹ Questo approccio sembra emergere nella sentenza della Corte di Cassazione italiana Cass. Civ. sez. III, sentenza n. 39848/2021, par. 9.

⁶² Cfr. L. Borlini, *L'unione Europea: attore 'globale' nella protezione e promozione dei diritti umani? Limiti e prospettive*, in *DPCE online*, 4, 2016, 93 ss.

⁶³ In tal senso si veda altresì G. Morgese, *supra* nota 3, 72.

⁶⁴ Ivi, 73; U. Villani, *supra* nota 15, 9, 19.

che fuggono da condizioni ambientali avverse.

In assenza di strumenti giuridici specifici in materia, le corti interne e il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite nel noto caso *Teitiota c. Nuova Zelanda* hanno ricavato tale obbligo dal principio di *non refoulement* derivante dalle norme sui diritti umani. Inoltre, la crescente sensibilità delle corti interne e internazionali circa l'impatto del degrado ambientale sui diritti umani può facilitare la concessione della protezione ai migranti ambientale.

In contrasto con queste tendenze, l'Unione europea è rimasta piuttosto inerte di fronte al fenomeno dei migranti ambientali. Il presente contributo mira a rilevare le principali sfide che i recenti sviluppi della prassi giurisprudenziale nazionale e internazionale in tema di tutela dei migranti ambientali pongono o possono porre alla politica comune di asilo e immigrazione dell'Unione europea. A tal fine, innanzitutto si vedranno quali sono le possibilità di tutela dei migranti ambientali nell'ambito del diritto dell'Unione europea. Successivamente, si analizzeranno gli sviluppi della giurisprudenza nazionale e internazionale in materia di tutela dei migranti ambientali. Infine, si offriranno alcune considerazioni finali sull'impatto degli sviluppi relativi al principio di *non refoulement* sul diritto dell'Unione europea.

Abstract. Environmental conditions have always induced individuals to leave their countries. However, it is expected that environmental migrations will increase in the future due to the increasing deterioration of the environment and the effects of climate change. In this context, the debate has grown in literature and in various international fora aimed at establishing whether there are (or there should be) State obligations to protect migrants fleeing from adverse environmental conditions.

In the absence of specific legal instruments on the matter, domestic tribunals and the Human Rights Committee in the well-known *Teitiota v. New Zealand* case have found this obligation in the principle of *non refoulement* deriving from human rights law. Furthermore, the growing attention of domestic and international courts to the impact of environmental degradation on human rights may facilitate the granting of protection to environmental migrants.

In contrast to these national and international trends, the European Union has remained rather inert in the face of the phenomenon of environmental migrations. This contribution aims to highlight the main challenges posed by recent developments regarding the protection of environmental migrants to European Union law. To this end, first of all, we will look at the possibilities of protecting environmental migrants within the framework of European Union law. Then, the developments of domestic and international case law concerning the protection of environmental migrants will be analysed. Finally, some final remarks will be offered on the impact of developments relating to the principle of *non refoulement* on European Union law.

Parole chiave. Migranti ambientali – principio di *non refoulement* – diritti umani – rifugiati – protezione sussidiaria.

Key Words. Environmental migrants – principle of *non refoulement* – human rights – refugee law – subsidiary protection.

GIUSTIZIA, GENERE E MIGRAZIONE CLIMATICA NELLA PROSPETTIVA DELL'UE*

di Francesca Rosignoli**

Sommario. 1. Premessa: le sfide della migrazione climatica nel diritto internazionale ed europeo. – 2. La strategia dell'Unione europea, tra gap legislativi e politiche securitarie. – 3. L'incorporazione del genere nell'agenda securitaria della Commissione europea. – 4. Il nesso giustizia-genere-sviluppo nell'agenda del Parlamento europeo. – 5. La parità di genere come mezzo di promozione dello sviluppo nella diplomazia climatica del Consiglio. – 6. Conclusioni.

512

1. Premessa: le sfide della migrazione climatica nel diritto internazionale ed europeo.

Le ripercussioni dei cambiamenti climatici e dei disastri sul fenomeno migratorio vanno certamente annoverate tra le maggiori sfide a livello internazionale ed europeo. Come segnalato dalla Banca Mondiale¹, le stime prevedono un numero pari a 216 milioni di migranti climatici entro il 2050 in assenza di politiche efficaci di mitigazione e adattamento ai cambiamenti climatici. Questo numero conferma quanto già evidenziato nell'ultimo *report* dell'*Internal Displacement Monitoring Centre* (IDMC), da anni impegnato nell'analisi dei dati relativi agli sfollamenti interni: i disastri provocati da eventi meteorologici estremi (soprattutto tempeste e inondazioni) hanno causato oltre il 53% degli sfollamenti interni nel 2022². Questi dati costituiscono dunque una sfida importante nel diritto internazionale ed europeo, essendo la migrazione climatica verso paesi diversi da quello di origine un fenomeno non ancora regolato da un trattato giuridicamente vincolante. Questa lacuna giuridica è presente sia a livello internazionale, sia a livello europeo seppur caratterizzata da significative differenze.

Il *Global Compact for Safe, Orderly, and Regular Migration* del 2018 ha portato indubbiamente delle novità interessanti nel diritto internazionale, come per esempio il riconoscimento esplicito degli eventi climatici a insorgenza lenta e rapida, dei disastri naturali, degli effetti negativi dei cambiamenti climatici e del degrado ambientale tra le cause dei movimenti migratori, insieme a una chiara ed altrettanto esplicita prospettiva di genere³. Restano tuttavia dei limiti evidenti

* *Sottoposto a referaggio*. Questo contributo fa parte del dossier di studi "La sfida della migrazione climatica", a cura di Susana Borrás Pentinat e Angela Cossiri ed è frutto del Progetto CLIMOVE, finanziato dal programma di ricerca e innovazione Horizon 2020 dell'Unione Europea con l'accordo di sovvenzione Marie Skłodowska-Curie (H2020-MSCA-IF-2020) n. 101031252 dell'Università degli Studi di Macerata (Italia). Gli articoli riflettono solo il punto di vista degli autori e la REA non è responsabile dell'uso che può essere fatto delle informazioni in esso contenute.

** Postdoctoral fellow – Università di Torragona Rovira i Virgili.

¹ V. Clement, K. K. Rigaud, A. de Sherbinin, B. Jones, S. Adamo, J. Schewe, E. Shabhat, *Groundswell Part 2: Acting on Internal Climate Migration*, Washington DC, 2021.

² IDMC, *Global Report on Internal Displacement*, Geneva, Switzerland, 2023.

³ Si vedano per esempio gli obiettivi 2, 5, 23 per quanto riguarda il riconoscimento delle forme di degrado ambientale come *driver* della migrazione e i principi guida e gli obiettivi 2-7, 9, 11, 12, 14-16, 18, 20, 21 per quanto riguarda la prospettiva di genere.

sia di forma che di contenuto. Per quanto riguarda la forma, il *Global Compact for Safe, Orderly, and Regular Migration* resta infatti un documento di *soft law* dunque non giuridicamente vincolante. Rispetto al contenuto, esso ribadisce che solo i rifugiati così come definiti dal diritto internazionale (ovvero secondo l'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951⁴) hanno diritto a una specifica protezione internazionale, vanificando così di fatto sia un'apertura verso la creazione di una nuova categoria emergente, quale quella di rifugiato climatico, sia verso una maggiore inclusione della prospettiva di genere. Nel documento citato, così come anche nel *Global Compact on Refugees* del 2018, non viene menzionato nessun termine riconducibile a questo soggetto emergente: non vi è alcuna traccia di termini quali migrante/rifugiato/sfollato ambientale, migrante/rifugiato/sfollato climatico o altre varianti⁵. Inoltre, il riferimento alla definizione giuridica attualmente vincolante stabilita dalla Convenzione di Ginevra attenua anche una possibile rilettura sensibile al genere della definizione di rifugiato. Nella definizione vigente, infatti, il sesso e il genere non sono compresi tra i motivi di persecuzione tassativamente tipizzati per poter richiedere lo status di rifugiato⁶. Come sancisce l'articolo 1 della Convenzione di Ginevra, un rifugiato è colui «che temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese; oppure che, non avendo cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra»⁷.

Il sesso non fu incluso tra i motivi di persecuzione in quanto prevalse la linea di proporre un approccio neutro alle norme che dovevano essere applicate a uomini e donne senza distinzioni. Questa lacuna fu inizialmente contestata in quanto lo stupro⁸, così come altre forme di violenza sulle donne al di fuori del contesto bellico come ad esempio la mutilazione genitale, veniva inteso come violenza domestica e non come una forma di persecuzione⁹. Alcuni studiosi hanno evidenziato come, dietro a questa esclusione, si celasse una precisa gerarchia di genere volta a privilegiare la sfera pubblica legata alla produzione e in generale alla mascolinità a discapito della sfera privata legata alla riproduzione, più spesso attribuita alla femminilità¹⁰.

La necessità di integrare una prospettiva di genere nelle domande di protezione fu riconosciuta a livello internazionale soltanto nel 2002, a seguito della pubblicazione delle linee guida dello *United Nations High Commissioner for Refugees* (UNHCR) del 2002¹¹. Come riportato nelle linee guida, il testo sostituisce il documento di posizione dell'UNHCR del 2000 ed è il

⁴ Vedi *infra*.

⁵ Per una visione d'insieme sulla terminologia finora proposta dagli studiosi, si veda F. Rosignoli, *Environmental Justice for Climate Refugees*. London, 2022.

⁶ Tra i primi volumi di studi che hanno criticato direttamente la definizione di rifugiato della Convenzione di Ginevra si veda D. Indra (a cura di), *Endangering Forced Migration: Theory and Practice*, Oxford; New York, 1999.

⁷ Traduzione in italiano reperibile su <https://www.unhcr.org/it/chi-aiutiamo/rifugiati>.

⁸ Lo stupro è stato riconosciuto come una forma di tortura e di violazione della dignità personale nel caso *Aydin v. Turkey*, 57/1996/676/866, Consiglio d'Europa, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 25 settembre 1997.

⁹ Sul punto si vedano V. Merino Sancho, *Derecho de asilo y género. ¿Ha evolucionado el derecho de asilo?*, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía Del Derecho*, 17, 2008; E. Rigo, *La straniera*, Roma, 2022.

¹⁰ Cfr. H. Charlesworth, C. Chinkin, S. Wright, *Feminist Approaches to International Law*, in *The American Journal of International Law*, 85, 4, 1991. Tra i primi tentativi di far riconoscere lo stupro come una forma di tortura e non come violenza domestica, anche in assenza di un contesto bellico e di violenza armata, si vedano anche i casi di asilo decisi dalle Corti statunitensi e canadesi agli inizi degli anni Novanta. Cfr. D. Anker, *Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm*, in *Harvard Human Rights Journal*, 27, 5, 2002, citato in E. Rigo, *La straniera*, Roma, 2022.

¹¹ UNHCR, *Linee guida sulla protezione internazionale n 1*, Geneva, Switzerland, 2002.

risultato di un processo di consultazioni globali sulla protezione internazionale svoltosi nel 2001 a San Remo. Oltre ad offrire un'interpretazione della definizione del rifugiato secondo una prospettiva di genere¹², questo documento propone anche alcune pratiche procedurali volte a dare adeguata considerazione alle donne che richiedono uno status di rifugiato e in senso più ampio a tutte le domande basate sul genere. Se interpretata correttamente, specifica il testo, la definizione di rifugiato può coprire le istanze relative al genere. Leggi che legittimano violazioni dei diritti umani fondamentali quali l'aborto e la sterilizzazione forzata o persecuzioni dettate dall'orientamento sessuale rientrano tra gli esempi di persecuzione di genere potenzialmente meritevoli di protezione internazionale, oltre a tutti quei casi in cui la discriminazione di genere si interseca alle altre cause di persecuzione elencate dalla definizione di rifugiato, quali razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale, opinioni politiche. In alternativa, queste linee guida suggeriscono di interpretare in modo estensivo la fattispecie relativa all'appartenenza a un determinato gruppo sociale. Con questa espressione, infatti, s'intende «un gruppo di persone che condividono una caratteristica comune, oltre che il rischio di essere perseguitate, o che sono percepite come un gruppo da parte della società»¹³. Pertanto, la caratteristica del sesso, può rientrare facilmente in questa fattispecie. Le donne, in particolare, vengono considerate un sottoinsieme sociale definito da caratteristiche innate e immutabili, trattato in maniera differente rispetto agli uomini. Lo stesso ragionamento può essere fatto per persone omosessuali, transessuali, o travestite, essendo, anche in questo caso, un gruppo identificabile e riconoscibile.

Altrettanto rilevanti dal punto di vista interpretativo, sebbene altrettanto non vincolanti dal punto di vista giuridico, sono le linee guida in materia di protezione internazionale sulle domande di riconoscimento dello status di rifugiato fondate sull'orientamento sessuale e/o sull'identità di genere formulate dall'UNHCR nel 2012¹⁴. Il focus in questo caso è sulle persone LGBTI e sulle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e sull'intersezione tra questo e altri fattori sociali quali l'età, l'identità di genere, le opinioni, i sentimenti e lo stato psicologico del richiedente. Nonostante l'orientamento sessuale e il genere non siano espressamente elencati tra le cause di discriminazione, le linee guida del 2012 propongono un'interpretazione estensiva basata sulla protezione dei diritti umani e sul principio di non discriminazione, entrambi elementi centrali nella Convenzione di Ginevra e del diritto internazionale dei rifugiati.

Se a livello internazionale questa timida apertura al genere e alle donne come gruppo sociale determinato riesce a penetrare il sistema sul fronte interpretativo, a livello europeo quest'apertura viene invece cristallizzata con la riformulazione della cosiddetta Direttiva qualifiche nel 2011¹⁵. L'art. 10, c. 1, lett. d), della Direttiva qualifiche, infatti, recepisce quanto espresso nelle linee guida del 2002 e 2012 dell'UNHCR stabilendo che l'appartenenza a un determinato gruppo sociale è data dalla condivisione di una caratteristica innata o una storia comune da parte dei membri di un gruppo che li rende un insieme di persone con un'identità

¹² Sul punto si veda l'interpretazione di genere e sesso adottata nel testo citato, UNHCR, *Linee guida sulla protezione internazionale N.1*, Geneva, Switzerland, 2002, 2: «il genere si riferisce alla relazione tra uomo e donna basata su identità, status, ruoli e responsabilità, costruite e definite socialmente o culturalmente, che vengono assegnate alle persone appartenenti a un sesso o a un altro». Il sesso, invece, è definito come una determinazione biologica.

¹³ UNHCR, *Linee guida sulla protezione internazionale n. 1*, Geneva, Switzerland, 2002, 8.

¹⁴ UNHCR, *Linee guida in materia di protezione internazionale n. 9*. Geneva, Switzerland, 2012.

¹⁵ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.

distinta e riconoscibile all'interno di una società. L'articolo specifica inoltre che per valutare la sussistenza dei motivi di persecuzione legati all'appartenenza a un gruppo sociale si tiene in debito conto l'orientamento sessuale e le considerazioni così come l'identità di genere. Come anche evidenziato da Rigo¹⁶, seppure l'appartenenza alle donne come gruppo sociale si deduca dal riferimento alle considerazioni di genere, nella Direttiva qualifiche manca tuttavia un riferimento esplicito alle donne come gruppo sociale. Nella Direttiva si ribadisce inoltre come la Convenzione di Ginevra del 1951 e il Protocollo del 1967 costituiscano la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale della protezione dei rifugiati, lasciando pertanto inalterate le difficoltà nel riconoscere la figura del cosiddetto «rifugiato climatico» e nel dare piena efficacia alla prospettiva di genere, in particolare nel riconoscere esplicitamente le donne come gruppo sociale¹⁷.

2. La strategia dell'Unione europea, tra gap legislativi e politiche securitarie. L'Unione europea ha recentemente adottato uno strumento giuridico per dotarsi di un quadro europeo comprensivo delle politiche relative alla migrazione, all'asilo e alla protezione internazionale. Attraverso il *Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo*¹⁸, adottato il 23 settembre 2020, l'Unione europea ha infatti avviato un processo di riforme per gestire i flussi migratori in modo efficace e duraturo anche in situazioni di crisi. Il *Nuovo Patto* è infatti il punto di inizio di un percorso avviato nel 2016 per contrastare la migrazione irregolare e rafforzare il Sistema europeo comune di asilo (*Common European Asylum System, CEAS*) a seguito della cosiddetta «crisi dei rifugiati» che ha investito l'Europa nel 2015.

Per lo scopo di questa ricerca, tuttavia, questo strumento rimane sostanzialmente insoddisfacente e risulta di fatto un'altra occasione persa per definire delle politiche europee specifiche per la migrazione climatica e, soprattutto, in una prospettiva di genere.

Come già osservato in altri strumenti a livello di diritto internazionale, anche il *Nuovo Patto* annovera il cambiamento climatico tra le cause principali delle migrazioni senza però attribuire nessuno status giuridico alle persone costrette a fuggire in seguito a devastazioni ambientali. Come si legge chiaramente nell'introduzione, l'Unione europea si limita a riconoscere che «[t]utte le principali sfide sociali che il mondo si trova oggi ad affrontare (demografia, cambiamenti climatici, sicurezza, gara mondiale per attirare i talenti e disuguaglianza) incidono sulla migrazione. Gli imperativi politici quali la libera circolazione nello spazio Schengen, la salvaguardia dei diritti fondamentali, la garanzia della sicurezza e l'adeguamento delle competenze occupazionali richiedono una politica migratoria efficace»¹⁹. Nonostante il richiamo alla salvaguardia dei diritti fondamentali, l'esigenza di gestire in modo più efficace e uniforme il fenomeno migratorio sembrerebbe maggiormente dettata dall'agenda di sicurezza e di sviluppo europea, piuttosto che da un approccio basato sui diritti umani. Il generale contesto securitario emerge in particolare dall'enfasi riservata alla gestione delle frontiere esterne, da realizzare prevalentemente attraverso controlli di frontiera per

¹⁶ E. Rigo, *La straniera*, Roma, 2022.

¹⁷ Sui limiti e le possibilità del *predicament approach* nell'ambito della persecuzione basata sul genere e della vulnerabilità alle violazioni dei diritti umani in contesti di disastri ambientali ai fini dell'ottenimento della protezione internazionale, si veda M. Castiglione, *Oltre l'Hazard Paradigm: La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati e il fondato timore di essere perseguitato a seguito dei cambiamenti climatici, disastri naturali e degradazione ambientale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2023. Con il termine *predicament approach* s'intende l'approccio interpretativo che sposta il focus dall'intenzione del persecutore (*intention-based approach*), alle caratteristiche del richiedente che lo rendono maggiormente esposto a eventuali violazioni dei suoi diritti umani.

¹⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni del 23 settembre 2020 *su un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, COM(2020)609 final.

¹⁹ *Ibidem*, 1.

mezzo di accertamenti preliminari (*pre-entry screening*) a tutti i cittadini di paesi terzi che attraversano le frontiere esterne senza autorizzazione. Questi accertamenti preliminari consentiranno di identificare tali cittadini, di effettuare controlli sanitari e di sicurezza, nonché di rilevare le loro impronte digitali e di registrarle nella banca dati Eurodac²⁰.

La rilevanza della migrazione per la promozione dello sviluppo, invece, emerge sia nel contesto delle azioni interne che di quelle esterne dell'Unione europea. Nel Nuovo Patto sono tanti i riferimenti alla centralità della migrazione per promuovere la crescita e lo sviluppo delle popolazioni locali e per ridurre indirettamente gli arrivi irregolari. In questo senso, si ribadisce il ruolo fondamentale sia delle rimesse, sia degli investimenti e della cooperazione internazionale in tutti i settori strategici per lo sviluppo economico, come ad esempio l'istruzione, la ricerca, il digitale, i trasporti, l'energia e la lotta contro il traffico di migranti. La promozione dello sviluppo economico nei paesi di provenienza e della cooperazione con i paesi membri, i paesi terzi e le agenzie dell'Unione europea, soprattutto per quanto riguarda la lotta contro il traffico dei migranti, ha come ultimo fine quello di prevenire la migrazione irregolare.

L'attenzione verso la protezione dei diritti umani degli sfollati/richiedenti asilo sembrerebbe ricoprire invece un ruolo abbastanza marginale. Questo aspetto viene declinato principalmente attraverso la lente della vulnerabilità e del genere, entrambi trattati nel paragrafo 2.4 dedicato al sostegno ai minori e alle persone vulnerabili. Il Nuovo Patto riconosce che le esigenze specifiche dei più vulnerabili debbano essere trattate con attenzione, prevedendo per esempio delle procedure più agevolate o in alcuni casi addirittura l'esenzione generale dalle procedure di frontiera nei casi in cui non sia possibile assicurare le garanzie necessarie. Seppure potenzialmente rilevante sotto il profilo del *predicament approach*, che sposta dunque il focus dalle intenzioni del persecutore alle caratteristiche del perseguitato che lo rendono maggiormente vulnerabile e dunque esposto a determinate violazioni dei suoi diritti umani²¹, questo strumento non introduce tuttavia misure concrete che consentano di raggiungere effettivamente questi obiettivi. Manca inoltre un collegamento chiaro e diretto tra la migrazione indotta dal clima e i suoi diversi impatti in ragione del genere, con le donne e i bambini come soggetti maggiormente vulnerabili ed esposti alle devastazioni ambientali. Alla luce di quanto esposto, non deve pertanto sorprendere che le uniche riforme convertite in legge finora siano state la revisione dell'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo²² e la cosiddetta *Blue Card Directive*²³. Laddove l'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo ha lo scopo

²⁰ Istituito con il Regolamento (CE) n. 2725/2000 del Consiglio dell'11 dicembre 2000, l'Eurodac (i.e., *European Dactyloscopy*), è il database europeo dove sono conservate le impronte digitali dei richiedenti asilo e delle persone fermate mentre varcano irregolarmente una frontiera esterna dell'Unione europea.

²¹ Cfr. A. Brambilla, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2017, 24-25; M. Castiglione, *Oltre l'Hazard Paradigm: La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati e il fondato timore di essere perseguitato a seguito dei cambiamenti climatici, disastri naturali e degradazione ambientale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2023.

²² Con il Regolamento (UE) 2021/2303 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 Dicembre 2021 relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo e che abroga il regolamento (UE) n. 439/2010, l'Unione europea ha sostituito l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO) con la nuova Agenzia dell'UE per l'asilo. Quest'agenzia è stata istituita al fine di assicurare l'applicazione uniforme del diritto europeo in merito alle pratiche di asilo in tutti gli Stati Membri, consentendo la convergenza nella valutazione delle domande di protezione internazionale in tutta l'Unione e coordinando e rafforzando la cooperazione e lo scambio di informazioni.

²³ Vedi la Direttiva (UE) 2021/1883 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2021 sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, e che abroga la direttiva 2009/50/CE del Consiglio. Attraverso questa riforma, l'UE stabilisce nuove regole per attirare lavoratori altamente qualificati non appartenenti all'UE. Il risultato appare tuttavia discriminatorio nei confronti dei lavoratori meno qualificati extra UE e dei lavoratori altamente qualificati extra UE rispetto a quelli

di garantire l'applicazione uniforme delle pratiche di asilo in tutti gli Stati Membri e dunque di gestire più efficacemente le frontiere esterne, la direttiva Blue Card introduce nuove regole per attirare lavoratori altamente qualificati da paesi non appartenenti all'UE. Queste regole, tuttavia, implicano che il datore di lavoro debba dare precedenza ai lavoratori europei prima di assumere lavoratori provenienti da Paesi extra-UE, contribuendo così indirettamente a regolare i flussi migratori e a prevenire l'immigrazione irregolare. In altre parole, più che la salvaguardia dei diritti fondamentali dei migranti, le priorità dell'UE sembrerebbero maggiormente legate alla sicurezza e allo sviluppo.

In conclusione, il *Nuovo Patto* presenta dei limiti significativi rispetto all'oggetto di questa indagine. In primo luogo perché è uno strumento di *soft law* e dunque non giuridicamente vincolante. Secondo perché si limita a riconoscere il cambiamento climatico tra le cause della migrazione senza però attribuire uno status giuridico ai rifugiati/migranti ambientali. Infine, perché la prospettiva di genere viene trattata solo in termini di maggiore vulnerabilità sperimentata da donne e bambini in quanto più esposti al rischio di diventare vittime di tratta o di violenza di genere durante tutto il processo migratorio. In ragione dell'evidente gap giuridico in materia di migrazione indotta dal clima, questo studio procederà avendo cura di esaminare i documenti di *policy* delle istituzioni politiche europee più rilevanti: la Commissione europea, il Parlamento europeo e il Consiglio.

3. L'incorporazione del genere nell'agenda securitaria della Commissione europea.

Se utilizziamo la lente del *Rhetorical Political Analysis* (RPA)²⁴ per analizzare i documenti di *policy* della Commissione europea che si occupano della migrazione indotta dal clima in una prospettiva di genere, la figura retorica più esemplificativa della posizione espressa dalla Commissione potrebbe essere la sineddoche. Nota come la figura retorica che esprime la parte per il tutto, la sineddoche sintetizza in questo caso l'identificazione delle donne con il genere e con l'immagine della vulnerabilità. Questo aspetto, criticato anche dal Parlamento

europei. Secondo questa direttiva, infatti, «uno Stato membro dovrebbe poter verificare se un posto vacante che un richiedente di Carta blu UE intende coprire possa invece essere coperto dalla forza lavoro nazionale o dell'Unione, o da cittadini di paesi terzi che soggiornano già legalmente nello Stato membro e che fanno già parte del suo mercato del lavoro interno in virtù del diritto nazionale o dell'Unione ovvero da soggiornanti di lungo periodo UE che intendano trasferirsi in detto Stato membro per svolgervi un lavoro altamente qualificato conformemente al capo III della direttiva 2003/109/CE del Consiglio». In ultima analisi, questo strumento contribuisce a perseguire l'obiettivo di controllare le frontiere esterne dell'UE e prevenire i flussi migratori.

²⁴ La metodologia del *Rhetorical Political Analysis* implica un approccio qualitativo volto a esaminare le argomentazioni, le scelte lessicali e l'uso di figure retoriche quali sineddoche, metonimia, litote, ecc. Lo scopo è quello di far emergere l'indirizzo politico prevalente, non sempre esplicito nei documenti di *policy*. Tra gli autori di riferimento per questa metodologia si vedano A. Finlayson, *Political science, political ideas and rhetoric*, in *Economy and Society*, 33,4, 2004; A. Finlayson, *From beliefs to arguments: Interpretive methodology and rhetorical political analysis*, in *British Journal of Politics and International Relations*, 9, 4, 2007; A. Finlayson, *Rhetoric and the political theory of ideologies*, in *Political Studies*, 60, 4, 2012; A. Finlayson, "Dancing with doxa": A "Rhetorical Political Analysis" of David Cameron's sense of Britishness, in M. Kranert, G. Horan (a cura di), *Doing Politics: Discursivity, Performativity and Mediation in Political Discourse*. Amsterdam, Philadelphia, 2018; J. Martin, *Situating Speech: A Rhetorical Approach to Political Strategy*, in *Political Studies*, 63, 1, 2015; J.A. Roffee, *Rhetoric, aboriginal Australians and the Northern Territory intervention: A socio-legal investigation into prelegislative argumentation*, in *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 5, 1, 2016. Questo metodo innovativo è stato raramente utilizzato nel campo della migrazione climatica. Tra le poche eccezioni si vedano E. Hirsch, "It won't be any good to have democracy if we don't have a country": *Climate change and the politics of synecdoche in the Maldives*, in *Global Environmental Change*, 35, 2015; M. Hulme, *Where Next for the IPCC*, in *Research Fortnight*, September 8, 2010; A.C. Simonelli, *Governing Climate Induced Migration and Displacement*, New York, 2016; che hanno utilizzato le figure retoriche per mettere in luce le narrazioni prevalenti nel campo delle migrazioni ambientali.

europeo²⁵, emerge nella maggior parte dei documenti di *policy* della Commissione europea e comincia a venir meno solo con l'adozione della strategia per la parità di genere 2020-2025, adottata dalla Commissione nel 2020. Fino ad allora e a partire dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dell'8 marzo 2007 sulla Parità tra donne e uomini ed emancipazione femminile nella cooperazione allo sviluppo COM(2007) 100²⁶, le riflessioni sul genere si concentrano prevalentemente sulla centralità delle donne e del loro *empowerment* in alcuni settori specifici quali la protezione dell'ambiente, la sicurezza alimentare e la riduzione della povertà. Il concetto di *gender mainstreaming*²⁷ viene usato dalla Commissione per promuovere l'*empowerment* femminile nella cooperazione allo sviluppo al fine di promuovere la pace e la risoluzione dei conflitti nel rispetto della risoluzione 1325 (2000) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite che l'Unione europea si prefigge di applicare. In quest'ottica, la lotta contro la violenza basata sul genere e, in particolare, contro le donne è un fattore rilevante ai fini della promozione della pace e dello sviluppo. Anche se il tema della migrazione climatica in una prospettiva di genere non è ancora trattato esplicitamente, questo documento merita di essere menzionato poiché introduce una narrazione basata sul nesso genere-sicurezza che offrirà il quadro generale di molti documenti, successivamente adottati dalla Commissione, in cui il tema della migrazione climatica diventerà via via sempre più esplicito.

Come si legge nel primo Piano d'azione dell'UE sulla parità di genere del 2010 (*Gender Action Plan*, GAP I)²⁸, il contesto retorico delle donne come sineddoche della vulnerabilità viene gradualmente sostituito da una narrazione securitaria che ritrae le donne come *Trümmerfrauen*²⁹ chiamate a mantenere la pace e a ricostruire le aree colpite dai conflitti armati. L'agenda securitaria legata alla pace, la sicurezza, e le donne – ancora rappresentate come

²⁵ Si veda la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2008 sulla parità di genere e l'emancipazione femminile nella cooperazione allo sviluppo (2007/2182(INI)) in cui il Parlamento europeo critica apertamente la posizione espressa dalla Commissione europea nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dell'8 marzo 2007 sulla Parità tra donne e uomini ed emancipazione femminile nella cooperazione allo sviluppo COM(2007) 100 definitivo. Il Parlamento europeo ha infatti criticato la Commissione per non aver prestato sufficiente attenzione al rapporto tra uomini e donne e per essersi concentrata quasi unicamente sulle donne dandone un'immagine legata quasi esclusivamente all'idea di vulnerabilità.

²⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dell'8 marzo 2007 sulla Parità tra donne e uomini ed emancipazione femminile nella cooperazione allo sviluppo COM(2007) 100 definitivo.

²⁷ Con il termine *gender mainstream* s'intende «the integration of a gender perspective into the preparation, design, implementation, monitoring and evaluation of policies, regulatory measures and spending programmes, with a view to promoting equality between women and men, and combating discrimination» v. EIGE, *What is gender mainstreaming*, 2023, disponibile su eige.europa.eu/gender-mainstreaming/what-is-gender-mainstreaming?language_content_entity=en. Questo concetto è stato introdotto attraverso la quarta conferenza mondiale sulle donne svoltasi a Pechino nel 1995 (si veda United Nations, *Beijing Declaration and Platform of Action, adopted at the Fourth World Conference on Women*, 27 October 1995, disponibile su www.refworld.org/docid/3dde04324.html e in particolare attraverso il paragrafo K. *Women and the environment*. Questo principio è parte integrante dell'ordinamento giuridico europeo, come si legge nell'art. 8 del *Treaty on the Functioning of the European Union* del 2009: «In all its activities, the Union shall aim to eliminate inequalities, and to promote equality, between men and women». Per una visione d'insieme sulla storia e sulle declinazioni di questo concetto, si vedano anche G. Allwood, *Mainstreaming Gender and Climate Change to Achieve a Just Transition to a Climate-Neutral Europe*, in *Journal of Common Market Studies*, 58, 2020, e I. Castaneda, C. Aguilar, A. Rand, *Measurement and Reporting: Important Elements of Gender Mainstreaming in Environmental Policies*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 22, 3, 2013.

²⁸ European Commission, *Commission Staff Working Document of 8 March 2010 on an EU Plan of Action on Gender Equality and Women's Empowerment in Development 2010-2015*, SEC(2010)265 final.

²⁹ Il termine *Trümmerfrauen* si riferisce alle donne che hanno rimosso le macerie durante il secondo dopo guerra in Germania. Poiché dopo la seconda guerra mondiale moltissimi uomini caddero durante il conflitto, furono le donne a occuparsi della ricostruzione.

sineddoche del genere – viene dunque integrata con un’agenda di sviluppo che identifica le donne come attori chiave per assicurare la sicurezza e l’accesso alle opportunità economiche e ai servizi essenziali. In questo documento il termine «migrazione» compare una volta sola. Il fenomeno migratorio viene infatti considerato solo come strumentale per la promozione dello sviluppo e non viene ancora concepito come fenomeno correlato con il cambiamento climatico e le devastazioni ambientali.

Solo attraverso il secondo Piano d’azione dell’UE sulla parità di genere previsto per gli anni 2016-2020³⁰, la Commissione comincia a dare maggiore spazio alla questione della migrazione. In particolare, questa viene menzionata tra le questioni cruciali per l’implementazione della parità di genere, sia nelle politiche interne, sia nelle azioni esterne dell’UE. In quest’ottica, il sostegno alla migrazione legale è visto come una condizione imprescindibile per garantire alle donne di tutte le età l’accesso a un lavoro dignitoso e per ridurre, di conseguenza, il rischio di essere esposte alla violenza di genere e allo sfruttamento. Dal momento che l’*empowerment* economico delle ragazze e delle donne è cruciale per ridurre le disuguaglianze, contrastare la povertà e, in ultima analisi, favorire lo sviluppo economico nella rinnovata cornice dell’Agenda 2030³¹, le azioni esterne dell’UE devono reggersi su quattro pilastri:

- garantire l’integrità fisica e psicologica delle ragazze e delle donne;
- promuovere i diritti economici e sociali e l’*empowerment* delle ragazze e delle donne;
- dare voce e facilitare la partecipazione delle ragazze e delle donne;
- orientare i servizi della Commissione europea, compresi i servizi europei per l’azione esterna (SEAE), verso una cultura istituzionale sensibile al genere.

A differenza di altri documenti di *policy*, la Commissione indica un percorso piuttosto dettagliato per avviare questo cambiamento culturale sensibile al genere, stabilendo obiettivi, attività, indicatori e individuando gli attori chiamati a svolgere questi compiti al fine di tradurre la parità di genere in risultati tangibili e valutabili. Di particolare rilevanza per l’oggetto di questa analisi è l’obiettivo n. 20 che riconosce esplicitamente l’impatto diseguale del cambiamento climatico su uomini e donne. Proprio per questo motivo, l’obiettivo n.20 stabilisce che le donne debbano avere il diritto di partecipare in modo significativo ai processi decisionali che riguardano le questioni climatiche e ambientali e sottolinea l’importanza di definire delle azioni concrete per aumentare la resilienza delle donne e delle ragazze di fronte ai disastri naturali e facilitare le loro iniziative come attori attivi nella protezione ambientale. Potremmo dunque concludere che il secondo piano d’azione per gli anni 2016-2020 estende l’identificazione del genere alle donne e alle ragazze, lasciando però, ancora una volta, inesplorato sia il rapporto tra uomini e donne, sia le responsabilità degli uomini rispetto alle decisioni – già prese o che si prenderanno – relative alle questioni ambientali e climatiche. Inoltre, nonostante questo documento ribadisca l’importanza di raccogliere dati disaggregati per genere per poter comprendere meglio il diverso impatto del cambiamento climatico sugli uomini e sulle donne e progettare politiche pubbliche sensibili al genere che rispondano ai loro diversi bisogni, il piano non indica delle misure concrete che realizzino quest’obiettivo. Analogamente, la strategia della Commissione europea sulla parità di genere per il periodo 2020-2025³² ribadisce l’importanza di tenere in considerazione il diverso impatto del

³⁰ EU Commission, *Joint Staff Working Document of 21 September 2015 on Gender Equality and Women's Empowerment: Transforming the Lives of Girls and Women through EU External Relations 2016-2020*, SWD(2015)182 final.

³¹ Tra i 17 obiettivi per lo sviluppo sostenibile che compongono l’Agenda 2030, si veda in particolare l’obiettivo n.5 sulla parità di genere.

³² EU Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 5 March 2020 on A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025* (COM(2020)152 final).

cambiamento climatico in base al genere e si sofferma in particolare sull'urgenza di proteggere le donne migranti e richiedenti asilo dalle forme di violenza basata sul genere di cui risultano frequentemente vittime in tutto il processo migratorio. Il documento usa esplicitamente il termine «rifugiati climatici» riferito alle donne, evidenziando come le donne che fuggono dal proprio paese di origine a seguito di catastrofi ambientali abbiano meno possibilità degli uomini. La stessa situazione si verifica anche in altri settori in cui intervengono le cosiddette «green policies» come per esempio nel campo della transizione ecologica, in cui coloro che si trovano in situazioni di povertà energetica sono prevalentemente donne, o nel settore del trasporto pubblico, in quanto tutte le politiche di contrasto alle emissioni incidono direttamente su chi lo utilizza di più, ovvero sulle donne. Una maggiore sensibilità al genere – ancora una volta identificato con le donne – consentirebbe dunque di migliorare in modo significativo tutte le «politiche verdi»³³. Oltre ad essere espressamente menzionata la questione della migrazione climatica in una prospettiva di genere, questo documento introduce un elemento di maggiore concretezza a sostegno di questo riconoscimento. Come si legge nella sezione n. 5, infatti, la Commissione stabilisce un fondo specifico, il *Migration and Asylum Fund*, per incoraggiare gli stati membri a definire azioni specifiche per tutelare i bisogni delle donne lungo tutto il processo migratorio, per favorire la loro integrazione nella società ospitante e per rafforzare la protezione dei gruppi più vulnerabili, tra cui le donne vittime di violenza basata sul genere subite durante il processo migratorio e di asilo³⁴. Un ulteriore elemento di novità rispetto ai documenti precedentemente discussi emerge dal riferimento al concetto di intersezionalità³⁵. La Commissione europea riconosce dunque che le donne e le ragazze possano essere discriminate per molteplici caratteristiche personali oltre al genere, quali la disabilità, la razza, l'età, o l'orientamento sessuale. In questo senso, la Commissione stabilisce che il *Migration and Asylum Fund* debba finanziare ed essere strettamente connesso a tutte le azioni e i piani che includono la tutela dei disabili, delle comunità LGBTI+, delle minoranze etniche (i.e., Roma) e dei diritti dei minori.

Non solo questo documento introduce finalmente una visione della donna come gruppo eterogeneo, ma ha il merito di mettere in luce gli stereotipi di genere come ulteriore fonte di discriminazione che limitano di fatto l'accesso delle donne al mondo del lavoro e contribuiscono a generare il cosiddetto *gender pay gap* (gap salariale tra uomini e donne). Tra le misure elencate dalla Commissione europea vi sono azioni di contrasto alle molestie nei contesti lavorativi, alla violenza online nei confronti delle donne, alla tratta di esseri umani, agli abusi sessuali su minori, oltre alla promozione di programmi educativi rivolti a ragazzi e ragazze per costruire relazioni non violente tra i due sessi. Le misure indicate per contrastare

³³ *Ibidem*, 15 ss.

³⁴ *Ibidem*, 16 ss.

³⁵ Secondo lo European Institute for Gender Equality (EIGE), l'intersezionalità è uno «strumento di analisi per studiare, comprendere e affrontare i modi in cui il sesso e il genere si intersecano con altre caratteristiche/identità personali, e il modo in cui tali intersezioni contribuiscono insieme ad un'unica esperienza di discriminazione», v. EIGE, *Intersezionalità*, 2016, (accesso il 4 giugno 2023), disponibile su https://eige.europa.eu/publications-resources/thesaurus/terms/1050?language_content_entity=it. Il concetto di intersezionalità fu introdotto ufficialmente nella dottrina giuridica da Kimberlé Crenshaw (vedi K. W. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1989), ma le prime tracce di questo termine comparvero già in alcuni trattati sui diritti umani dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, quali la Convenzione relativa all'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW) del 1979. Nel corpus giuridico dell'Unione europea questo termine comincia ad essere utilizzato a metà degli anni 2000 e in particolare nel sopra citato documento della Commissione europea in cui finalmente si comincia ad analizzare le donne come un gruppo eterogeneo.

concretamente le pratiche discriminatorie contro le donne sono ancora una volta strumentali al perseguimento di un'agenda di sviluppo che rimane sullo sfondo di questo piano. Non a caso, l'*empowerment* delle donne, compresa la loro inclusione nel processo decisionale nei consigli di amministrazione e nella *governance*, rimane uno degli obiettivi principali per stimolare la crescita economica.

Il Piano d'Azione per il Genere del 2020 (*Gender Action Plan*, GAP III)³⁶ riprende questa linea e aggiunge la centralità della leadership dell'UE nel promuovere la parità di genere nella politica estera e di sicurezza comune. Il contesto retorico rimane quello securitario legato alla visione delle donne e delle ragazze come attori chiave per promuovere la pace e la sicurezza, ma in questo caso si estende e si concentra sulle azioni esterne dell'UE. Nel caso specifico, la parità di genere viene proposta come tema trasversale per attuare un multilateralismo che incida sulle cause principali delle disuguaglianze di genere ovvero l'instabilità politica, i conflitti, il cambiamento climatico, il degrado ambientale, la migrazione, lo sfollamento forzato e la pandemia di Covid-19. Rispetto agli altri documenti della Commissione, il GAP III è quello che dedica maggiore spazio alla migrazione indotta dal clima in una prospettiva di genere. Espliciti sono infatti i riferimenti all'urgenza di proteggere i diritti umani delle donne e delle ragazze nel contesto dello sfollamento climatico attraverso politiche, programmi, leggi e *governance* migratorie sensibili al genere a livello globale, nazionale e regionale. In particolare, la Commissione si sofferma sulla centralità dell'azione regionale di contrasto alle disuguaglianze di genere nel contesto del cambiamento climatico, della migrazione, dello sfollamento forzato, del traffico di esseri umani e più in generale della sicurezza. Sempre nello spirito di promuovere l'agenda per le donne, la pace e la sicurezza, la Commissione stabilisce un nuovo programma di rafforzamento delle capacità per il personale militare nei paesi africani dove questi fenomeni si verificano più frequentemente. L'azione esterna dell'Unione europea deve dunque contribuire a consolidare il nesso aiuti umanitari-sviluppo-pace (*humanitarian-development-peace nexus*) attraverso percorsi di protezione delle vittime e dei superstiti, di prevenzione della violenza, di perseguimento dei colpevoli, di accesso ai servizi di sostegno psicosociale e di partecipazione alla vita economica e sociale delle vittime per il rafforzamento dei diritti economici e sociali delle ragazze e delle donne vittime di violenza. Queste azioni sono fondamentali soprattutto alla luce del fatto che le crisi umanitarie, i conflitti armati, i disastri naturali e le pandemie sono tutti fenomeni in grado di esacerbare la violenza basata sul genere. Un'ulteriore azione indicata dalla Commissione è quella di sostenere l'occupazione femminile nel contesto dello sfollamento forzato. Ancora una volta l'agenda di sviluppo si affianca a quella securitaria rivendicando l'*empowerment* delle donne migranti come strumentale alla promozione dello sviluppo sostenibile dei paesi di origine, transito e destinazione attraverso le rimesse e le conoscenze e competenze acquisite attraverso il processo migratorio. L'integrazione delle donne, e in particolare delle donne indigene, nei meccanismi di *governance*, nonché il riconoscimento dei loro bisogni specifici e delle loro difficoltà nel contesto dello sfollamento climatico, vengono inoltre considerati elementi essenziali per accelerare la transizione ecologica dei paesi in via di sviluppo maggiormente colpiti dal cambiamento climatico.

Per concludere, il GAP III sottolinea l'importanza di considerare la parità di genere come tema trasversale per guidare le azioni esterne dell'Unione europea e per avviare un'agenda trasformativa basata su politiche sensibili al genere e orientate all'intersezionalità nel contesto della migrazione e dello sfollamento climatico.

³⁶ EU Commission, *Joint Communication to the European Parliament and the Council of the 25 November 2020 on The 2020 EU Gender Action Plan (Gap) III – An Ambitious Agenda For Gender Equality And Women's Empowerment In EU External Action* (JOIN(2020)17 final).

4. Il nesso giustizia-genere-sviluppo nell'agenda del Parlamento europeo. Il Parlamento europeo è l'istituzione europea dove il nesso migrazione climatica-genere appare maggiormente sviluppato. Come già anticipato, il tema comincia ad essere trattato attraverso la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2008 sulla parità di genere e l'emancipazione femminile nella cooperazione allo sviluppo³⁷, in cui il Parlamento europeo critica la Commissione per non aver delineato obiettivi concreti, azioni dettagliate e fonti di finanziamento specifiche per ridurre la disparità di genere. Il Parlamento critica inoltre la Commissione per aver considerato le donne come «sineddoche» della vulnerabilità e di genere avendo trascurato l'importanza del rapporto tra uomini e donne, principale responsabile della disparità di genere. Proprio alla luce di queste riflessioni, il Parlamento sottolinea l'importanza, da un lato, di facilitare l'inserimento delle donne nei sindacati, soprattutto in ragione dell'alto numero di donne migranti e della loro vulnerabilità rispetto al mercato del lavoro delle società ospitanti, e dall'altro di promuovere programmi educativi rivolti sia a uomini che donne per contrastare la violenza basata sul genere e lo scarso coinvolgimento delle donne nei processi di *governance*. L'*empowerment* delle donne attraverso il loro coinvolgimento nei processi di *governance* e in programmi di formazione è funzionale a promuovere lo sviluppo economico delle comunità locali. Pertanto, anche se in questo documento non viene esplorato esplicitamente il nesso tra migrazione e cambiamento climatico nella prospettiva di genere, questo testo merita di essere menzionato in quanto introduce un'implicita agenda, altrettanto securitaria e complementare allo sviluppo, che emergerà con maggiore chiarezza in documenti di *policy* successivi.

La Risoluzione del Parlamento europeo del 29 settembre 2011 sull'elaborazione di una posizione comune dell'Unione europea in vista della Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile (Rio+20)³⁸ tocca espressamente il tema delle migrazioni climatiche nella prospettiva di genere. Espliciti sono infatti i riferimenti ai «rifugiati climatici» e l'invito a riconoscere loro uno status giuridico soprattutto in ragione del fatto che le categorie più vulnerabili rispetto agli impatti del cambiamento climatico sono le donne e i bambini. Nonostante le critiche rivolte alla Commissione, anche il Parlamento europeo sottolinea dunque la maggiore vulnerabilità delle donne all'interno dello stesso contesto retorico securitario che vede nel cambiamento climatico una minaccia esistenziale³⁹ in grado di esacerbare disparità di genere, conflitti, guerre, povertà, violazione dei diritti umani, e di compromettere il raggiungimento dei *Millennium Development Goals* (MDGs) stabiliti nel 2000 dall'Agenda di sviluppo delle Nazioni Unite.

Il Parlamento europeo riconosce esplicitamente l'impatto diseguale del cambiamento climatico tra uomini e donne anche nella Risoluzione del 20 aprile 2012 su donne e cambiamenti climatici⁴⁰, nella quale sviluppa il nesso, frequentemente utilizzato dai

³⁷ European Parliament, *European Parliament resolution of 13 March 2008 on Gender Equality and Women's Empowerment in Development Cooperation* (2007/2182(INI)).

³⁸ European Parliament, *European Parliament resolution of 29 September 2011 on developing a common EU position ahead of the United Nations Conference on Sustainable Development (Rio+20)*, P7_TA(2011)0430.

³⁹ Cfr. con la *securitization theory* proposta dalla *Copenhagen School*: B. Buzan, *Rethinking security after the Cold War*, in *Cooperation and Conflict*, 32, 1, 1997; B. Buzan, O. Wæver, *Regions and powers: The structure of international security*, Cambridge, 2003; B. Buzan, O. Wæver, J. De Wilde, *Security: A new framework for analysis*, Boulder, Colorado, 1998.

⁴⁰ European Parliament, *European Parliament resolution of 20 April 2012 on women and climate change* (2011/2197(INI)).

movimenti sociali, tra giustizia climatica⁴¹ e parità di genere⁴². Secondo questo nesso, le minacce poste dal cambiamento climatico si traducono in devastazioni ambientali che provocano sfollamenti e migrazioni forzate che colpiscono maggiormente i gruppi più vulnerabili della società, ovvero le donne e i bambini. In questo contesto, il cambiamento climatico non si limita ad esacerbare le disparità di genere, ma rafforza anche altre disuguaglianze ambientali che hanno impatti negativi sull'istruzione, aumentano la povertà, e accentuano le disuguaglianze di salute. Pertanto, la proposta del Parlamento è quella di ridurre tali disuguaglianze ambientali attraverso l'integrazione delle questioni di genere in tutte le strategie per la prevenzione e la gestione dei rischi di disastri, promuovendo al contempo l'*empowerment* delle donne attraverso il rafforzamento delle loro capacità di resilienza di fronte alle catastrofi ambientali e della loro piena partecipazione nei processi decisionali, di progettazione e di implementazione in tutti gli organismi che finanziano la prevenzione delle catastrofi, l'adattamento e la mitigazione del cambiamento climatico. Analogamente alla narrazione della Commissione europea relativa alle donne come *Trümmerfrauen* chiamate a ricostruire la pace e lo sviluppo, il Parlamento europeo sembrerebbe «trasportare» questa narrazione securitaria nel contesto del cambiamento climatico, enfatizzando il ruolo attivo delle donne nel veicolare conoscenze utili per salvare vite umane attraverso la loro partecipazione nella gestione dei disastri, nella tutela della biodiversità, nella gestione delle risorse idriche, nella tutela della sicurezza alimentare, nella prevenzione della desertificazione, nella protezione delle foreste e nel sostegno della salute pubblica.

La necessità di ripensare le donne non più (solo) come vittime degli impatti del cambiamento climatico, ma anche come attori di un'agenda trasformativa volta a promuovere strategie per la mitigazione e l'adattamento al cambiamento climatico viene ribadito dal Parlamento europeo nella relazione sulle donne, le pari opportunità e la giustizia climatica del 2017⁴³. In questa relazione il Parlamento ribadisce inoltre l'importanza di collegare il tema della giustizia climatica con la parità di genere e invita la Commissione a sviluppare questo nesso nel contesto del cambiamento climatico: la considerazione della parità di genere nel contesto della giustizia climatica è essenziale per collegare concettualmente la giustizia sociale, i diritti umani, la parità di genere e il diritto allo sviluppo.

Nonostante le differenze di prospettive, la Commissione e il Parlamento europeo sembrano pertanto convergere in un contesto retorico sostanzialmente securitario al quale si affianca un'agenda di sviluppo nella quale le donne, rappresentate nella duplice veste di «vittime» ed «eroine», sono chiamate a svolgere un ruolo determinante per il mantenimento della pace e

⁴¹ Sul concetto di giustizia climatica si veda A. S. E. Gareth, *Climate Justice*, in B. Coolsaet (a cura di), *Environmental Justice Key Issues*, Milton, 2020 e la definizione di P. Chatterton, D. Featherstone, P. Routledge, *Articulating climate justice in Copenhagen: Antagonism, the commons, and solidarity*, in *Antipode*, 45, 3, 2013, 606 citata dall'autore: «Briefly defined, climate justice refers to principles of democratic accountability and participation, ecological sustainability and social justice and their combined ability to provide solutions to climate change. Such a notion focuses on the interrelationships between, and addresses the roots causes of, the social injustice, ecological destruction and economic domination perpetrated by the underlying logics of pro-growth capitalism. In particular, climate justice articulates a rejection of capitalist solutions to climate change (eg carbon markets) and foregrounds the uneven and persistent patterns of eco-imperialism and 'ecological debt' as a result of the historical legacy of uneven use of fossil fuels and exploitation of raw materials, offshoring, and export of waste». In altre parole, la giustizia climatica è una sottocategoria della giustizia ambientale, concetto dal quale riprende l'impostazione teorica di base arricchendolo però con le specifiche istanze dei movimenti sociali impegnati nella lotta contro le disuguaglianze generate dal cambiamento climatico antropogenico.

⁴² R. P. Crease, M. Parsons, K. T. Fisher, "No climate justice without gender justice", in J. Tahseen (a cura di), *Routledge Handbook of Climate Justice*, Abingdon, 2021; S. MacGregor, *Gender matters in environmental justice*, in B. Coolsaet (a cura di), *Environmental Justice Key Issues*, Milton, 2020; J. Sze, *Gender and environmental justice*, in S. MacGregor (a cura di), *Routledge handbook of gender and environment*, Abingdon, 2019.

⁴³ European Parliament, *Report of 18 December 2017 on women, gender equality and climate justice* (2017/2086(INI)).

la promozione dello sviluppo sostenibile. A differenza della Commissione, la posizione del Parlamento si potrebbe sintetizzare con la figura retorica della metonimia, ovvero la sostituzione della causa con l'effetto.

In questo contesto retorico, infatti, la parità di genere viene proposta come funzionale allo sviluppo come se non fosse proprio lo sviluppo (o perlomeno un certo tipo di sviluppo) a mantenere, consolidare e creare nuove disuguaglianze di genere.

5. La parità di genere come mezzo di promozione dello sviluppo nella diplomazia climatica del Consiglio. Rispetto alle altre istituzioni europee, il Consiglio ha avuto il merito di introdurre ufficialmente la prospettiva di genere nelle politiche europee. Il concetto di *gender mainstreaming*, che consiste nel promuovere l'equità tra uomini e donne in tutte le attività e le politiche a tutti i livelli di *governance*, è entrato nell'ordinamento europeo attraverso il Regolamento n. 2836/98 del Consiglio del 22 dicembre 1998 relativo all'integrazione delle questioni «di genere» nella cooperazione allo sviluppo⁴⁴. Il Consiglio ha adottato questo regolamento a distanza di pochi anni dalla quarta conferenza mondiale sulle donne svoltasi a Pechino nel 1995⁴⁵ e come risultato di alcuni documenti precedentemente adottati da altre istituzioni europee⁴⁶. Nella prospettiva del Consiglio, la parità di genere deve guidare l'elaborazione delle politiche di cooperazione allo sviluppo. Anche se il tema della migrazione e dello sfollamento climatico saranno trattati espressamente solo a partire dagli anni Duemila, il Regolamento n. 2836/98 del Consiglio anticipa il contesto retorico prevalente dell'agenda del Consiglio: la centralità dello sviluppo per garantire la sicurezza. Come il Parlamento, la figura retorica che sintetizza in modo più efficace la narrazione del Consiglio rispetto ai temi oggetto di questa ricerca è la metonimia. A differenza del Parlamento però, la sostituzione della causa con l'effetto riguarda lo sviluppo e la sicurezza da un lato e la migrazione e lo sviluppo dall'altra. Lo sviluppo viene indicato come «antidoto» all'instabilità politica e dunque promosso per garantire la sicurezza al di fuori dei confini dell'Unione europea. Lo sviluppo, tuttavia, o quanto meno un certo tipo di sviluppo, ha prodotto esattamente l'esito contrario: molti sono i casi di conflitto scoppiati proprio per il controllo di risorse e materie prime necessarie per incrementare la crescita economica⁴⁷.

La stessa sostituzione viene applicata in documenti successivi nel contesto dello sfollamento e della migrazione climatica, entrambi visti come fenomeni causati dal mancato sviluppo. Questa si tratta di una sostituzione evidente in quanto è stato proprio lo sviluppo, o perlomeno il tipo di sviluppo portato avanti finora dai paesi sviluppati, a provocare sfollamento e migrazioni climatiche.

Questa enfasi sull'agenda di sviluppo nel contesto del cambiamento climatico emerge con

⁴⁴ Council, Council Regulation (EC) No 2836/98 of 22 December 1998 on integrating gender issues in development cooperation. Official Journal L 354 of 30.12.1998.

⁴⁵ Vedi in particolare il paragrafo K *Women and Environment* in United Nations, *Beijing Declaration and Platform of Action, adopted at the Fourth World Conference on Women*, 27 October 1995, disponibile su www.refworld.org/docid/3dde04324.html.

⁴⁶ Vv., tra gli altri, le Risoluzioni del Parlamento europeo del 14 maggio 1992 sulla situazione delle donne nei paesi in via di sviluppo e del 15 giugno 1995 sulla quarta conferenza mondiale sulle donne a Pechino, e la comunicazione della Commissione europea del 21 febbraio 1996 sull'integrazione delle pari opportunità per le donne e gli uomini in tutte le comunità politiche e attività, (COM(96)67). A seguito di tale comunicazione, il Consiglio e i rappresentanti dei governi degli Stati membri hanno adottato la risoluzione del 20 dicembre 1995, che richiede la piena integrazione delle questioni di genere nella cooperazione allo sviluppo e il coordinamento tra la Commissione e gli Stati membri in questo campo.

⁴⁷ Per una ricognizione delle guerre scoppiate per il controllo di risorse essenziali per lo sviluppo, si veda per esempio M. Fini, *La guerra democratica*, Milano, 2012.

chiarezza nelle Conclusioni del Consiglio del 2009 sul cambiamento climatico e lo sviluppo⁴⁸ nelle quali il Consiglio introduce una prospettiva di genere sul cambiamento climatico all'interno dell'agenda di sviluppo allora dettata dai *Millennium Development Goals* (MDGs). Il Consiglio riconosce che il cambiamento climatico impatta negativamente sugli obiettivi di sviluppo, sulla povertà, sulla migrazione e sulla sicurezza dei paesi meno sviluppati, tra cui gli Stati insulari in via di sviluppo (*Small Island Developing States*, SIDS) e i paesi africani. Per fronteggiare questi effetti negativi, il Consiglio invita quindi gli Stati Membri e la Commissione europea a finanziare strategie di sviluppo alternative a basse emissioni di carbonio e resilienti ai cambiamenti climatici per promuovere politiche di adattamento al cambiamento climatico, avendo cura di includere la parità di genere e l'*empowerment* delle donne tra le priorità politiche. In questo senso la cooperazione allo sviluppo attraverso accordi bilaterali o con il multilateralismo è uno strumento essenziale per promuovere l'adattamento al cambiamento climatico, ridurre il rischio di disastri e, in ultima analisi, minimizzare gli impatti sul *welfare*. Il contributo finanziario per supportare politiche di mitigazione del cambiamento climatico deve riflettere le diverse responsabilità rispetto alle emissioni globali e le capacità contributive. Il Consiglio si aspetta dunque un maggior contributo da parte dei Paesi Membri e della Commissione europea a tutela dei paesi in via di sviluppo sia per mitigare le proprie (maggiori) emissioni, sia per promuovere lo sviluppo sostenibile nei paesi più colpiti dal cambiamento climatico.

Le conclusioni del Consiglio del 25 giugno 2012 sulla parità di genere e l'ambiente⁴⁹ sviluppano con maggiore chiarezza la centralità delle donne nel promuovere lo sviluppo sostenibile. Diversamente dalle narrazioni precedenti che hanno inquadrato le donne come sineddoche di vulnerabilità, il Consiglio indica le donne come agenti di cambiamento e promotrici dell'agenda di sviluppo sostenibile. In particolare, il Consiglio sottolinea il fatto che le donne hanno modelli di consumo differenti e assai più sostenibili degli uomini oltre ad essere maggiormente sensibili e attive nella lotta contro il cambiamento climatico. Alla luce di tutto ciò, il Consiglio ribadisce l'importanza di garantire la piena partecipazione alle donne nel campo della ricerca relativa alla mitigazione del cambiamento climatico e soprattutto negli organismi decisionali che incidono sulle politiche ambientali, soprattutto energia e trasporti. Per favorire l'accesso delle donne nei settori dove il loro apporto può essere decisivo non si può prescindere dall'eliminazione degli stereotipi di genere e di tutte le barriere che impediscono alle donne di accedere agli stessi livelli di istruzione, formazione e vita lavorativa degli uomini. Come anche le altre istituzioni europee, tuttavia, il Consiglio si concentra quasi esclusivamente sulle donne, confermando così una visione ancora piuttosto limitata del genere.

Il coinvolgimento diretto del Consiglio sulla questione della migrazione climatica in una prospettiva di genere emerge soprattutto nelle conclusioni del 2014 sulla migrazione nella cooperazione allo sviluppo dell'Unione europea⁵⁰ nelle quali il Consiglio incorpora esplicitamente il fenomeno migratorio all'interno della sua agenda di sviluppo. La migrazione viene considerata come un tema complesso, all'intersezione di diverse aree di intervento quali l'impiego, la salute, l'istruzione, la protezione sociale e il cambiamento climatico. Per questo motivo, la sua integrazione nell'agenda di sviluppo appare, dal punto di vista del Consiglio, risolutiva in quanto lo sviluppo riduce tutte le cause alla base della migrazione irregolare e

⁴⁸ Council, Council conclusions of 17 November 2009 *on climate change and development*, 16071/09.

⁴⁹ Council, Council conclusions of 25 June 2012 *on gender equality and the environment: enhanced decision-making, qualifications and competitiveness in the field of climate change mitigation policy in the EU*, 11638/12.

⁵⁰ Council, Council Conclusions of 12 December 2014 *on Migration in EU Development Cooperation*, 16901/14; il Consiglio ha espresso questa posizione nelle Council conclusions of 19 July 2013 *on the 2013 High level Dialogue on Migration and Development and on broadening the development-migration nexus*.

dello sfollamento forzato, ovvero l'instabilità politica, la violazione dei diritti umani, la vulnerabilità ambientale e la povertà. Inoltre, la migrazione regolare e la mobilità umana sono a loro volta dei fattori che facilitano lo sviluppo (*i.e., development enablers*): basti pensare ai vantaggi della migrazione circolare rispetto alla circolazione delle competenze e delle conoscenze acquisite all'estero. In questo senso, per attuare una *governance* efficace del processo migratorio la cooperazione internazionale è fondamentale essendo la migrazione un fenomeno complesso che richiede la collaborazione dei paesi di origine, di transito e di destinazione. L'assistenza umanitaria viene utilizzata come esempio chiave per mostrare i vantaggi della cooperazione internazionale, soprattutto nella protezione dei diritti dei rifugiati, degli sfollati interni e dei migranti in situazioni di vulnerabilità che sono più a rischio di subire violenze basate sul genere. Secondo la prospettiva del Consiglio, una pianificazione a lungo termine dello sviluppo soprattutto nei primi stadi di crisi può essere fondamentale per complementare l'assistenza umanitaria prevenendo queste forme di violenze. In questo passaggio, emerge lo stesso nesso aiuti umanitari-sviluppo-pace evidenziato nel GAP III dalla Commissione europea con la differenza che mentre la Commissione sembrerebbe inquadrare quel nesso in una più ampia agenda securitaria, il Consiglio lo incorpora nella sua (prevalente) agenda di sviluppo.

Ai fini di questo studio, le Conclusioni del Consiglio del 2016⁵¹ risultano particolarmente incisive per capire la posizione del Consiglio rispetto alla migrazione climatica. L'integrazione della migrazione climatica nell'agenda di sviluppo del Consiglio emerge chiaramente dalla costruzione del nesso migrazione climatica-sviluppo che vede nelle scarse possibilità di sviluppo, nelle condizioni di insicurezza umana, nel cambiamento climatico e nei disastri le principali sfide che compromettono una gestione efficace della crisi globale del rifugiato in Europa. La creazione di opportunità sociali ed economiche durevoli, comprese attività di formazione a tutti i livelli per gli sfollati forzati, viene vista come un'attività decisiva per dare un contributo significativo all'assistenza umanitaria. In piena coerenza con l'Agenda 2030 che invoca il principio del «non lasciare indietro nessuno», i beneficiari principali di queste attività dovranno essere soprattutto i gruppi più vulnerabili ovvero le donne, i giovani, i bambini, le persone con disabilità, i rifugiati e gli sfollati interni.

Le conclusioni del Consiglio sulla diplomazia climatica del 2018⁵² aggiungono un ulteriore tassello alla prevalente agenda di sviluppo del Consiglio: la prospettiva della diplomazia climatica⁵³. Secondo questa prospettiva, l'Unione europea è chiamata a svolgere un ruolo di leader globale nelle sue azioni esterne al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile attraverso azioni diplomatiche climatiche ed energetiche fino ai più alti livelli ufficiali nel quadro dell'Accordo di Parigi del 2015 e della già citata Agenda 2030 e dei suoi *Sustainable Development Goals* (SDGs). La posizione del Consiglio assorbe in parte la narrazione securitaria del cambiamento climatico inteso come causa principale dell'incremento dei disastri, dello sfollamento delle persone e dei disordini socio-politici. In questo quadro, il Consiglio ribadisce l'importanza di proteggere i diritti umani delle persone nel contesto del cambiamento climatico attraverso azioni diplomatiche volte a promuovere la parità di genere, l'*empowerment* delle donne e la loro piena partecipazione e leadership nel raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile e nella promozione dell'adattamento al cambiamento climatico.

⁵¹ Council. *Council Conclusions of 12 May 2016 on the EU approach to forced displacement and development*, 8832/16.

⁵² Council, *Council conclusions of 26 February 2018 on climate diplomacy*, 6125/18.

⁵³ Cfr. Citizenship, Commission, and External Affairs, *Boosting International Subnational Climate Diplomacy Ahead of COP27 and COP28*, 2022, 1: «At the EU level, the EU Council defines climate diplomacy as EU's work in both multilateral fora and at a bilateral level on promoting ambitious global climate goals and actions in pursuit of a planetary transition towards climate neutrality».

Lo stesso contesto retorico securitario riaffiora nelle conclusioni del 2019 sulla diplomazia climatica⁵⁴, nelle quali il cambiamento climatico è descritto ancora una volta come una minaccia diretta ed esistenziale dagli impatti devastanti. Il Consiglio ribadisce pertanto l'urgenza dell'Unione europea di porsi come leader nella promozione dell'agenda di sviluppo sostenibile attraverso azioni climatiche che diano una risposta concreta agli impatti del cambiamento climatico e che garantiscano quindi la sicurezza internazionale e la stabilità politica. L'agenda di sviluppo e l'agenda securitaria vanno di pari passo seppur con diversi livelli di priorità⁵⁵. Il Consiglio utilizza le «armi» della diplomazia climatica ed energetica per accelerare una transizione globale verso un'economia circolare, resiliente e climaticamente neutrale attraverso la cooperazione con paesi terzi e in via di sviluppo. In piena coerenza con l'Accordo di Parigi, il Consiglio definisce dunque una strategia a lungo termine per assicurare la protezione dell'ambiente e la transizione verso un'economia climaticamente neutrale. In ultima analisi, l'obiettivo resta quello di aumentare la resilienza e ridurre la vulnerabilità dei paesi più colpiti dal cambiamento climatico attraverso la mobilitazione finanziaria⁵⁶.

La questione di genere e la tutela delle persone più vulnerabili torneranno ad essere trattate nelle Conclusioni del Consiglio del 2022⁵⁷ dove il Consiglio riprende il nesso, già evidenziato in altri documenti, tra l'assistenza umanitaria, lo sviluppo e la pace. Secondo questa prospettiva, il Consiglio invita l'Unione europea ad adottare un approccio integrato che metta insieme cambiamento climatico e sicurezza, per stabilire un quadro di riferimento per le azioni esterne dell'Unione europea secondo il nesso clima, pace e sicurezza. All'interno di questo quadro, il Consiglio ribadisce il suo impegno nel supportare finanziariamente la protezione dei gruppi e dei paesi più vulnerabili ai fenomeni climatici estremi in conformità con l'approccio umanitario sopra menzionato. In particolare, il contributo del Consiglio è quello di garantire il finanziamento di tutte le azioni che possano evitare, ridurre e affrontare le perdite e i danni correlati agli impatti negativi del cambiamento climatico⁵⁸. Oltre alla tutela dei gruppi più vulnerabili, il Consiglio ribadisce inoltre la centralità dell'*empowerment* delle donne e delle ragazze, nonché di iniziative come *Youth4Climate*⁵⁹ esplicitamente dirette ai giovani per il loro coinvolgimento nei processi decisionali che riguardano il cambiamento climatico. Resta ferma, nella narrazione del Consiglio, la particolare enfasi sul ruolo attivo delle donne – ora esteso anche alle ragazze e ai giovani – come mezzo per promuovere lo sviluppo sostenibile in tutti i livelli di *governance* dell'UE.

6. Conclusioni. Lo studio qui proposto ha analizzato il tema della migrazione climatica nella prospettiva di genere nelle politiche dell'Unione europea. Data l'assenza di trattati internazionali ed europei sulla migrazione climatica, questo articolo si è concentrato sull'analisi dei documenti di *policy* delle istituzioni politiche europee più rilevanti, ovvero la Commissione europea, il Parlamento europeo e il Consiglio. I documenti sono stati esaminati

⁵⁴ Council, Council conclusions on climate diplomacy of 18 February 2019. 6153/19.

⁵⁵ Come già anticipato, per il Consiglio la priorità rimane quella di promuovere lo sviluppo sostenibile.

⁵⁶ La mobilitazione finanziaria rimane un nodo cruciale ed è spesso invocata tra le soluzioni climatiche internazionali. Si veda ad esempio l'enfasi attribuita all'importanza di costituire il *Loss and Damage Fund* durante le negoziazioni della COP 27 <https://unfccc.int/news/cop27-reaches-breakthrough-agreement-on-new-loss-and-damage-fund-for-vulnerable-countries> [accesso effettuato il 9 giugno 2023].

⁵⁷ Council of the European Union, *Council conclusions of 21 February 2022 on EU Climate Diplomacy: accelerating the implementation of Glasgow outcomes* (6120/22).

⁵⁸ Nel testo originale, il Consiglio usa letteralmente l'espressione «to avert, minimize and address loss and damage» che riprende testualmente gli obiettivi della *UNFCCC-Task Force on Displacement* istituita dall'UNFCCC nel 2015 come risposta agli impegni presi durante l'Accordo di Parigi. Cfr. F. Rosignoli, *Environmental Justice for Climate Refugees*, London, 2022.

⁵⁹ Per maggiori informazioni sull'iniziativa *Youth4Climate*, v. <https://www.youth4climate.info/about>.

attraverso la lente del *Rhetorical Political Analysis* al fine di cogliere le narrazioni e i contesti retorici che spiegano le diverse agende politiche così come i punti di contatto e i denominatori comuni delle diverse istituzioni. Come emerge da quest'analisi, le tre istituzioni sembrerebbero convergere sul tema del *gender mainstreaming* ovvero sulla necessità di integrare la parità di genere in tutte le politiche dell'UE, compresa quella oggetto di questo studio. Tuttavia, ciascuna istituzione ha incorporato questo tema nella propria agenda politica utilizzando strategie retoriche differenti. In particolare, la Commissione europea ha mostrato di avere un'agenda politica prevalentemente securitaria nella quale ha saputo introdurre il tema del genere «securitizzandolo». Nello specifico, il nesso sicurezza, pace e sviluppo introdotto con la Risoluzione 1325 (2000) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, che ben sintetizza anche le aree di priorità della Commissione, è stato ampliato attraverso il tema della parità di genere affidando alle donne il ruolo di mediatrici di pace e promotrici dello sviluppo sostenibile. Questa narrazione, tuttavia, rivela non solo una visione erronea e limitata del genere identificandolo con le sole donne, ma anche una visione altrettanto «romantica» e poco realistica dell'«agibilità politica» delle donne stesse che si trovano comunque ad operare e a confrontarsi con un sistema patriarcale e capitalista⁶⁰. Questa visione delle donne come «sineddoche» del genere e della vulnerabilità, in quanto spesso ritratte come il gruppo più vulnerabile rispetto ai cambiamenti climatici e alle sfide globali, è mutata leggermente nel corso degli ultimi anni con una crescente attenzione al tema dell'intersezionalità e ai molteplici fattori di discriminazione, sebbene il tema resti tuttavia ancora poco esplorato e con scarse applicazioni concrete sul fronte dell'implementazione. Si nota anche una maggiore considerazione del gruppo LGBTQ a cui la Commissione ha dedicato una specifica strategia attraverso la prima strategia europea per l'uguaglianza del gruppo LGBTQ per il periodo 2020-2025⁶¹. Per quanto riguarda la migrazione climatica e lo sfollamento, sono temi affrontati dalla Commissione europea in una chiara prospettiva securitaria: la lotta contro il cambiamento climatico è vista come strumentale al raggiungimento di una maggiore equità, anche di genere, e soprattutto degli obiettivi dettati dalle agende internazionali di sicurezza e di sviluppo⁶².

Nonostante si riconosca il cambiamento climatico come una delle cause principali della migrazione, la migrazione climatica in sé non è ancora al centro dell'agenda politica europea e il tema risulta scarsamente trattato, soprattutto in una prospettiva di genere. Fa eccezione, nella comparazione tra le istituzioni europee, il Parlamento europeo che risulta l'istituzione più sensibile a questo tema e più ricettiva alle istanze della società civile. Esplicito è infatti l'invito a riconoscere uno status giuridico internazionale ai rifugiati climatici e ambientali⁶³ così come sono numerosi i documenti in cui si evidenziano gli impatti diseguali dei cambiamenti climatici tra uomini e donne. Un altro elemento che contraddistingue il Parlamento europeo rispetto alle altre istituzioni è l'aver dato esplicito riconoscimento al nesso giustizia climatica-parità di genere. Riprendendo un tema sviluppato dai movimenti

⁶⁰ Su questo punto si veda K. H. Sheeler, K. V. Anderson, *Gender, Rhetoric, and International Political Systems: Angela Merkel's Rhetorical Negotiation of Proportional Representation and Party Politics*, in *Communication Quarterly*, 62, 4, 2014.

⁶¹ EU Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 12 November 2020 on Union of Equality: LGBTQ Equality Strategy 2020-2025*, COM(2020)698 final.

⁶² Il riferimento è all'agenda securitaria introdotta attraverso la Risoluzione 1325 (2000) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e all'agenda di sviluppo stabilita attraverso l'Agenda 2030 e agli obiettivi di sviluppo sostenibile.

⁶³ Cfr. la già citata European Parliament, *European Parliament resolution of 29 September 2011 on developing a common EU position ahead of the United Nations Conference on Sustainable Development (Rio+20)*. P7_TA(2011)0430, let. K: «whereas environmental disasters are leading to a growing number of displaced persons; whereas it is necessary to establish an international status for climate and environmental refugees».

sociali e ambientali, il Parlamento europeo riconosce come le disuguaglianze di genere e ambientali siano strettamente connesse e richiedano pertanto un'azione concreta di contrasto alle disparità di genere per la loro riduzione. Il Parlamento europeo riconosce inoltre l'importanza di considerare la relazione tra uomini e donne per contrastare efficacemente la violenza basata sul genere, nonché di prevedere non solo azioni a tutela delle vittime ma soprattutto azioni volte a perseguire efficacemente gli autori dei reati ascrivibili alle violenze basate sul genere.

Un'analisi attenta del contesto retorico del Parlamento europeo svela tuttavia una certa consonanza con l'agenda securitaria e di sviluppo che caratterizzano la Commissione e il Consiglio. Come si legge nella *Relazione sulle donne, le pari opportunità e la giustizia climatica* del 2017⁶⁴, è vero che il Parlamento europeo invita la Commissione a sviluppare il nesso giustizia climatica-parità di genere nel contesto del cambiamento climatico, ma lo fa suggerendo di «agganciare» questo nesso all'interno di una catena di equivalenze che lega insieme la giustizia climatica e sociale, i diritti umani, la parità di genere e il diritto allo sviluppo. Il fine ultimo dell'agenda del Parlamento europeo sembrerebbe dunque quello di promuovere la parità di genere per rendere più resilienti i gruppi vulnerabili e favorire lo sviluppo. In questo senso, la figura retorica che meglio sintetizza la sua agenda politica è quella della metonimia, intesa come la sostituzione della causa con l'effetto: la parità di genere viene vista come funzionale allo sviluppo, mentre è stato proprio questo tipo di sviluppo a generare le disuguaglianze di genere del passato, del presente e del futuro. Inoltre, la proposta di incorporare il nesso giustizia climatica-parità di genere nell'agenda di sviluppo, perlomeno il tipo di sviluppo finora perseguito, appare sostanzialmente come un ossimoro⁶⁵, soprattutto se si pensa al concetto di giustizia climatica che di fondo non è che una profonda critica al modello di sviluppo capitalistico-industriale odierno⁶⁶. Da questo punto di vista, il Parlamento europeo mostra alcuni punti di contatto con l'agenda apertamente incentrata sullo sviluppo del Consiglio, sebbene quest'ultima sia declinata esplicitamente nella prospettiva della cooperazione e delle azioni esterne dell'Unione europea. Come discusso sopra, il Consiglio tratta espressamente il tema della migrazione climatica nelle sue conclusioni del 2014, nelle quali inquadra questo fenomeno all'interno di un'agenda di sviluppo e di sicurezza. Nel contesto retorico che emerge dai documenti analizzati del Consiglio, il cambiamento climatico viene ritratto come una minaccia esistenziale in grado di mettere a repentaglio lo sviluppo e dunque la sicurezza dei paesi più vulnerabili ed esposti. In tale contesto, l'Unione europea deve porsi dunque come leader nella promozione dello sviluppo sostenibile utilizzando le «armi» della diplomazia climatica ed energetica⁶⁷. La prospettiva di genere rispetto alla migrazione e allo sfollamento climatico appare poco esplorata. Quando trattata, l'enfasi del Consiglio si posa sulla figura delle donne come promotrici dello sviluppo sostenibile e agenti attivi della transizione ecologica verso un'economia a basse emissioni di carbonio. Questa visione delle donne ancora una volta ritratte come sineddoche del genere, viene leggermente rivista nelle Conclusioni del 2016, dove il Consiglio riconosce

⁶⁴ European Parliament, *Report of 18 December 2017 on women, gender equality and climate justice* (2017/2086(INI)).

⁶⁵ L'ossimoro è una figura retorica che unisce due termini tra loro antitetici, producendo così una sorta di paradosso apparente.

⁶⁶ Tra gli altri autori che hanno sottolineato questo aspetto della giustizia climatica all'interno del dibattito sulla migrazione indotta dal clima, si vedano C. G. Gonzalez, *Racial capitalism, climate justice, and climate displacement*, in *Onati Socio-Legal Series*, 11, 1, 2021 e E. Turhan, M. Armiero, *Of (not) being neighbors: cities, citizens and climate change in an age of migrations*, in *Mobilities*, 14, 3, 2019. Sul concetto di giustizia climatica come critica del capitalismo vedi anche il capitolo sopracitato A.S.E. Gareth, *Climate Justice*, in B. Coolsaet (a cura di), *Environmental Justice Key Issues*, Milton, 2020.

⁶⁷ Cfr. le conclusioni del Consiglio del 2018, 2019 e del 2022 sopracitate.

l'importanza di includere anche giovani, bambini e persone con disabilità all'interno dei gruppi più vulnerabili nel contesto della migrazione e dello sfollamento climatico. Il rapporto tra uomini e donne resta tuttavia scarsamente esplorato, lasciando di fatto inalterata la visione della Commissione europea già criticata dal Parlamento europeo.

In conclusione, l'uso del *Rhetorical Political Analysis* contribuisce a svelare le agende predominanti delle istituzioni politiche europee esaminate, mostrando come l'apparente denominatore comune dato dal *gender mainstreaming* resta di fatto confinato nei *silos* di documenti espressamente dedicati a questo tema senza entrare però in modo significativo nelle politiche settoriali dove dovrebbe. Rispetto all'oggetto di questo studio, il Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo è un esempio emblematico, essendo i riferimenti alla parità di genere limitati al riconoscimento della maggiore esposizione di donne e bambini alla violenza di genere durante il processo migratorio. Manca infatti un'indicazione precisa in merito a delle misure concrete che consentirebbero non solo di proteggere i gruppi più vulnerabili alla violenza di genere, ma di formulare politiche migratorie che rispondano ai diversi bisogni di donne, uomini, ragazzi, ragazze, bambini e comunità LGBTQ nel contesto del cambiamento climatico. In ultima analisi, la parità di genere non sembrerebbe essere quel tema trasversale in grado di guidare tutte le politiche dell'Unione europea a tutti i livelli, quanto piuttosto un tema ancillare, di fatto incorporato nelle altre agende «trainanti» e predominanti dell'Unione europea quali quella securitaria e di sviluppo.

Abstract. Analogamente al Global Compact for Safe, Orderly, and Regular Migration del 2018, Il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo dell'Unione europea (UE) del 2020 annovera i disastri naturali e il cambiamento climatico tra le principali sfide capaci di incidere sulla migrazione. Ciononostante anche questo recente strumento dell'UE non attribuisce uno status giuridico alle persone che fuggono dalle devastazioni ambientali. In assenza di una definizione giuridica, i migranti climatici continuano a non essere protetti né dal diritto internazionale né dal diritto europeo. Questa lacuna giuridica aumenta a sua volta la vulnerabilità dei gruppi più marginalizzati, in particolare delle donne che rappresentano l'80% degli sfollati ambientali. Questo dato solleva questioni quali la parità di genere, la giustizia di genere e la giustizia ambientale che sono sempre più discusse dai *policy makers*, dagli attori non statali e dalla società civile. Il presente contributo esamina tali questioni analizzando i documenti di policies delle principali istituzioni europee (i.e. il Parlamento, la Commissione e il Consiglio) attraverso la lente del Rhetorical Political Analysis (RPA). Questa analisi può offrire ai *policy makers* un utile strumento per migliorare le politiche esistenti tenendo maggiormente in considerazione le specificità di genere e le istanze della giustizia ambientale.

Abstract. Similarly to the 2018 Global Compact for Safe, Orderly, and Regular Migration, the EU New Pact on Migration and Asylum adopted in 2020 acknowledges natural disasters and climate change among the drivers of migration. However, it also fails to recognize a new legal subjectivity for people fleeing environmental disruptions. Without a legal definition, climate-induced migrants are protected neither under international nor EU law. This protection gap is more likely to increase the vulnerabilities of most marginalized groups, particularly women. UN figures show that 80% of people displaced by climate change are women. This data raises gender equality, gender justice, and environmental justice issues that are increasingly discussed by policy-makers, non-state actors, and civil society. This contribution examines these issues by analyzing policy documents of the main EU institutions (such as the EU Parliament, EU Commission, and the Council) through the lens of the rhetorical political analytical (RPA) paradigm. This analysis will offer useful insights to policy-makers for making existing policies more gender-sensitive and aligned with

environmental justice claims.

Parole chiave. Migrazione climatica – giustizia ambientale – genere – Parlamento europeo – Commissione europea – Consiglio.

Key words. Climate migration – environmental justice – gender – European Parliament – European Commission – Council.

LE RISPOSTE NAZIONALI DI ALCUNI STATI MEMBRI DELL'UE ALLA CRISI DELLO SFOLLAMENTO PER MOTIVI AMBIENTALI: UN RIFERIMENTO PARTICOLARE AL CASO ITALIANO*

di Daniel Gracia Pérez**

Sommario. Le direttive 2001/55/CE e 2011/95/UE e la possibilità per gli Stati membri dell'UE di concedere anche forme di protezione nazionali. – 2. Finlandia. – 2.1. Protezione umanitaria per motivi ambientali. – 2.2. Protezione temporanea. – 3. Svezia. – 4. Cipro. – 5. Italia. – 5.1. La protezione speciale per motivi umanitari (art. 19, cc. 1.1 e 1.2, d.lgs. n. 286/1998). – 5.1.1. Evoluzione legislativa della protezione umanitaria. – 5.1.2. L'applicazione della protezione speciale per motivi umanitari allo sfollamento ambientale: i recenti sviluppi giurisprudenziali della Corte di Cassazione. – 5.2. Il permesso di soggiorno per calamità nel Paese d'origine dello straniero (art. 20-*bis*, d.lgs. n. 286/1998). – 5.3. Misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali (art. 20, d.lgs. n. 286/1998). – 5.3.1. Differenze tra le misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali e il permesso di soggiorno per casi di calamità. – 5.3.1.1. Una diversa fattispecie: disastro naturale contro calamità. – 5.3.1.2. Determinazione dello *status* di protezione su base individuale o di gruppo: la necessità di un afflusso massiccio di sfollati nel contesto delle misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali. – 5.3.2. Contenuto delle misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali. – 6. Conclusioni.

1. Le direttive 2001/55/CE e 2011/95/UE e la possibilità per gli Stati membri dell'UE di concedere anche forme di protezione nazionali. L'origine delle due direttive si trova nel Consiglio europeo di Tampere, che ha tenuto una sessione speciale in questa città meridionale finlandese il 15 e 16 ottobre 1999¹. Entrambe sono state concepite sulla base della solidarietà tra tutti gli Stati membri, data la crescente pressione migratoria sugli Stati i cui confini esterni costituiscono la frontiera europea, e hanno rappresentato delle tappe nel processo di creazione di una politica comune dell'UE in materia di asilo e migrazione. Da un lato, il Consiglio europeo ha chiesto al Consiglio di intensificare gli sforzi per raggiungere un accordo sulla protezione temporanea degli sfollati e alla Commissione di esaminare la possibilità di istituire una sorta di riserva finanziaria per le situazioni di afflusso massiccio di rifugiati che necessitano di protezione temporanea². Il risultato è stata la

* *Sottoposto a referaggio*. Questo contributo fa parte del dossier di studi *La sfida della migrazione climatica*, a cura di Susana Borrás Pentinat e Angela Cossiri ed è frutto del Progetto CLIMOVE, finanziato dal programma di ricerca e innovazione Horizon 2020 dell'Unione Europea con l'accordo di sovvenzione Marie Skłodowska-Curie (H2020-MSCA-IF-2020) n. 101031252 dell'Università degli Studi di Macerata (Italia). Gli articoli riflettono solo il punto di vista degli autori e la REA non è responsabile dell'uso che può essere fatto delle informazioni in esso contenute.

** Professore Assistente – Universidad del Atlántico Medio.

¹ Consiglio europeo, *Tampere European Council. Presidency Conclusions*, 15-16 Ottobre 1999.

² *Ibid.*, paragrafo 16.

Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, *sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi* (abbreviata DPT). Questo nuovo meccanismo stabilisce norme minime comuni per la concessione di protezione alle persone che arrivano in massa nell'UE da un Paese terzo o da un'area geografica specifica (art. 2, lett. d)), per un periodo massimo di un anno, prorogabile di sei mesi per un ulteriore anno, che può eccezionalmente essere esteso a tre anni, a maggioranza qualificata del Consiglio (art. 4). Oltre a stabilire il contenuto minimo comune della protezione temporanea (cap. III), la DPT prevede una serie di misure di incentivazione volte a garantire che lo sforzo, sia nell'accogliere gli sfollati che nel sostenere l'onere finanziario della loro accoglienza, sia equo tra tutti gli Stati membri (cap. VI).

La limitazione principale della DPT è il processo stesso di attivazione del meccanismo, che richiede una decisione politica, adottata in seno al Consiglio a maggioranza rafforzata, in cui il Consiglio stabilisce l'esistenza di un tale afflusso massiccio di sfollati (art. 5, c. 1). In pratica, ciò ha significato che il meccanismo di protezione temporanea non è stato attivato dalla sua adozione fino a poco tempo fa, a causa della crisi degli sfollati causata dal conflitto armato in corso in Ucraina³. In precedenza, ci sono stati due tentativi falliti di attivazione da parte dei ministri degli Esteri di Malta e dell'Italia, in seguito all'emergenza umanitaria che entrambi i Paesi hanno dovuto affrontare nel 2011, quando innumerevoli imbarcazioni con a bordo centinaia di migranti sono arrivate sulle coste italiane e maltesi in fuga dall'instabilità politica scoppiata nei Paesi del Nord Africa sulla scia della Primavera araba e della guerra in Libia⁴.

Il Consiglio europeo di Tampere ha inoltre individuato la necessità di un'ulteriore armonizzazione tra gli Stati membri per quanto riguarda il riconoscimento e il contenuto dello status di rifugiato e di altre forme di protezione sussidiaria, destinate a coprire quei casi specifici in cui, nonostante la mancata applicazione della Convenzione sui rifugiati del 1951, rimane necessaria la protezione internazionale⁵. La risposta a tale esigenza è stata la Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, *recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*. Tuttavia, la vaghezza e l'ambiguità di alcune disposizioni della direttiva, che hanno portato a interpretazioni disparate da parte degli Stati membri, e il suo impatto sul riconoscimento della protezione, che ha provocato un alto livello di giudizializzazione dei rifiuti, che alla fine sono stati annullati dai tribunali⁶, hanno condotto a un processo di revisione della direttiva qualifiche nel 2009, che ha portato all'adozione nel 2011 dalla Direttiva 2011/95/UE, *recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione)* (abbreviata DQ (rifusione)).

A differenza della protezione temporanea, che può essere concessa a chiunque rientri nei gruppi di persone definiti dalla decisione del Consiglio (determinazione collettiva), la protezione sussidiaria è concessa in base alla situazione individuale del beneficiario, che deve correre un rischio reale, di ritornare nel suo paese d'origine o, nel caso di un apolide, nel

³ Consiglio dell'Unione europea, Decisione di esecuzione (UE) 2022/382, del 4 marzo 2022, *che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea*, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 71/1.

⁴ H. Beirens, S. Maas, S. Petronella, M. Van der Velden, *Study on the Temporary Protection Directive*, Publications Office of the European Union, 2016, 28, 29 *in fine*, 124-133.

⁵ Consiglio europeo, *Tampere European Council. Presidency Conclusions*, 15-16 October 1999, paragrafi 14 e 15.

⁶ Commissione delle Comunità europee, *Documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta. Sintesi della valutazione d'impatto* (SEC(2009) 1374), 21 ottobre 2009, 2.

paese in cui aveva precedentemente la residenza abituale, di essere esposto a un danno grave ai sensi dell'art. 15, in modo che, a causa di tale rischio, non possa o non voglia avvalersi della protezione di tale Paese, a condizione che non rientri in una delle cause di esclusione di cui all'art. 17, cc. 1 e 2 (art. 2, lett. f)). La protezione sussidiaria, invece, non ha una durata limitata, ma viene prorogata fino a quando persistono i motivi per cui è stata concessa (art. 16, c. 1), e il contenuto della protezione concessa è equivalente a quello di un rifugiato (art. 20, c. 2) (che coincidono in gran parte con i diritti riconosciuti dalla DPT ai beneficiari di protezione temporanea).

Tuttavia, la natura stessa di entrambe le direttive, in quanto norme minime, consente agli Stati membri di introdurre o mantenere norme più favorevoli per determinare chi è ammissibile alla protezione sussidiaria o temporanea. A questo proposito, l'art. 3 DQ (rifusione) consente agli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli sia per determinare chi può essere qualificato come rifugiato o beneficiario di protezione sussidiaria, sia per quanto riguarda il contenuto della protezione internazionale, a condizione che tali disposizioni nazionali siano «compatibili con le disposizioni della presente direttiva». L'art. 3, c. 5, DPT autorizza inoltre gli Stati membri a «stabilire o mantenere condizioni più favorevoli per i beneficiari della protezione temporanea», nonché a estendere la protezione temporanea a categorie di sfollati diverse da quelle individuate nella prevista decisione del Consiglio, purché si spostino per gli stessi motivi e provengano dallo stesso Paese o regione di origine di questi ultimi, dandone immediata comunicazione al Consiglio e alla Commissione (art. 7, c.1). Come si può notare, la formulazione utilizzata in ciascuna di queste disposizioni differisce leggermente. Di conseguenza, il margine di manovra degli Stati membri per introdurre norme più favorevoli in ciascuna direttiva non è lo stesso.

Nel caso della DQ (rifusione), il potere degli Stati membri di introdurre norme più favorevoli per determinare chi ha diritto alla protezione sussidiaria ai sensi della direttiva è limitato dalla condizione giuridica che tali norme devono essere compatibili con la direttiva stessa (art. 3). Nella causa *M'Bodj contro lo Stato belga*, la Corte di Giustizia ha interpretato questo requisito di compatibilità nel senso che le situazioni di danno grave diverse da quelle previste dall'art. 15 DQ (rifusione) devono avere «qualsiasi nesso con la logica della protezione internazionale»⁷. Di conseguenza, la Corte di Giustizia ha ritenuto che non ci fosse tale collegamento quando uno Stato membro concede protezione a un cittadino di un Paese terzo affetto da una grave malattia sulla base del fatto che nel Paese di origine non sono disponibili cure adeguate⁸. Questo parere è stato successivamente confermato dalla Corte nella causa *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve contro Moussa Abdida*, in cui ha nuovamente sottolineato che le richieste di protezione in caso di malattia che non può essere trattata adeguatamente nel paese d'origine, quando ciò comporta un rischio reale per la vita o l'integrità fisica o di trattamenti inumani o degradanti, non costituiscono domande di protezione internazionale sussidiaria⁹.

Dai precedenti delle sentenze *M'Bodj* e *Abdida*, è possibile dedurre che, poiché la DQ (rifusione) richiede l'identificazione di qualsiasi attore della persecuzione o del danno grave (art. 6), i casi in cui non esiste tale attore non saranno generalmente compatibili con la protezione internazionale nel senso indicato dalla Corte di Giustizia¹⁰. Pertanto, coloro che fuggono da una situazione di privazione dei diritti fondamentali derivante, ad esempio, da condizioni socioeconomiche o ambientali estreme, come nel caso degli sfollati ambientali, non potrebbero essere coperti dalla direttiva attraverso la clausola della norma nazionale più

⁷ Corte Giust., causa n. 542/2013, punto 44.

⁸ *Ibid.*, punto 43.

⁹ Corte Giust., causa n. 562/2013, punto 33.

¹⁰ IARLJ-Europe, *Qualification for International Protection (Directive 2011/95/EU): A Judicial Analysis*, EASO, 2016, 19-21.

favorevole¹¹.

Quanto sopra non impedisce agli Stati membri di concedere un altro tipo di protezione al di fuori dell'ambito di applicazione della direttiva DQ (rifusione), a condizione che tale protezione non comporti un rischio di confusione con lo status di rifugiato o la protezione sussidiaria ai sensi della DQ¹². Tuttavia, come afferma il quindicesimo considerando della DQ (rifusione), tali status di protezione nazionale, concessi dagli Stati membri su base discrezionale per motivi umanitari o caritatevoli, non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva. Di conseguenza, i beneficiari di questo tipo di protezione nazionale non avrebbero diritto ai benefici garantiti dal cap. VII DQ (rifusione), ma solo ai diritti concessi loro dalla legislazione dello Stato membro interessato.

In base alla DPT, inoltre, gli Stati membri non potranno concedere la protezione temporanea europea in modo unilaterale, cioè al di fuori della decisione del Consiglio che stabilisce l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati. Gli Stati membri sarebbero autorizzati, da un lato, a estendere la protezione temporanea concessa dal Consiglio ad altri gruppi specifici di persone oltre a quelli previsti dalla decisione del Consiglio, a condizione che si siano spostati per le stesse ragioni e provengano dallo stesso Paese o regione di origine delle categorie di persone definite nella decisione del Consiglio, con l'obbligo di informare immediatamente il Consiglio e la Commissione (art. 7, c. 1). D'altra parte, gli Stati membri potrebbero anche scegliere di stabilire o mantenere condizioni più favorevoli per il godimento della protezione temporanea europea rispetto a quelle previste dal cap. III DPT (art. 3, c. 5).

Come nel caso della protezione sussidiaria, nulla impedirebbe agli Stati membri di istituire meccanismi nazionali per la protezione temporanea dei cittadini di Paesi terzi. Tuttavia, *mutatis mutandis* a quanto stabilito dalla Corte di Giustizia in merito alla DQ e alla protezione nazionale per motivi umanitari o caritatevoli, la protezione temporanea nazionale dovrebbe essere chiaramente differenziata dalla protezione temporanea europea, poiché la sua concessione e lo status dei beneficiari sarebbero esclusi dall'ambito di applicazione della DPT, di modo che lo Stato membro che ha concesso la protezione temporanea sulla base della propria legislazione nazionale non potrebbe beneficiare dei meccanismi di solidarietà nell'equa ripartizione dell'onere dell'accoglienza e dell'assistenza tra tutti gli Stati membri previsti dalla DPT.

Ai fini del presente contributo, ci chiediamo se gli Stati membri dell'UE abbiano introdotto nella loro legislazione nazionale forme di protezione temporanea o sussidiaria che consentano di tutelare gli sfollati per motivi ambientali. A questo proposito, uno studio condotto per il Parlamento europeo nel 2011 sulle risposte politiche e legali alla migrazione indotta dal degrado ambientale ha identificato quattro Stati membri dell'UE la cui legislazione nazionale concede diversi status di protezione per i casi di sfollamento ambientale, ovvero: Finlandia, Svezia, Cipro e Italia¹³. In tutti e quattro i casi, si tratterebbe di risposte nazionali che, alla luce di quanto sopra, non rientrano nell'ambito di applicazione né della DQ (rifusione) né della DPT.

È all'analisi di questi statuti nazionali di protezione che è dedicato il presente articolo. Di particolare interesse sono i casi di Finlandia, Svezia e Italia. I primi due Paesi sono particolarmente interessanti perché le successive modifiche avvenute nelle loro legislazioni in materia di stranieri a partire dal 2011, anno in cui il Parlamento europeo ha pubblicato il suo rapporto, hanno teso a escludere, se non direttamente a eliminare, la protezione temporanea o sussidiaria nei casi di sfollamento ambientale, mostrando la progressiva securizzazione osservata nelle politiche di immigrazione e asilo sia degli Stati membri sia della

¹¹ Cfr. *ibid.*, 20 *in fine*.

¹² Corte Giust., cause nn. 57/2009 e 101/2009, punti 116, 120 e 121.

¹³ A. Kraler, T. Cernei e M. Noack, "Climate Refugees". *Legal and policy responses to environmentally induced migration*, European Parliament, 2011, 56-57.

stessa Unione europea. Il caso italiano, a cui è dedicata gran parte di questo contributo, è interessante non solo per le successive restrizioni ed ampliamenti che la legislazione sull'immigrazione ha subito, a seconda del partito politico al governo, ma anche perché il meccanismo nazionale di protezione temporanea è stato attivato nel 2011, in occasione dell'arrivo massiccio di cittadini provenienti dai Paesi del Nord Africa sulle coste italiane. Questo ci ha permesso di analizzare le dinamiche seguite nella sua implementazione e di estrapolarle a un ipotetico caso di arrivo massiccio di sfollati ambientali sul suolo europeo. Sebbene, come detto, i casi analizzati siano risposte nazionali al di fuori del campo di applicazione della DQ (rifusione) e della DPT, il loro studio testimonia forme di protezione per gli sfollati ambientali che potrebbero essere replicate da altri Stati membri dell'UE. Ciò fornirebbe la base e, soprattutto, il consenso necessario per la futura inclusione di questa categoria di sfollati nella legislazione europea sulla protezione internazionale e temporanea, che dovrebbe continuare a muoversi verso la realizzazione di una politica di asilo e migrazione veramente comune.

2. Finlandia. In Finlandia, il quadro giuridico per gli stranieri è costituito dalla l. n. 301/2004, *Sugli stranieri*. Fino alla riforma operata dalla l. n. 332/2016, *Di modifica della legge sugli stranieri 301/2004*, la legge conteneva disposizioni per la concessione di protezione umanitaria (art. 88) e temporanea (art. 109) alle vittime di disastri naturali. Sebbene dopo la riforma sia stato mantenuto solo il riferimento esplicito ai motivi ambientali nell'ambito della protezione temporanea di cui all'art. 109, merita conoscere e commentare l'art. 88 nella sua versione non modificata e le possibilità che gli sfollati ambientali avrebbero ancora oggi di ottenere protezione umanitaria in Finlandia.

2.1. Protezione umanitaria per motivi ambientali. Prima della Direttiva 2004/83/CE, l'art. 87 si occupava dei richiedenti asilo e dei rifugiati, mentre l'art. 88 riguardava le altre persone necessitanti di protezione internazionale. Oltre ai gruppi di persone successivamente inclusi nell'ambito di applicazione della DQ, ovvero coloro che fuggono dalla pena di morte, dalla tortura o da trattamenti inumani o degradanti, o da un conflitto armato, l'art. 88 considerava ammissibili alla protezione internazionale anche le persone che non sono in grado di tornare nel loro Stato di origine o di residenza permanente a causa di un disastro ambientale. La mancanza di una chiara distinzione nell'art. 88 tra la protezione fornita a livello nazionale e quella prevista dalla DQ ha portato la l. n. 323/2009, *Di modifica della legge sugli stranieri 301/2004*, che ha recepito la direttiva, a dividere l'art. 88 in due: l'art. 88 e l'art. 88a. Il primo è dedicato esclusivamente alla nuova categoria di protezione sussidiaria introdotta dalla DQ, recependo l'art. 2, lett. e), riguardante la definizione di persona ammissibile alla protezione sussidiaria; l'art. 15, relativo alla definizione di rischio grave; e l'art. 17, concernente la clausola di esclusione, della direttiva. L'art. 88a ha continuato a trattare quelle persone escluse dalla DQ, ma ancora bisognose di protezione internazionale, ora sotto il titolo di protezione umanitaria. Questo status di protezione nazionale assumerebbe la forma di un permesso di soggiorno concesso a coloro che, senza avere diritto all'asilo o alla protezione sussidiaria ai sensi del DQ, non sono in grado di tornare nel suo Paese di origine o di residenza permanente a causa di un «disastro ambientale» o della insicurezza causata da un conflitto armato, internazionale o interno, o da una difficile situazione dei diritti umani. Tuttavia, la sezione 88a non è mai stata attuata¹⁴ ed è stata abrogata dalla l. n. 332/2016, *Di modifica della legge sugli stranieri 301/2004*.

Nonostante sia scomparso l'articolo 88a, riteniamo che le vittime di sfollamento ambientale possano ancora ottenere protezione in Finlandia attraverso la generica protezione umanitaria

¹⁴ Commissione europea, *Climate change, environmental degradation, and migration* (SWD (2013) 138 final), 2013, 18.

prevista dagli articoli 52 e 93, l. n. 301/2004, *sugli stranieri*, sebbene questi, a differenza degli artt. 88 o 88a, non facciano specifico riferimento a motivi ambientali come motivi di protezione. L'art. 52, c. 1, riguarda gli stranieri che si trovano già in Finlandia ma non hanno il diritto di risiedervi. Esso prevede il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari individuali se il ritorno dello straniero nel Paese d'origine è irragionevole a causa del suo stato di salute, dei legami con la Finlandia o di altri motivi umanitari che possono essere giudicati a discrezione delle autorità. Il riferimento a questi «altri motivi umanitari» nell'art. 52, c. 1, consentirebbe ancora di prendere in considerazione la situazione ambientale prevalente nel Paese d'origine, soprattutto tenendo conto del fatto che il precetto si riferisce a prendere in considerazione, nel valutare il loro concorso, le circostanze in cui lo straniero si troverebbe nel Paese d'origine o la loro situazione di vulnerabilità. D'altra parte, il governo finlandese può decidere, sulla base dell'art. 93, l. n. 301/2004, di autorizzare l'accoglienza di stranieri in Finlandia «per speciali motivi umanitari o in adempimento di obblighi internazionali»; una possibilità che sembra abbastanza ampia da accogliere anche gli sfollati ambientali.

Inoltre, gli artt. 52 e 93 offrono un vantaggio rispetto all'artt. 88 e 88a, in quanto questi ultimi si riferiscono solo ai «disastri ambientali», il che solleva il dubbio che siano coperte solo le vittime di eventi ambientali in rapida evoluzione, come inondazioni o terremoti. Invece, la vaghezza dell'espressione «motivi umanitari» negli artt. 52 e 93 rende possibile includere anche le vittime di eventi ambientali a lenta insorgenza, come gli sfollati a causa di siccità estreme o dell'innalzamento del livello del mare. L'unico inconveniente è che l'art. 93 richiede una decisione politica per essere attivato. Tuttavia, il fatto che il legislatore finlandese abbia preso in considerazione i fattori ambientali in passato lascia spazio a qualche speranza circa la sensibilità politica di consentire l'ingresso in Finlandia di sfollati ambientali per particolari motivi umanitari.

Gli stranieri a cui è stata concessa la protezione umanitaria ai sensi dell'art. 52, c. 1, godono, insieme ai loro familiari (art. 47, c. 3), di un permesso di soggiorno continuativo, che dà loro il diritto di lavorare in Finlandia (art. 81, c. 1, nn. 1 e 4). Nel caso dell'art. 93, il beneficiario e i loro parenti godono della protezione umanitaria solo temporaneamente (art. 112, c. 1, n. 2), art. 114 e art. 115), a meno che il Governo non decida di rilasciargli un permesso di soggiorno continuativo o se sono trascorsi tre anni di residenza continuativa nel Paese e sussistono ancora i motivi per cui è stata concessa la protezione, nel qual caso anche i familiari del beneficiario possono ottenere il permesso di soggiorno permanente (art. 113, cc. 1, 2 e 3). In entrambi i casi, i beneficiari dell'art. 93 e i loro familiari sono autorizzati a lavorare (art. 81, c. 1, nn. 1, 2 e 3).

2.2. Protezione temporanea. L'art. 109, c. 1, l. n. 301/2004, consente di concedere una protezione temporanea agli stranieri che necessitano di protezione internazionale perché non possono tornare in sicurezza nel Paese di origine o in quello di residenza permanente a causa di un conflitto armato, di altre situazioni di violenza o di un disastro ambientale nel Paese o nelle zone limitrofe che abbia provocato uno sfollamento di massa di persone.

La decisione di concedere la protezione temporanea a gruppi di persone sfollate per uno dei motivi sopra citati è riservata al Governo, che la adotterà in seduta plenaria (art. 109, c. 2). Spetta inoltre al Governo determinare il gruppo di popolazione a cui viene concessa la protezione temporanea, nonché il periodo in cui può essere concesso un permesso di soggiorno nell'ambito della protezione temporanea, che non può superare i tre anni (art. 109, cc. 1 e 2)¹⁵. A coloro che ottengono la protezione temporanea viene concesso un permesso

¹⁵ La l. n. 1364/2022 ha introdotto un'eccezione al limite temporale specifico per le persone sfollate in Ucraina a causa del conflitto con la Russia, aggiungendo un nuovo art. 110a, che prevede che il permesso di soggiorno

di soggiorno per un massimo di un anno, rinnovabile fino al raggiungimento del periodo massimo stabilito dal Governo o del periodo legale di tre anni (art. 110, c. 1). Questo permesso di soggiorno comporta anche il diritto di lavorare in Finlandia (art. 81a, c. 1, n. 3). Anche i familiari delle persone che godono di protezione temporanea riceveranno un permesso di soggiorno e di lavoro della stessa durata (art. 112, c. 2, e art. 81a, c. 1, n. 2)). Tuttavia, se i motivi per cui è stata concessa la protezione temporanea continuano a sussistere anche dopo la scadenza del periodo massimo di tre anni, è previsto che i titolari di protezione temporanea e i loro familiari ricevano un permesso di soggiorno continuativo in Finlandia (art. 113, cc. 2 e 3), che consente loro anche di continuare a lavorare (art. 81, c. 1, n. 1)).

Resta da vedere come le autorità finlandesi interpretino il riferimento al «disastro ambientale». Ovvero, se tale espressione sia interpretata in senso letterale, includendo solo i disastri naturali repentini, o in senso lato, ammettendo anche i processi di degrado ambientale di lenta insorgenza. In ogni caso, anche se dovesse prevalere un'interpretazione restrittiva, le vittime dei disastri ambientali di lenta insorgenza potrebbero comunque essere protette attraverso il regime di protezione umanitaria previsto dagli artt. 52 e 93, l. n. 301/2004, come già analizzato.

3. Svezia. Per quanto riguarda la Svezia, il cap. 4, art. 2, l. n. 716/2005, *Sugli stranieri*, nella sua formulazione originaria, definiva una persona altrimenti bisognosa di protezione come uno straniero che, senza avere i requisiti per ottenere lo status di rifugiato, si trova al di fuori del proprio Paese di appartenenza per il fondato timore di essere sottoposto alla pena di morte o a pene corporali, tortura o altre pene o trattamenti inumani o degradanti, anche a causa del suo genere o del suo orientamento sessuale, o nel quale non ha potuto fare ritorno a causa dell'esistenza nel Paese di origine di un conflitto armato, esterno o interno, o di un altro conflitto che lo espone a gravi abusi, o a causa di un «disastro ambientale» in quel Paese. In modo simile a quanto accaduto con la legge finlandese sugli stranieri, la l. n. 1542/2009, *Di modifica della legge 2005:716, sugli stranieri*, ha posto fine all'eventuale sovrapposizione tra la protezione sussidiaria europea e quella fornita a livello nazionale. Pertanto, dopo la modifica, il cap. 4 prevede attualmente tre status di protezione. Gli artt. 1 e 2 hanno recepito rispettivamente la protezione dei rifugiati e la protezione sussidiaria ai sensi della DQ. Inoltre, è stato introdotto un nuovo art. 2a per le «persone altrimenti necessitanti di protezione», che incorpora i nn. 2 e 3 del vecchio art. 2, ossia coloro che hanno bisogno di protezione a causa di un conflitto armato esterno o interno o, a causa di altri gravi conflitti nel loro Paese d'origine, hanno un fondato timore di subire gravi abusi, oppure non possono tornare nel loro Paese d'origine a causa di un «disastro ambientale».

Pertanto, fino al 2016, le persone che giungevano in Svezia in fuga da un disastro ambientale nel loro Paese d'origine avevano diritto a un permesso di soggiorno. Secondo la Divisione per le politiche migratorie e di asilo del Ministero della giustizia svedese, il termine disastri ambientali dovrebbe essere interpretato nel suo senso ordinario e ristretto, in modo da non includere i processi ambientali a lenta insorgenza¹⁶. È importante notare, tuttavia, che questa disposizione, sebbene mai utilizzata¹⁷, è stata sospesa dal 20 luglio 2016, quando è entrata in vigore la l. n. 752/2016, *Sulle restrizioni temporanee alla possibilità di ottenere un permesso di soggiorno in Svezia*. Secondo l'art. 4 della nuova legge, le persone che hanno necessità di protezione non possono ottenere un permesso di soggiorno in Svezia nel periodo compreso tra il 20 luglio

temporaneo sia valido finché è in vigore la decisione di attuazione del Consiglio che attiva la protezione temporanea europea ai sensi dell'art. 5 DPT.

¹⁶ B. Glahn, 'Climate refugees?' *Addressing the international legal gaps (Part II)*, International Bar Association, 2009. Commissione europea, *Climate change, environmental degradation, and migration* (SWD(2013) 138 final), 2013, 18.

¹⁷ Commissione europea, cit. *nota supra*.

2016 e il 20 luglio 2021¹⁸. Purtroppo, la l. n. 765/2021, *Sugli emendamenti alla legge 2005:716, sugli stranieri*, ha definitivamente cancellato l'art. 2a, eliminando così la possibilità di considerare le persone sfollate a causa di un disastro ambientale come «persone altrimenti necessitanti di protezione».

La scomparsa di qualsiasi riferimento esplicito ai disastri ambientali come motivo di protezione nella legislazione svedese sugli stranieri non significa, tuttavia, che gli sfollati ambientali non abbiano più la possibilità di ottenere protezione in Svezia. L'art. 6, cap. 5, l. n. 716/2005, prevede che uno straniero possa essere autorizzato a soggiornare in Svezia, sulla base di circostanze particolarmente gravose, quando non può ottenere un permesso di soggiorno per altri motivi e una valutazione complessiva della sua situazione dimostra che esistono «circostanze particolarmente penose» il permesso di soggiorno in Svezia. L'obbligo di prendere in considerazione lo stato di salute dello straniero, il suo adattamento alla Svezia e la situazione nel Paese d'origine durante tale valutazione, consentirebbe anche di tenere conto delle circostanze ambientali, compresi gli effetti del cambiamento climatico, nel Paese d'origine. Inoltre, l'indeterminazione giuridica di tali «circostanze particolarmente penose» consentirebbe di tutelare le persone che fuggono sia da catastrofi naturali di rapida insorgenza sia da processi di degrado ambientale di lenta insorgenza, precedentemente esclusi a causa dell'interpretazione restrittiva della nozione di disastro ambientale di cui al defunto art. 2a.

Ai sensi dell'art. 6, c. 3, cap. 5, questo permesso di soggiorno per circostanze particolarmente gravose è concesso per un periodo iniziale di tredici mesi, rinnovabile per un altro periodo di due anni. Alla scadenza del permesso di soggiorno temporaneo, lo straniero può comunque ottenere un permesso di soggiorno permanente e continuare a soggiornare in Svezia se ha avuto un permesso di soggiorno per almeno tre anni e se soddisfa le altre condizioni di cui all'art. 7, cap. 5 (mezzi di autosostentamento e considerando il modo di vita dello straniero).

Infine, è interessante notare che l'art. 4, cap. 5, prevede la concessione di un permesso di soggiorno nel caso in cui un organismo internazionale, competente per l'esame dei singoli reclami, stabilisca che la decisione di respingere o espellere un individuo è contraria alle convenzioni internazionali di cui la Svezia è parte. A questo proposito, è da citare il precedente costituito dalla decisione, sebbene di rifiuto, del Comitato per i diritti umani nel caso di un cittadino di Kiribati, il Sig. Teitiota, che ha denunciato la Nuova Zelanda per violazione del suo diritto alla vita ai sensi dell'art. 6 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici per averlo deportato sull'isola di Tarawa, colpita dai cambiamenti climatici e dall'innalzamento del livello del mare. Ci soffermeremo sull'analisi di questa storica decisione quando tratteremo il caso italiano, poiché la Corte di Cassazione italiana ha basato su di essa l'intera motivazione dell'ordinanza n. 5022/2021, accogliendo il ricorso di un cittadino del Delta del Niger che era fuggito a causa della situazione ambientale lì esistente.

4. Cipro. Cipro non prevede la concessione di una protezione temporanea o umanitaria per motivi ambientali nel Paese di origine, ma li considera ai fini del divieto di non respingimento. Così, l'art. 29, c. 4, l. n. 6(I)/2000, *Legge per il riconoscimento dei rifugiati e per una migliore attuazione della Convenzione sullo status dei rifugiati*, vieta l'espulsione di un rifugiato o di una persona con status di protezione sussidiaria verso un Paese in cui rischia di essere sottoposto a tortura o a trattamenti o punizioni degradanti o inumani a causa del suo sesso, religione, nazionalità, appartenenza a una particolare comunità, opinioni politiche, oppure a causa di un conflitto armato o di una «distruzione ambientale».

¹⁸ Il termine della l. n. 752/2016, che scadeva il 19 luglio 2019, è stato prorogato al 20 luglio 2021 dalla l. n. 481/2019, *sul mantenimento della validità della legge 2016:752, sulle restrizioni temporanee alla possibilità di ottenere un permesso di soggiorno in Svezia, e da un emendamento alla stessa legge*.

Tuttavia, il primo requisito per l'applicabilità di questa disposizione è che lo straniero abbia già ottenuto lo status di rifugiato o di beneficiario di protezione sussidiaria. Tale divieto opererebbe quindi solo *a posteriori*, a fronte di un'eventuale decisione di espellere una persona sotto protezione internazionale verso un Paese gravemente colpito da perturbazioni ambientali. La perdita della protezione internazionale potrebbe derivare dall'esistenza di ragionevoli motivi per considerare la persona in questione un rischio per la sicurezza di Cipro; oppure perché il beneficiario è stato condannato per un reato particolarmente grave e quindi costituisce un pericolo per la società cipriota (art. 29, c 1, l. n. 6(I)/2000).

5. Italia. Per quanto riguarda l'Italia, la normativa sugli stranieri è stata oggetto di continue oscillazioni legislative negli ultimi anni, facendo variare la soglia di protezione concessa agli stranieri a seconda delle maggioranze politiche al Governo¹⁹. Attualmente, il d.lgs. n. 286/1998, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, contiene due tipi di disposizioni che considerano i fattori ambientali come motivi per ottenere un permesso di soggiorno nel Paese. Da un lato, il permesso di soggiorno per calamità (art. 20-bis), introdotto dal d.l. n. 113/2018, *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*²⁰. Dall'altro, le misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali, tra i cui i disastri naturali (art. 20). A queste due si aggiunge la cosiddetta protezione speciale per motivi umanitari (art. 19, cc. 1.1 e 1.2) che, secondo gli ultimi sviluppi giurisprudenziali della Corte di Cassazione, consentirebbe anche la protezione degli sfollati ambientali.

5.1. La protezione speciale per motivi umanitari (art. 19, cc. 1.1 e 1.2, d.lgs. n. 286/1998). Il permesso di soggiorno per motivi umanitari è presente nell'ordinamento italiano da quasi tre decenni, essendo direttamente collegato all'istituto dell'asilo garantito dalla Costituzione italiana. Tuttavia, l'ambito di applicazione di questa figura sta cambiando dal 2018 in linea con le successive riforme della legislazione italiana sugli stranieri, di cui si parla nella prima sottosezione, con una seconda sottosezione dedicata a valutare l'applicabilità di questa figura di tutela agli sfollati per motivi ambientali, soprattutto alla luce dei recenti sviluppi giurisprudenziali della Corte di Cassazione.

5.1.1. Evoluzione legislativa della protezione umanitaria. Prima della riforma operata dal d.l. n. 113/2018, meglio conosciuto come il Decreto Salvini, la normativa italiana sugli stranieri consentiva al questore, in vari casi eccezionali, di rilasciare un permesso di soggiorno a uno straniero quando non aveva i requisiti per la protezione internazionale o per ottenere un altro tipo di permesso di soggiorno in Italia. Tutti questi casi eccezionali avevano in comune il fatto che lo straniero, pur non avendo diritto a risiedere in Italia, non potesse tornare nel suo Paese d'origine per gravi motivi umanitari. Pertanto, la protezione umanitaria aveva, e mantiene, un marcato carattere residuale rispetto agli altri permessi di soggiorno²¹.

¹⁹ G. Conti, *La protezione umanitaria e il nuovo Sistema di accoglienza e integrazione nel d.l. n. 130/2020*, in *Federalismi.it*, 35, 2020, 1.

²⁰ Il d.l. n. 113/2018 è stato convertito in legge con modificazioni dalla l. n. 132/2018, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate*.

²¹ G. Conti, *La protezione umanitaria e il nuovo Sistema di accoglienza e integrazione nel d.l. n. 130/2020*, cit., 4; P. Bonetti, *La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa*, in *LexAmbiente*.

L'origine di questo permesso di soggiorno per motivi umanitari si trova nella l. n. 40/1998, cosiddetta Turco-Napolitano, successivamente incorporato nell'art. 5, c. 6, d.lgs. n. 286/1998²².

Questo art. 5, c. 6, vietava il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno in presenza di «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano», prevedendo il rilascio da parte del Questore di un permesso di soggiorno «secondo le modalità previste nel regolamento di attuazione»²³. Un secondo caso di rilascio di tale permesso per motivi umanitari era previsto dall'art. 19, c. 1, relativo al principio di non respingimento. Esso vieta l'espulsione o il respingimento dello straniero verso uno Stato in cui «possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione». In entrambi i casi, la lettera c-ter l'art. 11, c. 1, d.P.R. n. 394/1999, *Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo*, prevedeva il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari, previo parere delle Commissioni territoriali, sulla base dell'oggettiva e grave situazione personale del richiedente che non consentiva la sua espulsione dall'Italia²⁴.

Infine, l'art. 32, c. 3, d.lgs. n. 25/2008, *Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*, ha previsto un ulteriore caso, consentendo al questore di rilasciare un permesso di soggiorno per motivi umanitari anche nei casi in cui la Commissione territoriale, pur non riconoscendo la protezione internazionale (status di rifugiato o di protezione sussidiaria), ritenga che sussistano «gravi motivi di carattere umanitario».

L'indeterminatezza della base fattuale per la concessione di questo permesso per motivi umanitari in tutti i casi sopra menzionati lasciava spazio sufficiente per rilasciarlo nelle situazioni più disparate, purché comportassero un certo grado di gravità²⁵, come confermato dalla Cass., che aveva dichiarato che le categorie soggettive meritevoli di tale protezione, che è invece atipica e residuale, non possono essere tipizzate²⁶, ma si tratta di «un catalogo aperto non necessariamente fondato sul *fumus persecutionis* o sul pericolo di danno grave per la vita o l'incolumità psicofisica»²⁷.

Con la circolare n. 3716/2015, la Commissione nazionale per il diritto di asilo aveva raccolto la prassi amministrativa e giudiziaria in materia, specificando, senza esaurirne il suo contenuto flessibile e aperto, i casi in cui il permesso di soggiorno per motivi umanitari doveva essere concesso: a) rischio di tortura o di trattamenti inumani o degradanti in caso di rimpatrio; b)

Rivista trimestrale di diritto penale dell'ambiente, 2, 2021, 64 in fine e 65; F. Perrini, *Il riconoscimento della protezione umanitaria in caso di disastri ambientali nel recente orientamento della Corte di Cassazione*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2, 2021, 357.

²² G. Conti, *La protezione umanitaria e il nuovo Sistema di accoglienza e integrazione nel d.l. n. 130/2020*, cit., 4; F. Perrini, *Il riconoscimento della protezione umanitaria in caso di disastri ambientali nel recente orientamento della Corte di Cassazione*, cit., 358.

²³ L'ultimo periodo dell'art. 5, c. 6, del d.lgs. n. 286/1998 è stato introdotto dall'art. 3, c. 1, lett. a), d.l. n. 89/2011, *Disposizioni urgenti per completare l'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*.

²⁴ La lettera c-ter, l'art. 11, c. 1, d.P.R. n. 394/1999, è stata introdotta dall'art. 11, c. 1, lett. a) d.P.R. n. 334/2004, *Regolamento recante modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, No. 394, in materia di immigrazione*.

²⁵ G. Conti, *La protezione umanitaria e il nuovo Sistema di accoglienza e integrazione nel d.l. n. 130/2020*, cit., 5; P. Bonetti, *La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa*, in *LexAmbiente. Rivista trimestrale di diritto penale dell'ambiente*, 2, 2021, 64 in fine e 65.

²⁶ Cass., sent. n. 25143/2020, punto 7.

²⁷ Cass., sent. n. 26566/2013, 8.

gravi condizioni psicofisiche o gravi patologie che non possono essere adeguatamente curate nel Paese di origine; c) impossibilità temporanea di rimpatrio a causa dell'insicurezza del Paese o dell'area di provenienza, quando non raggiunga la gravità necessaria per conferire virtualità alla protezione internazionale sussidiaria di cui all'art. 14, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 251/2007; d) gravi calamità naturali o altri gravi fattori locali che impediscono il rimpatrio in condizioni dignitose e sicure; e) la situazione familiare del richiedente asilo, da valutare ai sensi dell'art. 8 della CEDU, relativo al diritto al rispetto della vita privata e familiare²⁸.

La durata del permesso di soggiorno per motivi umanitari era determinata dal tempo in cui le circostanze che avevano portato al suo rilascio persistevano nel Paese di origine del migrante. La sua durata, tuttavia, variava nella prassi amministrativa da sei mesi a due anni²⁹. Il titolare aveva diritto: a) all'esercizio di un'attività lavorativa, sia essa autonoma o subordinata (art. 14, c. 1, lett. c), d.P.R. n. 394/1999³⁰); b) alla conversione in un altro tipo di permesso (ad esempio, per motivi di lavoro o familiari) se ne ricorrono i presupposti (art. 5, c. 9, d.lgs. n. 286/1998); c) all'assistenza sanitaria previa iscrizione al Servizio sanitario nazionale (art. 34, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 286/1998); d) all'istruzione primaria e superiore (art. 38, c. 1, e art. 39, c. 5³¹, d.lgs. n. 286/1998); e) all'accesso all'alloggio sociale e ad altre misure di assistenza sociale, se il permesso è rilasciato per un periodo superiore a sei mesi, (art. 40, c. 4, e art. 41 d.lgs. n. 286/1998).

Tuttavia, l'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018, convertito in legge con modificazioni dalla l.n. 132/2018, aveva portato alla scomparsa del permesso di soggiorno per motivi umanitari. Così, l'art. 1, c. 1, lett. b), n. 2), d.l. n. 113/2018 ha modificato l'art. 5, c. 6, d.lgs. n. 286/1998, eliminando il riferimento al rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari³², mentre l'art. 11, c. 1, lett. c-ter), d.P.R. n. 394/1999 è stato anch'esso abrogato dall'art. 1, c. 6, lett. a), d.l. n. 113/2018. Infine, l'art. 1, c. 2, lett. a), d.l. n. 113/2018 ha ristretto l'ambito di applicazione dell'art. 32, c. 3, d.lgs. n. 25/2008, limitando il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari (ora denominato «protezione speciale») ai soli casi coperti dal divieto di respingimento, ossia quando sussiste il rischio di persecuzione, come definito nell'art. 19, c. 1, d.lgs. n. 286/1998, o un rischio di tortura ai sensi dell'art. 19, c. 1.1, d.lgs. n. 286/1998³³. Questa normativa è stata mantenuta fino al 2020, anno in cui il Consiglio dei Ministri ha approvato il d.l. n. 130/2020, *Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione*

²⁸ Come riprodotto in G. Conti, *La protezione umanitaria e il nuovo Sistema di accoglienza e integrazione nel d.l. n. 130/2020*, cit., 6.

²⁹ Portale Integrazione Migranti, *Il Permesso di Soggiorno per Motivi Umanitari: Scheda Sintetica*, 2020, 2.

³⁰ Come modificato dall'art. 13 d.P.R. n. 334/2004, *supra*.

³¹ Come modificato dall'art. 1, c. 5, lett. f), d.lgs. n. 71/2018, *Attuazione della direttiva (UE) 2016/801 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi per motivi di ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi e collocamento alla pari*.

³² Il Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, aveva però chiarito che, nonostante la modifica di questo comma, gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato italiano rimanevano fermi in particolare per quanto riguarda l'applicazione dell'asilo costituzionale ex art. 10, c. 3, Cost., rispetto al quale la protezione umanitaria fungeva da clausola di chiusura del sistema a tre pilastri (essendo gli altri due il rifugio e la protezione internazionale sussidiaria) (v. G. Conti, *La protezione umanitaria e il nuovo Sistema di accoglienza e integrazione nel d.l. n. 130/2020*, cit., 3; Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, *Le modifiche in tema di permesso di soggiorno conseguenti all'abrogazione dei motivi umanitari e sull'art. 1, D.L. 113/2018. Prime osservazioni*, ASGI, 2018, 14). Come sottolineato dall'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, *cit. supra*, 14-15, la scomparsa della protezione umanitaria porterebbe a una rivitalizzazione dell'istituto dell'asilo costituzionale attraverso l'invocazione diretta dell'art. 10, c. 3, Cost. da parte dei giudici, anche in assenza di una legge attuativa, per quei casi che non potrebbero essere accolti nel catalogo chiuso dei permessi di soggiorno stabilito dal d.l. n. 113/2018. A ciò ha fatto seguito il pronunciamento della Corte di Cassazione sul carattere transitorio del regime di protezione umanitaria nelle ordinanze nn. 4890/2019 e 29460/2019 che, di fatto, consentivano ai giudici di merito a continuare ad applicare il regime precedente alle domande in corso (v. F. Perrini, *Il riconoscimento della protezione umanitaria in caso di disastri ambientali nel recente orientamento della Corte di Cassazione*, cit., 359).

³³ Come inserito dall'art. 3, c. 1, l. n. 110/2017, *Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*.

internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, convertito in legge con modificazioni dalla l.n. 173/2020. Sebbene ciò non abbia comportato il ritorno al permesso di soggiorno per motivi umanitari come era prima della riforma Salvini, ha introdotto alcune modifiche che attenuano la durezza del precedente d.l. n. 113/2018.

La modifica più importante riguarda la reintroduzione del riferimento agli «obblighi costituzionali e internazionali dello Stato italiano» all'art. 5, c. 6, d.lgs. n. 286/1998, modificando di conseguenza il c. 1.1. dell'art. 19 d.lgs. n. 286/1998 e introducendo un nuovo c. 1.2 nel suddetto precetto per consentire, in questi casi, la concessione da parte del questore del cosiddetto permesso di soggiorno per protezione speciale. Inoltre, ha esteso i casi in cui può essere rilasciato il permesso di soggiorno per protezione speciale includendo, al di là della tortura, le situazioni in cui l'espulsione dello straniero dal territorio italiano lo esporrebbe al rischio di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti nel Paese di ritorno, allineando così la legislazione nazionale all'art. 3 CEDU. In alternativa, il permesso di soggiorno per protezione speciale poteva essere emesso anche nei casi in cui l'espulsione potesse violare il diritto alla vita privata e familiare, tutelato dall'art. 8, c. 1, CEDU, in considerazione della natura e dell'effettività dei legami familiari sviluppati dallo straniero in Italia, della durata della sua permanenza nel Paese e della sua effettiva integrazione sociale in esso. Tuttavia, l'art. 7, c. 1, lett. c), d.l. n. 20/2023, *Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare*, convertito in legge con modificazioni dalla l. n. 50/2023, ha abrogato questa possibilità di accedere al permesso per protezione speciale nei casi di radicamento.

Secondo l'art. 19, c. 2, d.lgs. n. 286/1998, in tutti questi casi in cui non viene concessa la protezione internazionale ma persiste nel Paese di origine dello straniero una delle situazioni di cui all'art. 19, cc. 1 e 1.1, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per il rilascio del cosiddetto permesso di soggiorno per protezione speciale. Prima della riforma del 2023, l'art. 19, c. 2, nella formulazione data dal d.l. n. 130/2020, prevedeva anche la possibilità, ora abrogata, che il questore, previo parere della Commissione territoriale, rilasciasse questo permesso sia quando era stato richiesto direttamente, sia quando era stato richiesto un permesso di soggiorno ad altro titolo e non sussistevano le condizioni stabilite a tal fine, purché in entrambi i casi ricorressero alcune delle situazioni previste dall'art. 19, c.c. 1 e 1.1, d.lgs. n. 286/1998³⁴.

Questo permesso speciale di protezione ha una validità di due anni, è rinnovabile, previo parere della Commissione territoriale, e consente al suo titolare di lavorare (art. 32, c. 3, d.lgs. n. 25/2008). Con il d.l. n. 130/2020 era possibile convertirlo in permesso di lavoro (art. 6, c. 1-bis, lett. a), d.lgs. n. 286/1998), possibilità che è stata abolita dall'art. 7, c.1, lett. a), l. n. 50/2023, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 marzo 2023, n. 20, recante disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare*.

5.1.2. L'applicazione della protezione speciale per motivi umanitari allo sfollamento ambientale: i recenti sviluppi giurisprudenziali della Corte di Cassazione. Nelle recenti ordinanze nn. 25143/2020 e 5022/2021, la Cass. ha confermato la possibilità per gli sfollati ambientali di accedere a questo tipo di permesso di soggiorno per protezione

³⁴ G. Conti, *La protezione umanitaria e il nuovo Sistema di accoglienza e integrazione nel d.l. n. 130/2020*, cit., 9-11; P. Bonetti, *La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa*, cit., 66-67.

speciale³⁵. La prima riguardava il ricorso di un cittadino del Bangladesh contro il decreto del Tribunale di Caltanissetta che respingeva il suo ricorso contro il diniego della Commissione territoriale a cui aveva chiesto il riconoscimento della protezione internazionale sussidiaria e, in subordine, il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari in quanto era fuggito dal suo Paese a causa della povertà provocata da ricorrenti calamità naturali³⁶. La seconda riguardava anche la negazione della protezione, sia internazionale che umanitaria, a un cittadino del Delta del Niger, dove si registra un grave degrado ambientale dovuto allo sfruttamento delle risorse petrolifere da parte di varie compagnie, senza che la popolazione locale tragga alcun beneficio da tale risorsa, vivendo in condizioni di assoluta povertà. In questo caso, la situazione ambientale è stata aggravata dal clima di insicurezza e instabilità causato dai conflitti etno-politici in corso dagli anni '90 nella zona, con il coinvolgimento di vari gruppi paramilitari, che hanno causato numerose fuoriuscite di petrolio, con il conseguente inquinamento di vaste aree, a causa di sabotaggi e furti da loro perpetrati³⁷. In entrambi i casi, i giudici di merito avevano escluso che le situazioni descritte dai ricorrenti nei rispettivi Paesi d'origine potessero essere considerate un danno grave ai fini della concessione della protezione internazionale sussidiaria ai sensi dell'art. 14, c. 1, del d.lgs. n. 251/2007, e non avevano neanche preso in considerazione le circostanze ambientali prevalenti in quei Paesi ai fini della concessione della protezione speciale per motivi umanitari.

Va notato che le due decisioni della Cass. sui disastri ambientali e climatici come motivi di protezione umanitaria seguono la decisione del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite nel caso storico di Teitiota contro la Nuova Zelanda, pubblicata nel gennaio 2020. Il caso riguardava la richiesta del Sig. Ioane Teitiota, nativo del piccolo Stato insulare in via di sviluppo di Kiribati, che sosteneva che la Nuova Zelanda aveva violato i suoi obblighi internazionali ai sensi del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici rimpatriandolo sull'isola di Tarawa, colpita, come il resto dell'arcipelago, dagli effetti che l'innalzamento del livello del mare stava avendo sulla disponibilità di terre abitabili, acqua dolce e terreni coltivabili, creando insicurezza tra la popolazione riguardo alle proprie aspettative e condizioni di vita, nonché tensioni sociali³⁸.

Il Comitato per i diritti umani ha concluso, tuttavia, che la Nuova Zelanda non aveva violato il diritto alla vita del Sig. Teitiota, ai sensi dell'art. 6 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, rimpatriando lui e la sua famiglia nella Repubblica di Kiribati, in quanto riteneva che l'impatto del cambiamento climatico e dell'innalzamento del livello del mare non avesse raggiunto un grado di gravità tale da rappresentare una minaccia imminente e reale per la vita e che il governo di Kiribati sta adottando misure per proteggere la popolazione³⁹. Tuttavia, il Comitato ha riconosciuto che gli effetti negativi del cambiamento climatico potrebbero in futuro minacciare il diritto a una vita dignitosa oppure equivalere a trattamenti inumani o degradanti proscritti dall'art. 7, facendo sorgere in entrambi i casi l'obbligo per gli

³⁵ Nel 2021, un terzo caso riguardante un cittadino bengalese che chiedeva il riconoscimento della protezione internazionale o della protezione sussidiaria o, altrimenti, un permesso di soggiorno per motivi umanitari sulla base del suo status di «rifugiato ambientale» è stato tuttavia rifiutato dalla Cass. in quanto il suo racconto è stato trovato infondato, poiché c'erano contraddizioni tra l'indigenza che sosteneva fosse stata causata dall'esondazione del fiume che aveva distrutto la sua casa e il fatto che aveva raccontato come la sua casa fosse stata distrutta in altre occasioni a causa del ripetersi di tali esondazioni senza aver fatto riferimento, in quelle altre occasioni, al fatto di aver sofferto di carestia. Ciò ha portato la Corte a ritenere che non si trattasse di un'accusa realmente legata alle condizioni di degrado ambientale causate dalle ricorrenti inondazioni, ma alle gravi difficoltà economiche comuni a tutta la popolazione locale, e ha quindi respinto il ricorso (v. Cass., ordinanza n. 25094/2021, 2 *in fine*).

³⁶ Cass., ordinanza n. 25143/2020, punto 2.1 dei fatti.

³⁷ Cass., ordinanza n. 5022/2021, 2-3.

³⁸ Comitato per i diritti umani, comunicazione n. 2728/2016, punti 2.1-2.10

³⁹ *Ibid.*, punti 9.6-9.14. Cfr. con i voti dissenzienti di due membri del Comitato.

Stati di non rimpatriare gli stranieri presenti sul loro territorio nei Paesi colpiti⁴⁰.

Seguendo lo stesso ragionamento del Comitato per i diritti umani, la Cassazione italiana ha concluso che, ai fini del riconoscimento o del diniego della protezione umanitaria di cui all'art. 19, cc. 1 e 1.1, d.lgs. n. 286/1998, la valutazione della condizione di pericolo generalizzato esistente nel Paese di origine del richiedente deve essere effettuata con specifico riferimento al particolare rischio per il diritto alla vita e a un'esistenza dignitosa derivante dal degrado ambientale, dai cambiamenti climatici o dallo sviluppo insostenibile del territorio⁴¹. La Cass. chiarisce che se la guerra, o i conflitti armati in generale, rappresentano la manifestazione più flagrante dell'azione autodistruttiva dell'uomo pericolosa per la sua stessa vita, essi non esauriscono la sfera delle condotte che possono minare le condizioni di vita dignitosa dell'individuo, che possono derivare anche da condizioni socio-ambientali comunque imputabili all'azione umana, purché il degrado creato sia, in concreto, tale da esporre l'individuo al rischio di vedere annientati o, comunque, ridotti al di sotto del loro nucleo essenziale e ineludibile, i suoi diritti fondamentali alla vita, alla libertà e all'autodeterminazione⁴².

A questo proposito, la Cassazione ha sottolineato che il concetto di «nucleo ineliminabile costitutivo dello status di dignità della persona» costituisce il livello essenziale, al di sotto del quale non sono riconoscibili condizioni di vita dignitose e, pertanto, non è garantito il diritto fondamentale dell'individuo alla vita⁴³. Come osservato da P. Bonetti⁴⁴, con questo ragionamento la Corte di Cassazione accoglierebbe l'interpretazione che il Comitato per i diritti umani ha dato del diritto alla vita nel suo *General Comment* n. 36, secondo cui il diritto alla vita garantito dall'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici non si limita alla mera sopravvivenza, ma, essendo molto più ampio, comprende il diritto al godimento della vita in dignità, diritto che, secondo il Comitato, ha come controparte l'obbligo degli Stati di adottare misure appropriate per risolvere quelle condizioni generali della società che possono mettere in pericolo tale diritto, compreso il degrado dell'ambiente, il cambiamento climatico e gli effetti dello sviluppo insostenibile⁴⁵.

Al fine di verificare se il rimpatrio possa comportare la privazione dell'esercizio dei diritti umani al di sotto di questo nucleo ineliminabile e costitutivo della dignità della persona, la Cass. aveva attribuito un'importanza centrale alla valutazione comparativa tra il grado di effettiva integrazione in Italia e la situazione soggettiva e oggettiva del richiedente vissuta prima della partenza e a cui sarebbe esposto in caso di rimpatrio nel Paese di origine, anche in relazione alle condizioni climatiche prevalenti in quest'ultimo, in modo da determinare il rischio che l'espulsione dal territorio nazionale possa comportare una violazione del suo diritto fondamentale al rispetto della vita privata e familiare e a la salute⁴⁶. Come nota Bonetti, l'ordinanza n. 5022/2021 rappresenta un cambiamento evolutivo su questo punto, in quanto già non basa la necessità di protezione umanitaria sul danno che tali diritti subirebbero in

⁴⁰ *Ibid.*, punto 9.11.

⁴¹ Cass., ordinanza n. 5022/2021, 5 *in fine* e 6.

⁴² *Ibid.*, 6.

⁴³ *Ibid.*, 6 *in fine* e 7.

⁴⁴ P. Bonetti, *La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa*, cit., 73.

⁴⁵ Comitato per i diritti umani, *General comment No. 36. Article 6: right to life* (CCPR/C/GC/36), 2019, punti, 3, 26 e 62.

⁴⁶ v. Cass.: ordinanza n. 25143/2020, punto 7.c, riguardante il caso del cittadino del Bangladesh che si era trasferito in Italia per sfuggire alla povertà causata da catastrofi naturali; e ordinanza n. 2563/2020, punti 5.3 e 5.4, anche in merito alla richiesta di protezione umanitaria di un cittadino del Bangladesh emigrato in Italia a causa delle ripetute inondazioni nel suo Paese che avevano distrutto la sua casa.

caso di rimpatrio⁴⁷. Al contrario, seguendo al Comitato per i diritti umani, la Corte italiana prescinde da tale giudizio comparativo della situazione nel Paese d'origine e del livello di integrazione sociale realizzato dallo straniero in Italia e basa il suo ragionamento direttamente sugli obblighi internazionali e costituzionali che incombono sullo Stato italiano, ex art. 5, c. 6, d.lgs. n. 286/1998, in particolare sulla già citata concezione ampia del diritto alla vita, intesa come vita dignitosa, e sul divieto dell'art. 19, c. 1.1, d.lgs. n. 286/1998, di esporlo alla violazione del minimo ineludibile dei suoi diritti fondamentali con l'espulsione verso un altro Paese nel contesto di un disastro ambientale⁴⁸.

Alla luce di tale motivazione, la Cass. ha deciso questi ricorsi per la protezione speciale a causa di disastri ambientali e climatici nei paesi d'origine dei ricorrenti, rinviando la causa per un nuovo esame della domanda, tenendo conto delle argomentazioni della Cass. Tuttavia, viene da chiedersi se questa evoluzione giurisprudenziale non sia stata indirettamente imposta dalla riforma apportata dal d.l. n. 20/2023 e dalla conseguente soppressione di ogni riferimento alla possibilità di ottenere la protezione speciale sul presupposto del radicamento dello straniero nel Paese, che avrebbe costretto la Cass. a cercare nuove strade argomentative sulla base dell'«orizzontalità dei diritti umani fondamentali», che «promuove l'evoluzione della norma, elastica, sulla protezione umanitaria 'a clausola generale di sistema', capace di favorire i diritti umani e di radicarne l'attuazione»⁴⁹. A questo riguardo, Bonetti ricorda anche lo status della dignità umana come «valore supercostituzionale» dell'ordinamento italiano e la considerazione che la Cass. ha attribuito alla protezione umanitaria (adesso speciale) come particolare manifestazione del diritto d'asilo, riconosciuto e garantito dall'art. 10, c. 3, Cost., che protegge la dignità e la vita della persona quando queste sono in pericolo nel Paese d'origine dello straniero⁵⁰.

5.2. Il permesso di soggiorno per calamità nel Paese d'origine dello straniero (art. 20-bis, d.lgs. n. 286/1998). Come è stato indicato in precedenza, il d.l. n. 113/2018 ha abolito il permesso di soggiorno per motivi umanitari, sostituendo questa unica forma generica e aperta di protezione con sei diversi permessi, ognuno dei quali risponde a una specifica circostanza di natura umanitaria⁵¹. Di conseguenza, la riforma non solo ha portato a una

⁴⁷ P. Bonetti, *La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa*, cit., 75.

⁴⁸ Cass., ordinanza n. 5022/2021, 8.

⁴⁹ Cass., ordinanza n. 25143/2020, punto 7, lett. b).

⁵⁰ P. Bonetti, *La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa*, cit., 77-78.

⁵¹ I nuovi tipi di permesso di soggiorno hanno tipificato quasi tutti i motivi precedentemente assegnati dalla la Commissione nazionale per il diritto di asilo alla protezione umanitaria. Da un lato, il d.l. n. 113/2018 introduce tre nuove tipologie di permesso di soggiorno per motivi che in precedenza avrebbero consentito ai richiedenti di ottenere la protezione umanitaria: i) il permesso di soggiorno per cure mediche (art. 1, c. 1, lett. g), d.l. n. 113/2018, che inserisce l'art. 19, c. 2, lett. d-bis), d.lgs. n. 286/1998); ii) il permesso di soggiorno per motivi di calamità (art. 1, c. 1, lett. h), d.l. n. 113/2018, che inserisce l'art. 20-bis, d.lgs. n. 286/1998); iii) il permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile (art. 1, c. 1, lett. q), d.l. n. 113/2018, che inserisce l'art. 42-bis, d.lgs. n. 286/1998). Dall'altro, stabilisce che alcune tipologie di permesso di soggiorno, già previste dal d.lgs. n. 286/1998, e precedentemente rilasciate «per motivi umanitari», riportano ora la dicitura «casi speciali», ovvero: iv) il permesso di soggiorno per protezione sociale (art. 1, c. 1, lett. e), d.l. n. 113/2018, che modifica l'art. 18, c. 4, d.lgs. n. 286/1998); v) il permesso di soggiorno per le vittime di violenza domestica (art. 1, c. 1, lett. f), d.l. n. 113/2018, che modifica il c. 1 e inserisce il c. 1-bis nell'art. 18-bis, d.lgs. n. 286/1998); vi) il permesso di soggiorno per particolare sfruttamento lavorativo (art. 1, c. 1, lett. i), d.l. n. 113/2018, che modifica il c. 12 quarter e inserisce il c. 12-sexies nell'art. 22, d.lgs. n. 286/1998). Oltre a questi sei permessi, il d.l. n. 113/2018 rinomina come «permesso per protezione speciale» il permesso di soggiorno rilasciato dal questore nei casi in cui la Commissione territoriale non accetti la domanda di protezione internazionale, ma ritenga che possano sussistere gravi motivi umanitari (art. 32, c. 3, d.lgs. n. 25/2008, come modificato dall'art. 1, c. 2, lett. a), d. l.n. 113/2018).

frammentazione della protezione umanitaria⁵², ma ne avrebbe anche limitato il suo ambito di applicazione, in quanto i motivi umanitari per cui può essere concessa non sono già atipici ma legalmente prestabiliti, creando una sorta di tipologia di casi di protezione⁵³. La riforma operata dal d.l. n. 130/2020 non ha portato alcun cambiamento in questo senso.

Uno dei permessi introdotti dal d.l. n. 113/2018 è il permesso di soggiorno per calamità, disciplinato dal nuovo art. 20-bis, d.lgs. n. 286/1998. In base al c. 1 di questa disposizione, il questore rilascia questo permesso nei casi in cui il Paese in cui lo straniero deve rientrare si trovi «in una situazione di contingente ed eccezionale calamità che non consente il rientro e la permanenza in condizioni di sicurezza»⁵⁴. Va chiarito che questo permesso ha la funzione di regolarizzare il soggiorno di uno straniero che si trova già in Italia; quindi, non è un tipo di visto che può essere rilasciato per autorizzare *a priori* l'ingresso nel Paese in caso di calamità in un altro Stato⁵⁵.

Resta da vedere come verrà interpretato nel tempo il concetto di *calamità*. Dopo la reintroduzione delle parole «contingente ed eccezionale» è ancora meno chiaro se si riferisca esclusivamente a catastrofi naturali di rapida insorgenza, o se includa anche disturbi ambientali di lenta evoluzione che non consentano il rientro e la permanenza nel paese colpito in condizioni di sicurezza, che sarebbero stati coperti dal precedente permesso di soggiorno per motivi umanitari. Inoltre, è discutibile se altri eventi di origine naturale (ad esempio, epidemie⁵⁶) o di natura antropica (come incidenti industriali o situazioni di violenza interna) possano anche rientrare nel concetto di calamità, a condizione che raggiungano un livello di gravità eccezionale.

A questo proposito, può essere illuminante l'ordinanza n. 2563/2020, in cui la Cassazione ha invitato il giudice d'origine a valutare «se le alluvioni cui ha fatto riferimento il richiedente sono configurabili come calamità che non consentono il rientro nel Paese di origine e la permanenza in condizioni di sicurezza» ai sensi del permesso di soggiorno per calamità, in quel momento recentemente introdotto⁵⁷. Sebbene il richiedente non avesse diritto a tale permesso *ratione temporis*, la Cassazione ha ritenuto che il permesso per calamità caratterizzasse una condizione di vulnerabilità già tutelabile e rilevante ai fini della concessione della protezione umanitaria⁵⁸. Da questa interpretazione giurisprudenziale deriverebbe implicitamente che ciò che è decisivo per giudicare l'esistenza di una calamità nel Paese di origine dello straniero non è il tipo di evento che l'ha causata, ma le sue conseguenze, che devono impedire un ingresso e un soggiorno sicuri nel Paese.

Anche Bonetti propone di definirla *lato sensu*. Così, e prendendo a riferimento la nozione di «calamità di rilevanza nazionale», prevista dal codice sulla protezione civile all'art. 7, d.lgs. n. 1/2018, e la nozione di «catastrofe», prevista dall'art. 4 della decisione n. 1313/2013/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, *Sul un meccanismo unionale di*

⁵² Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, *Le modifiche in tema di permesso di soggiorno conseguenti all'abrogazione dei motivi umanitari e sull'art. 1, D.L. 113/2018. Prime osservazioni*, ASGI, 2018, 3.

⁵³ *Ibid.*, 14; G. Conti, *La protezione umanitaria e il nuovo Sistema di accoglienza e integrazione nel d.l. n. 130/2020*, cit., 7.

⁵⁴ L'art. 20 bis, d.l. n. 286/1998, è stato modificato dall'art. 1, c. 1, lett. f), d.l. n. 130/2020, che ha sostituito le parole «contingente ed eccezionale» con «grave». Successivamente, il d.l. n. 20/2023, *Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare*, ha reintrodotta l'espressione «contingente ed eccezionale» (art. 7, c. 1, lett. d)).

⁵⁵ I. Pagin, *Quale tutela giuridica per i climate refugees? Il caso Teitiota*, in *Insininitinere.it*, 19 gennaio 2022, 3.

⁵⁶ Alcune voci hanno sostenuto che sarebbe possibile, e anche necessario nel contesto della pandemia di Covid-19, procedere al rilascio di permessi di soggiorno per calamità ai migranti che già abitano illegalmente in Italia. Tanto più che la chiusura delle frontiere a causa dell'epidemia, sia in Italia che nella maggior parte dei Paesi del mondo, non ha permesso nemmeno a loro di tornare in sicurezza nel Paese d'origine. Ad esempio, P. Bonetti, *La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa*, cit., 33-37; E. Camilli, *Migranti, il permesso per calamità potrebbe già regolarizzare gli stranieri?* in *La Difesa del Popolo*, 7 maggio 2020.

⁵⁷ Cass., ordinanza n. 2563/2020, punto 5.6.

⁵⁸ *Ibid.*, punto 7.

protezione civile, la definisce come «qualsiasi evento calamitoso di origine naturale o derivante dall'attività dell'uomo che abbia un'intensità o un'estensione tale che abbia conseguenze gravi sulle persone, sull'ambiente o sui loro beni»⁵⁹.

In assenza di una definizione uniforme del termine «calamità», il questore manterrebbe un'ampia discrezionalità nel valutare sia l'esistenza della calamità che la sua natura eccezionale⁶⁰. Questo margine può portare a notevoli divergenze tra i criteri interpretativi applicati in ciascuna Questura che, a loro volta, potrebbero incoraggiare una sorta di forum-shopping tra i migranti⁶¹.

A differenza del suo predecessore, il permesso di soggiorno per motivi umanitari, il permesso per calamità è rilasciato per un periodo legalmente definito: sei mesi. La modifica introdotta dal d.l. n. 130/2020 ne consentiva il rinnovo finché persistevano le circostanze che ne avevano determinato l'emissione, sebbene la riforma introdotta dal d.l. n. 20/2023 ne abbia nuovamente limitato la proroga per ulteriori sei mesi, come inizialmente previsto dal d.l.n. 113/2018. Per quanto riguarda lo status del titolare, il suo contenuto è mutato ad ogni successiva riforma. Così, il d.l. n. 113/2018 lo aveva sostanzialmente ridotto rispetto al precedente permesso umanitario, anche se il d.l. n. 130/2020 aveva significativamente invertito la situazione, che è tornata ad essere quella del d.l. n. 113/2018 con la riforma operata dal d.l. n. 20/2023.

Attualmente, il permesso di soggiorno per calamità consente allo straniero: (i) di lavorare, ma non può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro (art. 20-*bis*, c. 2, d.lgs. n. 286/1998)⁶²; (ii) dà accesso all'istruzione primaria e superiore a pari condizioni con gli studenti italiani (art. 38, c. 1, e art. 39, c. 5, d.lgs. n. 286/1998), nonché all'alloggio sociale (art. 40, c. 4, d.lgs. n. 286/1998). Tuttavia, a differenza del precedente permesso per motivi umanitari, il permesso per calamità è valido solo sul territorio nazionale (art. 20-*bis*, c. 2, d.lgs. n. 286/1998) e dà diritto all'iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale solo dietro pagamento di un contributo annuo equivalente a quello degli italiani (art. 34, c. 3, d.lgs. n. 286/1998⁶³), per cui in assenza di tale iscrizione o di un'assicurazione sanitaria privata, lo straniero in possesso di questo permesso ma privo di risorse potrebbe ricevere solo cure ambulatoriali e ospedaliere urgenti o essenziali e partecipare ad alcuni programmi di medicina preventiva. (art. 35, c. 4, d.lgs. n. 286/1998). Inoltre, il titolare di un permesso di soggiorno per calamità non può beneficiare di misure di assistenza sociale, poiché, come già detto, questo permesso può essere rilasciato solo per una durata massima di sei mesi, mentre l'art. 41, c.1, d.lgs. n. 286/1998, richiede che il permesso abbia una durata minima di almeno un anno per poter fruire dell'assistenza sociale.

5.3. Misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali (art. 20, d.lgs. n. 286/1998). L'art. 20, c. 1, d.lgs. n. 286/1998, stabilisce che il Presidente del Consiglio dei

⁵⁹ P. Bonetti, *La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa*, cit., 61.

⁶⁰ Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, *Le modifiche in tema di permesso di soggiorno conseguenti all'abrogazione dei motivi umanitari e sull'art. 1, D.L. 113/2018. Prime osservazioni*, ASGI, 2018, 6.

⁶¹ I. Pagn, *Quale tutela giuridica per i climate refugees? Il caso Teitiota*, in *Iusininitinere.it*, 19 gennaio 2022, 4; Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, cit. *nota supra*.

⁶² L'art. 1, c. 1, lett. b), d.l. n. 130/2020, aveva aggiunto un c. 1-*bis*, all'art. 6, d.lgs. n. 286/1998, che consentiva tale conversione, che è stato però abrogato dall'art. 7, c. 1, lett. a), l. n. 50/2023, *Di conversione con modificazioni del Decreto-Legge 10 marzo 2023, n. 20*, i cui art. 7, c. 1, lett. d), ha anche reintrodotto nell'art. 20-*bis*, c. 2, d.lgs. n. 286/1998, il divieto di conversione prima previsto dall'art. 1, c.1, lett. b), d.l. n. 113/2018.

⁶³ L'art. 1, c. 1, lett. o), d.l. n. 113/2018, ha sostituito il generico riferimento ai «beneficiari di asilo per motivi umanitari», di cui all'art. 34, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 286/1998, con l'espressa menzione delle tipologie di permesso di soggiorno che conferiscono tale diritto, tra le quali non è compreso il permesso per i casi di calamità, senza che tale situazione sia cambiata con le riforme attuate dal d.l. n. 130/2020 o dal d.l. n. 20/2023.

ministri, in accordo con i Ministri degli affari esteri, dell'interno, per la solidarietà sociale e con gli altri Ministri interessati, può stabilire, con proprio decreto, misure di protezione temporanea «per rilevanti esigenze umanitarie» derivanti da conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità che si verifichino in Paesi non appartenenti all'UE. Questo precetto è stato attivato nel 1999 per proteggere i kosovari in fuga dalla guerra⁶⁴, e nel 2011, in occasione dell'arrivo massiccio di cittadini provenienti dai Paesi del Nord Africa sulle coste italiane, in particolare sull'isola di Lampedusa. In quest'ultimo caso, le rivolte e i conflitti che avevano iniziato a verificarsi in tutta la regione, a seguito del fenomeno conosciuto come Primavera araba, avevano spinto molti migranti a cercare di raggiungere irregolarmente il suolo europeo attraversando il Mediterraneo dalla Tunisia, dall'Egitto o dalla Libia⁶⁵. Con d.P.C.M. del 12 febbraio 2011 è stato dichiarato lo stato di emergenza umanitaria a livello nazionale. A questo decreto ne è seguito un altro il 5 aprile 2011, basato sull'art. 20, d.lgs. n. 286/1998, che ha specificato le misure di protezione temporanea da applicare a favore dei cittadini provenienti dai Paesi del Nord Africa, purché giunti sul territorio italiano dal 1° gennaio 2011 fino alla mezzanotte del 5 aprile 2011 (art. 1).

La crisi migratoria che ha portato all'applicazione dell'art. 20, d.lgs. n. 286/1998, non è stata il risultato di un'alterazione ambientale, ma del clima di acuta instabilità politica che si era propagato in tutta la regione del Maghreb e in Egitto⁶⁶. Tuttavia, entrambi i decreti presidenziali costituiscono un prezioso precedente riguardo all'applicazione pratica di tale meccanismo. Pertanto, vale la pena di tenere conto del loro contenuto quando si considera di questo art. 20 per la protezione degli sfollati per motivi ambientali. Allo stesso tempo, è opportuno analizzare questa disposizione notando le differenze tra queste misure di protezione temporanea e il permesso per calamità di cui all'art. 20-bis, d.lgs. n. 286/1998.

5.3.1. Differenze tra le misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali e il permesso di soggiorno per casi di calamità. L'esistenza di due tipologie di protezione che possono avere come oggetto le persone sfollate per motivi ambientali, come il permesso per i casi di calamità e le misure di protezione temporanea «per rilevanti esigenze umanitarie» derivanti da disastri naturali, rende necessario confrontarli ed evidenziarne le differenze, che possono essere sostanzialmente ridotte a due: l'evento abilitante, che rende necessario considerare la piena coincidenza o meno delle espressioni «disastro naturale» e «calamità», e la determinazione dei beneficiari della protezione, che nel primo caso è individuale o caso per caso e nel secondo di gruppo.

5.3.1.1. Una diversa fattispecie: disastro naturale contro calamità. A prima vista, potrebbe sembrare che il tipo di perturbazione ambientale per la quale può essere concessa la protezione sia lo stesso in entrambe le disposizioni, ossia le catastrofi di rapida insorgenza. Tuttavia, va notato che il riferimento dell'art. 20 ai «disastri naturali» sembra notevolmente

⁶⁴ P. Bonetti, *La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa*, cit., 60.

⁶⁵ G. Arias, *La crisis en el Norte de África y su impacto en la inmigración irregular a la Unión Europea*, Real Instituto Elcano, 2011, *passim*.

⁶⁶ Infatti, oltre alla Primavera araba, nello stesso anno, il 2011, il Corno d'Africa conosceva una delle peggiori crisi alimentari mai registrate, a causa della grave siccità che ha colpito l'intera regione dell'Africa orientale. I migranti provenienti da Paesi colpiti dalla carestia come la Somalia, l'Eritrea e l'Etiopia approfittarono delle rotte migratorie aperte dalla Tunisia e dalla Libia per raggiungere l'Europa, mescolandosi al flusso di migranti in fuga dall'instabilità politica e dai disordini nel mondo arabo. Sebbene il decreto presidenziale che dichiarava lo stato di emergenza umanitaria in Italia si riferisse solo ai cittadini dei Paesi nordafricani, ci si chiede se i migranti del Corno d'Africa che potrebbero essere arrivati a Lampedusa da Paesi nordafricani come la Tunisia, la Libia o l'Egitto non abbiano ricevuto anche loro, in forma mascherata, la protezione prevista dall'art. 20, d.lgs. n. 286/1998, diventando forse i primi sfollati ambientali a ricevere protezione sul suolo europeo.

più ristretto rispetto alla terminologia utilizzata dall'art. 20-*bis*. Come è stato sottolineato, il termine «calamità» utilizzato in quest'ultima disposizione lascia più spazio alle argomentazioni a favore della possibilità di considerare tali anche altri tipi di perturbazioni ambientali che, pur non essendo qualificabili come disastri naturali nel senso tradizionale del termine, sono sufficientemente gravi da mettere in pericolo anche la sopravvivenza delle popolazioni che vivono nel territorio colpito, cioè da essere considerate di natura «eccezionale».

Invece, l'art. 20 sembra inequivocabile nel senso che solo un disastro naturale, definito come un evento pericoloso che si verifica rapidamente o inaspettatamente, mettendo in pericolo la vita delle persone attraverso il suo impatto fisico immediato, può servire come base per l'adozione di tale decreto che stabilisce misure di protezione eccezionali. Tuttavia, è da notare che nella citata ordinanza 5022/2021, la Cassazione ha stabilito l'esistenza di una situazione di disastro ambientale facendo riferimento alla definizione di «disastro ambientale» contenuta nell'art. 452-*quater* c.p. Secondo questo precetto, per «disastro ambientale» si deve intendere un' «alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema», ovvero la «alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali», o ancora «l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte al pericolo». Se si mantenesse un'interpretazione del concetto di disastro naturale analoga a quella data dalla Cassazione al disastro ambientale, sarebbe possibile includere anche i processi di lento degrado ambientale. Tuttavia, anche se si adotta un'interpretazione letterale, non penalistica, e restrittiva del termine «disastro naturale», i fenomeni ambientali di lenta insorgenza potrebbero comunque trovare accoglienza nell'art. 20 sotto la categoria degli «altri eventi di particolare gravità». Questa clausola di chiusura fungerebbe quindi da clausola generale, coprendo altre situazioni che, pur non essendo espressamente menzionate nell'art. 20, hanno causato una crisi umanitaria nel Paese di origine dello straniero. Infatti, l'esistenza di tale clausola va vista in modo molto positivo se si confronta l'art. 20 d.lgs. n. 286/1998 con il suo omologo in Finlandia (art. 109, c. 1, l. n. 301/2004) o in Svezia (l'abrogato art. 2a, cap. 4, l. n. 716/2005). Questi ultimi coprono solo in via residuale altre situazioni di violenza indotta dall'uomo nel Paese d'origine del richiedente. Pertanto, come già detto, la possibilità di includere le vittime di disastri ambientali a lenta insorgenza in Finlandia o in Svezia (in quest'ultima prima della riforma operata dalla l. n. 765/2021) potrebbe avvenire solo attraverso un'interpretazione estensiva del concetto di disastro ambientale.

In ogni caso, il fatto che il dissesto ambientale sia qualificato dall'art. 20 come «disastro naturale» o come «altri eventi di particolare gravità» diventa irrilevante. L'art. 20 non richiede l'identificazione della categoria giuridica a cui appartiene la situazione di fatto che funge da base per l'adozione di misure di protezione temporanea. Ad esempio, il d.P.C.M. del 12 febbraio 2011 dichiarando lo stato di emergenza umanitaria si limita a descrivere, in modo generico e sintetico, il contesto geopolitico che ha provocato la crisi umanitaria in Nord Africa e che ha portato a massicci sfollamenti di popolazione verso le coste italiane. Non ha però valutato se l'escalation di violenza in Libia, culminata in una guerra civile aperta, fosse qualificabile come conflitto, e le rivolte in Tunisia o in Egitto come altri eventi particolarmente gravi⁶⁷.

Di conseguenza, se viene dichiarata un'emergenza umanitaria a causa di un evento ambientale in un Paese terzo, non sarebbe necessario identificare se il flusso di sfollati verso l'Italia sia

⁶⁷ *Ud.* dall'undicesimo al tredicesimo considerando del d.P.C.M. del 12 febbraio 2011, e anche il terzo considerando del d.P.C.M. del 5 aprile 2011, quest'ultimo facendo semplicemente riferimento alla dichiarazione dello stato di emergenza umanitaria ai sensi del d.P.C.M. del 12 febbraio 2011 come base per l'adozione di misure di protezione temporanea.

stato causato da un evento di rapida o lenta insorgenza. Infatti, l'inserimento di una clausola di chiusura così ampia («altri eventi di particolare gravità») dimostra che ciò che conta per l'attivazione del meccanismo di protezione temporanea è la necessità di fornire una protezione umanitaria immediata agli sfollati. Tale necessità metterebbe in secondo piano la situazione stessa che ha determinato lo sfollamento nel Paese di origine⁶⁸. Pertanto, il riferimento esplicito dell'art. 20, d.lgs. n. 286/1998, ai «conflitti» o ai «disastri naturali» deve essere visto solo come un esempio di due situazioni in cui sono tipicamente richieste protezione e assistenza umanitaria. Pertanto, nonostante le differenze terminologiche tra i termini «disastro naturale» e «calamità», si può sostenere che l'ambito di applicazione dell'art. 20 e dell'art. 20-*bis*, d.lgs. n. 286/1998, sembra sufficientemente ampio da coprire entrambi i tipi di dissesto ambientale, siano esse di lenta o rapida insorgenza.

Si noti, comunque, che il potere di interpretare i termini «calamità» e «disastro naturale» in un senso o nell'altro appartiene a un'autorità diversa in ciascuna disposizione. Nel caso dell'art. 20 è lo stesso Presidente del Consiglio dei ministri a stabilire che una particolare situazione in un Paese extracomunitario costituisce un'emergenza umanitaria. Fatto ciò, il questore si limita ad agire nell'esercizio di un potere regolamentato, ossia verifica semplicemente se sussistono o meno le condizioni previste dal relativo decreto presidenziale e di conseguenza concede o nega il permesso di soggiorno. Ad esempio, in base al d.P.C.M. del 5 aprile 2011, il questore doveva rilasciare uno dei precedenti permessi di soggiorno per motivi umanitari dopo aver verificato che il richiedente provenisse e fosse cittadino di un Paese dell'Africa settentrionale (art. 2, c. 1). Pertanto, ai sensi dell'art. 20, il questore non ha quindi alcun margine di valutazione o interpretazione. Tutto il contrario di quanto accade per il rilascio del permesso di soggiorno per calamità. Come indicato in precedenza, in questo caso il questore esercita un'assoluta discrezionalità nel determinare sia il significato del termine «calamità», sia la sua esistenza e natura eccezionale. Come è stato detto, tale discrezionalità rischia tuttavia di produrre esiti diversi a seconda della circoscrizione territoriale in cui viene presentata la domanda di soggiorno.

5.3.1.2. Determinazione dello status di protezione su base individuale o di gruppo: la necessità di un afflusso massiccio di sfollati nel contesto delle misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali. Anche le modalità di determinazione dei beneficiari della protezione temporanea differiscono tra l'art. 20 e l'art. 20-*bis*, d.lgs. n. 286/1998. Mentre il questore rilascia il permesso per i casi di calamità su base individuale, cioè dopo una valutazione caso per caso delle circostanze nel Paese del richiedente, la protezione temporanea ai sensi dell'art. 20 è concessa su base collettiva⁶⁹. In altre parole, sono considerate necessitanti di protezione umanitaria tutte le persone provenienti dall'area geografica definita nel decreto presidenziale con cui è stata attivata la protezione temporanea. Quest'area geografica può corrispondere a tutto o parte del territorio di uno o più Paesi, o anche includere intere regioni. Ad esempio, il d.P.C.M. del 5 aprile 2011 ha definito l'ambito soggettivo di applicazione con un generico riferimento ai cittadini appartenenti ai Paesi del Nord Africa, senza ulteriori specificazioni (art. 1).

Va notato, tuttavia, che l'art. 20 non qualifica quantitativamente l'arrivo di persone alle

⁶⁸ A questo proposito, si veda il quattordicesimo considerando del d.P.C.M. del 12 febbraio 2011 che, dopo aver descritto la situazione in Nord Africa, sottolinea la necessità di adottare misure straordinarie ed urgenti per fornire strutture adeguate alle necessarie forme di assistenza umanitaria, garantendo al tempo stesso un'efficace azione contro l'immigrazione clandestina e l'identificazione delle persone pericolose per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale. Si veda anche il quarto considerando del d.P.C.M. del 5 aprile 2011, che insiste sulla richiesta di misure umanitarie per la protezione temporanea in termini di assistenza e residenza degli stranieri.

⁶⁹ Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, *Le modifiche in tema di permesso di soggiorno conseguenti all'abrogazione dei motivi umanitari e sull'art. 1, D.L. 113/2018. Prime osservazioni*, ASGI, 2018, 5.

frontiere italiane. Il suo silenzio solleva la questione se sia necessario un afflusso massiccio di sfollati per attivare la protezione temporanea, simile a quello richiesto dalla DPT. L'eccezionalità dello stato di emergenza umanitaria e i precedenti del 1999 e 2011 sembrano suggerirlo. Ad esempio, la dichiarazione dello stato di emergenza umanitaria del 12 febbraio 2011 è scaturita dal fatto che gli sbarchi «di migliaia di cittadini» nordafricani sulle coste italiane, in particolare sull'isola di Lampedusa, «ha assunto negli ultimi giorni dimensioni particolarmente preoccupanti»⁷⁰. Inoltre, data la situazione politica della regione, si prevedeva un ulteriore peggioramento della situazione nei giorni successivi, con l'arrivo di altre imbarcazioni cariche di immigrati irregolari⁷¹. Allo stesso modo, il successivo d.P.C.M. del 5 aprile 2011 ha giustificato la necessità di adottare misure temporanee di protezione in considerazione delle significative esigenze umanitarie derivanti dall'eccezionale afflusso di persone provenienti dal Nord Africa⁷².

Di conseguenza, i precedenti suggeriscono che la protezione temporanea per eventi eccezionali verrebbe attivata quando un numero elevato di sfollati arriva nel Paese a un ritmo o in un numero superiore alla capacità di risposta dell'Italia. Dopo tutto, l'art. 20, d.lgs. n. 286/1998, è intitolato «Misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali». Non sembra quindi esserci alcun altro evento eccezionale, oltre all'arrivo su larga scala di cittadini di Paesi terzi, che giustifichi la necessità di misure di accoglienza altrettanto straordinarie. Nei casi in cui non si verifichi un tale arrivo massiccio, ma l'interessato non possa tornare nel Paese d'origine a causa della situazione ambientale in cui si trova, rimarrebbe la possibilità di richiedere il permesso di soggiorno per calamità dell'art. 20 bis o, in alternativa, la protezione speciale per motivi umanitari dell'art. 19, cc. 1.1 e 1.2.

5.3.2. Contenuto delle misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali. Il d.P.C.M. che adotta le misure di accoglienza determina il contenuto della protezione concessa. A titolo esemplificativo, l'art. 2 del d.P.C.M. del 5 aprile 2011 ha riconosciuto ai beneficiari provenienti dal Nord Africa i seguenti diritti: (i) il diritto di ottenere uno dei precedenti permessi di soggiorno per motivi umanitari con validità di sei mesi (art. 2.1); (ii) il diritto di richiedere la protezione internazionale (art. 2.7); (iii) il diritto a un documento di viaggio al posto del passaporto e il diritto alla libera circolazione all'interno dei Paesi dell'UE, ai sensi delle disposizioni della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1995 e della legislazione dell'UE (art. 2.3); (iv) i beneficiari del d.P.C.M. del 5 aprile 2011 hanno goduto anche dei diritti aggiuntivi che il d.lgs. n. 286/98 e il d.P.R. n. 394/1999 attribuivano al estinto permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Per quanto riguarda la questione della forma che potrebbe assumere ora il permesso di soggiorno concesso agli sfollati ambientali che beneficino di misure straordinarie di accoglienza, tra le nuove tipologie di permesso di soggiorno introdotte dal d.l. n. 113/2018, solo il permesso per i casi di calamità sembra essere in linea con le crisi umanitarie a cui l'art. 20, d.lgs. n. 286/1998, intende rispondere, rimanendo la protezione speciale per motivi umanitari dell'art. 19, cc. 1.1 e 1.2, come formula residuale. Questo, a sua volta, rafforza la necessità di interpretare il termine «calamità» in senso ampio, in grado di accogliere situazioni sia di origine umana che naturale e, in quest'ultimo caso, sia di rapida che di lenta insorgenza.

6. Conclusioni. La tabella alla fine delle conclusioni fornisce una sintesi delle forme di protezione di cui possono avvalersi gli sfollati ambientali nei quattro Paesi analizzati: Finlandia, Svezia, Cipro e Italia. Questa analisi comparativa evidenzia la diversità delle forme di protezione nazionali superstiti dopo l'entrata in vigore delle direttive 2011/95/UE e

⁷⁰ Undicesimo e dodicesimo considerando del d.P.C.M. del 12 febbraio 2011.

⁷¹ Tredicesimo considerando del d.P.C.M. del 12 febbraio 2011.

⁷² Quarto considerando del d.P.C.M. del 5 aprile 2011.

2001/55/CE, data la loro natura di norme minime. Sebbene l'obiettivo delle due direttive non sia quello di uniformare le forme di protezione nazionali, è pur vero che la loro esistenza può mettere a rischio la realtà di un sistema europeo di asilo veramente unico e omogeneo, incoraggiando indirettamente movimenti secondari verso quegli Stati membri che mantengono forme di protezione più permissive nella loro legislazione sugli stranieri.

Questa pluralità di statuti nazionali di protezione, nonostante l'apparente frammentazione, ha una solida base comune, in quanto tutti basano la loro concessione sull'esistenza di motivi umanitari che impediscono il ritorno dello straniero nel suo Paese d'origine, pur non avendo i requisiti per ottenere lo status di rifugiato o di beneficiario di protezione sussidiaria. Collegandosi all'idea precedente, vale la pena di sottolineare quanto sia opportuno sostituire la protezione sussidiaria europea con una vera e propria protezione umanitaria, di cui la prima è solo un surrogato, sulla base degli obblighi in materia di diritti umani assunti dall'UE e dai suoi Stati membri.

Sebbene la Finlandia e la Svizzera abbiano mostrato una certa tendenza legislativa a escludere le catastrofi naturali come motivo specifico di protezione, il fatto che i disordini ambientali siano stati o siano tuttora presenti nella legislazione sugli stranieri di questi quattro Paesi costituisce un precedente non trascurabile per continuare a sostenere l'inclusione dei motivi ambientali come motivo di protezione, sia a livello nazionale che, preferibilmente, a livello europeo. Perciò le regressioni normative evidenziate rispetto alla sua considerazione come base per la concessione della protezione devono essere giudicate come temporanee, frutto della progressiva securizzazione che la politica di asilo e immigrazione nazionale ed europea ha subito nell'ultimo decennio.

Tuttavia, se questo è vero, non rende inopportuno che la comunità internazionale intraprenda un processo di negoziazione che porti a un regime giuridico internazionale per la protezione degli sfollati ambientali, evitando così che il loro destino continui, come è stato finora, nelle mani degli Stati e delle maggioranze politiche che controllano il governo e il parlamento. A questo proposito, l'Assemblea delle Nazioni Unite ha deciso, con la risoluzione 76/119, di includere nell'ordine del giorno provvisorio della sua settantottesima sessione il tema della protezione delle persone in caso di disastri, nonché di prendere in considerazione il progetto di trattato che la Commissione di diritto internazionale ha elaborato a questo proposito, compromettendosi a valutare la raccomandazione di quest'ultima che l'Assemblea Generale stessa o una conferenza internazionale di plenipotenziari elaborino una convenzione basata su questo progetto di articoli⁷³.

Comunque sia, il fatto che, nonostante le citate battute d'arresto legislative, i quattro Paesi presi in esame abbiano mantenuto forme di protezione per motivi umanitari deve essere visto come un contrappeso positivo. Si potrebbe addirittura sostenere che tali formule aperte basate sui diritti umani siano più appropriate di cataloghi chiusi di specifiche ragioni umanitarie di protezione. In questo senso, è paradigmatico il caso dell'Italia, che mantiene sei diversi permessi, ognuno dei quali risponde a una specifica circostanza umanitaria, tra cui il permesso per calamità e, in via residuale, il permesso di soggiorno per protezione speciale sulla base degli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato italiano. Infatti, la maggiore durata della protezione speciale per motivi umanitari (due anni, rinnovabili) rispetto al permesso di soggiorno per calamità (sei mesi, rinnovabili per altri sei mesi) e il fatto che quest'ultimo sia soggetto alla discrezionalità di ciascuna questura rendono più interessante per lo straniero optare direttamente per il permesso di soggiorno per protezione speciale, invece di richiedere prima il permesso di soggiorno per calamità e, una volta scaduta la durata massima di quest'ultimo e se permangono le condizioni ambientali che impedivano il rientro

⁷³ Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Resolution 76/119 Protection of persons in the event of disasters, adopted by the General Assembly at its Seventy-sixth session* (A/RES/76/119), 2021, punti 4 e 7.

e la permanenza in sicurezza nel Paese di origine, richiedere la protezione speciale. Tuttavia, tale prassi finirebbe per vanificare l'efficacia del permesso di soggiorno creato appositamente per i casi di calamità, anche naturali, nel Paese d'origine dello straniero e, di conseguenza, per snaturare il carattere residuale della protezione umanitaria.

D'altra parte, tenendo conto delle difficoltà che sono sorte quando è stato inserito un riferimento specifico ai disastri ambientali per quanto riguarda l'interpretazione di questa nozione e l'inclusione o meno di eventi naturali a lenta evoluzione, oltre a quelli a rapida insorgenza, sembra più pacifica l'opzione di una clausola di protezione per motivi umanitari legati ai diritti umani. Soprattutto quando abbiamo già diverse pronunce giudiziarie che sanciscono l'impatto delle perturbazioni ambientali, compresi i cambiamenti climatici, sui diritti umani e l'obbligo degli Stati di non rimpatriare i cittadini di Paesi terzi nel loro Paese d'origine quando le condizioni climatiche e ambientali possono mettere in pericolo diritti umani come la vita o l'integrità⁷⁴.

In questo senso, la decisione del Comitato per i diritti umani nella causa *Teitiota* contro la Nuova Zelanda e la sua influenza sulla giurisprudenza nazionale evidenzia, come sottolinea Perrini⁷⁵, l'impatto che, da un lato, le decisioni degli organi quasi giudiziari di monitoraggio dei trattati sui diritti umani possono avere sui sistemi giuridici nazionali, anche se non sono formalmente vincolanti. Dall'altro, mostra il potenziale del diritto internazionale dei diritti umani per colmare questa lacuna nell'ordinamento giuridico internazionale, in attesa della negoziazione di uno strumento giuridico universale per proteggere gli sfollati ambientali.

A questo proposito, oltre alle già citate pronunce della Corte di Cassazione italiana, dopo il caso *Teitiota* si sono emesse sentenze anche in altri Paesi europei contro il rimpatrio di stranieri in Paesi che soffrono di una grave crisi ambientale. Da un lato, si segnala la sentenza dell'Alto Tribunale amministrativo di Baden-Württemberg, in Germania, del 17 dicembre 2020, che ha annullato il provvedimento di espulsione di un cittadino afgano sulla base delle condizioni ambientali e climatiche del suo Paese di origine, aggravate dalla crisi sanitaria del Covid-19. Inoltre, in Francia, la Seconda sezione della Corte d'appello di Bordeaux, in una sentenza del 18 dicembre 2020, ha concesso un permesso di soggiorno temporaneo a un cittadino del Bangladesh in considerazione del suo stato di salute e delle sue esigenze mediche, che non avrebbero potuto essere adeguatamente soddisfatte nel suo Paese a causa delle condizioni ambientali e sanitarie⁷⁶.

Così, attraverso la concretizzazione giurisprudenziale degli obblighi internazionali che gli Stati hanno assunto ratificando i trattati sui diritti umani, in particolare la tutela del diritto a una vita dignitosa e il divieto di trattamenti inumani o degradanti, i tribunali nazionali potrebbero impedire l'estradizione dello straniero verso Paesi in cui esiste un rischio serio e reale di violazione di questi diritti a causa della situazione ambientale, invocando il principio di non-refoulement. Tuttavia, questo principio impedisce solo il rimpatrio forzato dello straniero nel suo Paese d'origine, ma non obbliga internazionalmente lo Stato a concedere uno specifico status di protezione agli stranieri che non possono essere rimpatriati, la cui portata e il cui contenuto, soprattutto per quanto riguarda i diritti riconosciuti nel Paese allo straniero non rimpatriato, dipenderanno quindi da quanto stabilito dalla legislazione nazionale. In relazione a quest'ultimo aspetto, l'analisi giuridica, in particolare nel caso

⁷⁴ La più recente è stata la sentenza della Corte EDU, *Caso Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros v. Svizzera* (n. 53600/20), emessa il 9 aprile 2024, in cui la Corte ha condannato la Svizzera in quanto l'inadeguatezza delle sue politiche sul cambiamento climatico violava il diritto alla vita e il diritto al rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti, principalmente donne di età superiore ai 75 anni, tutelati rispettivamente dagli artt. 2 e 8 CEDU.

⁷⁵ F. Perrini, *Il riconoscimento della protezione umanitaria in caso di disastri ambientali nel recente orientamento della Corte di Cassazione*, cit., 360-361.

⁷⁶ C. Scissa, *Migrazioni ambientali tra immobilismo normativo e dinamismo giurisprudenziale: Un'analisi di tre recenti pronunce*, in *Questione Giustizia*, 17 maggio 2021, 7-9.

italiano, ha evidenziato chiaramente non solo la differenza di diritti tra una forma di protezione nazionale e l'altra, ma anche la volatilità legislativa nella regolamentazione di questa materia da parte dei parlamenti nazionali, che hanno mostrato una tendenza prevalentemente restrittiva.

Infine, vale la pena sottolineare il valore di questa giurisprudenza nazionale, che non solo può contribuire alla realizzazione dei diritti umani degli sfollati ambientali attraverso un'interpretazione, che Scissa chiama «evolutiva»⁷⁷, dei trattati internazionali sui diritti umani. Piuttosto, l'azione dei tribunali nazionali può anche svolgere un ruolo chiave nel mitigare eventuale regressione della legislazione nazionale, come quella avvenuta con il Decreto Salvini in Italia, ma che si è verificata anche in altri Paesi come la Svezia o la Finlandia, dove, come abbiamo visto, sono state abolite le disposizioni della legislazione sugli stranieri che consentivano espressamente di concedere protezione agli stranieri arrivati in fuga da una situazione di disastro naturale nei loro Paesi d'origine.

Tabella 1. - Formule di protezione nazionale per gli sfollati ambientali

Pais	Tipo di protezione	Durata
Finlandia	Permesso di soggiorno per motivi umani (art. 52, c. 1, l. n. 301/2004).	Continuativa.
	Accoglienza di stranieri in Finlandia per speciali motivi umanitari o in adempimento di obblighi internazionali (art. 93 l. n. 301/2004).	Temporanea/continuativa (a discrezione del Governo. Se temporanea, possibilità di conversione in un permesso di soggiorno permanente se sono trascorsi tre anni di residenza continuativa nel Paese e sussistono ancora i motivi per cui è stata concessa la protezione).
	Protezione internazionale in caso di massiccio sfollamento di persone a causa di un disastro ambientale (art. 109 l. n. 301/2004).	Massimo di un anno, prorogabile fino al raggiungimento del periodo massimo stabilito dal Governo o del periodo legale di tre anni (se i motivi per cui è stata concessa la protezione continuano dopo la scadenza del periodo massimo di tre anni, è previsto che i beneficiari ricevano un permesso di soggiorno continuativo).

⁷⁷ Ibid., 9.

Svezia	Permesso di soggiorno per circostanze particolarmente gravose (cap. 5, art. 6, l. n. 716/2005).	Inizialmente, tredici mesi, rinnovabile per un altro periodo di due anni. Alla scadenza del permesso di soggiorno temporaneo, lo straniero può ottenere un permesso di soggiorno permanente se ha soggiornato regolarmente in Svezia per almeno tre anni, ha mezzi di autosostentamento e considerando il suo modo di vita.
	Permesso di soggiorno nel caso in cui un organismo internazionale, competente per l'esame dei singoli reclami, stabilisca che la decisione di respingere o espellere un individuo è contraria alle convenzioni internazionali di cui la Svezia è parte (cap. 5, art. 4, l. n. 716/2005).	Dipende dal permesso concesso.
Cipro	Divieto di espulsione di un rifugiato o di una persona con <i>status</i> di protezione sussidiaria verso un paese in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero in pericolo o in cui rischierebbe di essere sottoposto a tortura o a trattamenti o punizioni degradanti o inumani a causa di una distruzione ambientale (art. 29, c. 4, l. n. 6(I)/2000).	—
Italia	Protezione speciale per motivi umanitari, secondo gli obblighi internazionali e costituzionali dello Stato italiano (art. 5, c. 6, art. 19, cc. 1.1 e 1.2 d.lgs. n.	Due anni, rinnovabile previo parere della Commissione territoriale.

	286/1998; art. 32, c. 3, d.lgs. 25/2008).	
	Permesso di soggiorno per calamità nel Paese d'origine dello straniero (art. 20 bis d.lgs. n. 286/1998).	Sei mesi, rinnovabile per un periodo ulteriore di sei mesi se permangono le condizioni di eccezionale calamità.
	Misure straordinarie di accoglienza per rilevanti esigenze umanitarie in occasione di disastri naturali in Paesi non appartenenti all'Unione Europea (art. 20 d.lgs. n. 286/1998).	Quella determinata dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

Abstract. La natura di norme minime della Direttiva qualifiche 2011/95/UE (rifusione) e della Direttiva protezione temporanea 2001/55/CE ha permesso a diversi Stati membri di mantenere o introdurre nella propria legislazione disposizioni che consentono di proteggere gli stranieri che arrivano sul loro territorio sfollati a causa di un disastro ambientale. È il caso di Finlandia, Svezia, Italia e Cipro. Con i passi indietro di Finlandia e Svezia, che hanno eliminato dalla loro legislazione ogni riferimento a questi gruppi di sfollati, e con i limiti della legislazione di Cipro, che prevede solo il non respingimento di un rifugiato o di un beneficiario di protezione sussidiaria verso un Paese che ha subito una catastrofe naturale, il d.lgs. n. 286/1998 dell'Italia rimane l'unico pioniere in questo campo, nonostante l'andirivieni legislativi degli ultimi anni. Il presente contributo analizza le leggi sull'immigrazione di questi Paesi per quanto riguarda le formule che consentono agli sfollati ambientali di risiedere e ricevere protezione nei rispettivi territori. Particolare attenzione è rivolta al caso italiano, in cui vengono analizzati la protezione speciale per motivi umanitari, prevista dall'art. 19, cc. 1.1 e 1.2, tenendo conto dei recenti sviluppi giurisprudenziali della Corte di Cassazione, in particolare dell'ordinanza n. 5022/2021; il permesso di soggiorno per catastrofi, disciplinato dall'art. 20-*bis*, e le misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali, previste dall'art. 20.

Abstract. The minimum standard nature of the Qualification Directive 2011/95/EU (recast) and the Temporary Protection Directive 2001/55/EC has allowed several Member States to maintain or introduce into their legislation provisions to protect foreigners arriving on their territory displaced by an environmental disaster. This is the case in Finland, Sweden, Italy and Cyprus. With the backward steps of Finland and Sweden, which have eliminated from their legislation any reference to these groups of displaced persons, and with the limitations of Cyprus' legislation, which only provides for the non-refoulement of a refugee or beneficiary of subsidiary protection to a country that has suffered a natural disaster, Italy's legislative Ddecree no. 286/1998 remains the only pioneer in this field, despite the legislative back-and-forth of recent years. This contribution analyses the immigration laws of these countries with regard to the formulas that allow displaced persons to reside and receive

protection in their respective territories. Particular attention is paid to the Italian case, analysing the special protection for humanitarian reasons, provided by Art. 19, cc. 1.1 and 1.2, taking into account the recent jurisprudential developments of the Court of Cassation, in particular the order 5022/2021; the residence permit for calamity, regulated by Art. 20-*bis*, and the extraordinary reception measures for exceptional events, provided by Art. 20.

Parole chiave. Sfollati ambientali – direttiva 2011/1995/UE – direttiva 2001/55/UE – protezione speciale – protezione umanitaria – permesso di soggiorno per calamità – misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali – ordinanza n. 5022/2021.

Key words. Environmental displaced persons – Directive 2011/1995/EU – Directive 2001/55/EU – special protection – humanitarian protection – residence permit for calamity – extraordinary reception measures for exceptional events – ordinance no. 5022/2021.

I FLUSSI ECO-MIGRATORI TRA MITI E PAURE. INCERTEZZE GIURIDICHE NELLA GESTIONE DELLA (IN)SICUREZZA CLIMATICA*

di Monica Raiteri**

Sommario. 1. Annotazioni sulla storia delle migrazioni climatiche. – 2. La riscoperta della pressione climatica sui flussi migratori. – 3. La tutela dei diritti umani: un neocolonialismo delle politiche sulla sicurezza climatica e la gestione dei fenomeni migratori? – 4. Le protezioni per i migranti climatici tra amministrazione e giurisdizione. – 5. Conclusioni.

559

1. Annotazioni sulla storia delle migrazioni climatiche. Per le scienze sociali, e in particolare per le discipline socio-antropologiche, il tema dell'insicurezza climatica è di grande interesse perché sotteso, con alterne vicende che in questo contributo cercherò di illustrare sinteticamente, alla storia dell'umanità¹ e, soprattutto, perché è stato variamente utilizzato come chiave di una narrazione dei flussi migratori che si interseca, soprattutto nel XIX e nel XX secolo, con alcuni processi, su tutti il colonialismo e il progresso², quest'ultimo divenuto oggetto-cardine della coeva indagine sociologica sul mutamento sociale. A tali processi va tuttavia imputato il (temporaneo, come vedremo) declino di quella che, per secoli, era stata la principale ricostruzione del fenomeno che la sociologia designa con l'espressione «mobilità umana» e che tecnicamente la ricerca contemporanea definisce «cross-border displacement and migration»³. Si tratta di un declino le cui motivazioni, come osserva Piguet, non possono essere trascurate e, anzi, devono divenire esse stesse oggetto di riflessione, se, nel quadro delle complesse interazioni tra natura e società, si vogliono comprendere pienamente le ragioni della riemersione di un dibattito sui nessi tra questioni ambientali e migrazioni⁴. Fin dall'antichità i mutamenti climatici, e le conseguenze che ne sono derivate, innanzitutto le grandi carestie, hanno costituito la spiegazione predominante del fenomeno migratorio, antepoendosi agli altri fattori esplicativi che nel tempo, e a seguito di grandi trasformazioni economico-sociali, avrebbero assunto un rilievo centrale: le cause sociali e culturali⁵. Come osserva nuovamente Piguet quella climatica è stata la prima forma di migrazione nella storia, alla ricerca di risorse idriche e di suoli

* Sottoposto a referaggio.

** Professore ordinario di Sociologia del diritto e della devianza – Università degli Studi di Macerata.

¹ E. Huntington, *Civilization and climate*, New Haven, CT, 1922.

² E. Piguet, *From "Primitive Migration" to "Climate Refugees": The Curious Fate of the Natural Environment in Migration Studies*, in *Annals of the Association of American Geographers*, 2013, 103, 1, 148-162.

³ M. Scott, *Adapting to Climate-Related Human Mobility into Europe: Between the Protection Agenda and the Deterrence Paradigm, or Beyond?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2023, 25, 54-82.

⁴ E. Piguet, *From "Primitive Migration" to "Climate Refugees"*, cit.

⁵ H. Kleinschmidt, *People on move: Attitudes towards and perceptions of migration in medieval and modern Europe*, Westport, CT, 2003.

fertili⁶, con le grandi pianure alluvionali che hanno dato vita alle civiltà cosiddette dei grandi fiumi, come risposta dell'uomo alla sua atavica incapacità di governare le forze della natura⁷: quindi, nel tempo, la storia delle migrazioni, inizialmente caratterizzata dal rapporto tra uomo e natura, diversamente configurato nelle concezioni occidentali, che istituiscono una dicotomia artificiale tra natura e società, che produce l'effetto di invertire la relazione tra modernità e impatto dell'ambiente naturale sulle azioni umane⁸, e non occidentali⁹, diverrà la storia delle interconnessioni tra sistemi sociali e sistemi ecologici.

Il XIX secolo segna un punto di svolta rispetto a tale impostazione: l'epoca vittoriana rappresenta, da un lato, l'apogeo delle indagini sociali sui fenomeni migratori, pur lasciando apparentemente sullo sfondo la motivazione climatica, che è invece presente nel dibattito dell'epoca, seppur declinato nei termini della (in)capacità di adattamento dei colonizzatori inglesi ai climi tropicali delle colonie¹⁰. Dall'altro lato, la sistematizzazione elaborata da Ravenstein, che giungerà ad influenzare anche le teorie contemporanee sulle migrazioni¹¹, segna un'inversione di tendenza, relegando sullo sfondo questo tema di indagine. Il declino del nesso tra clima e migrazioni inizia nel momento in cui emerge l'idea ottocentesca di «progresso», che non solo tralascia qualsiasi attenzione alle condizioni ambientali – è iconica l'immagine della fuliggine che ammantava la Coketown descritta da Dickens in *Tempi Difficili*, città immaginaria, ma perfetta metafora delle città manifatturiere vittoriane simbolo della Rivoluzione industriale¹² – ma antepone la centralità dell'industrializzazione a qualsiasi necessità di tutela delle condizioni igienico-sanitarie, e fondamentalmente anche sociali: un

⁶ «Almeno nella misura in cui anche questa non appare una delle narrazioni possibili: A. Deaton (2013), *La grande fuga. Salute, ricchezza e origini della disuguaglianza*, trad. it. Bologna, 2015, 104 mette in dubbio che il passaggio all'agricoltura abbia costituito una rivoluzione positiva, ritenendo possibile che si sia invece trattato di un «semplice» adattamento alle crescenti difficoltà di procurarsi il cibo tipiche delle società di cacciatori-raccoglitori che ha prodotto l'effetto perverso di introdurre per la prima volta disuguaglianze nell'umanità: «L'introduzione dell'agricoltura consentì di fare scorte di beni alimentari, in magazzini o in forma di animali domestici. Essa rese inoltre possibili la nascita della proprietà privata e il comparire di sacerdoti e sovrani, paesi e città, e infine della disuguaglianza all'interno delle singole comunità, e queste cose resero a loro volta il lavoro agricolo più efficiente». Cfr. anche: R. Cai, S. Feng, M. Oppenheimer, M. Pytlíkova, *Climate variability and international migration: The importance of the agricultural linkage*, in *Journal of Environmental Economics and Management*, 2016, 79, 135-151; M. Raiteri, *I diritti sull'acqua. Profili etici di una politica 'pubblica'*, in I. Fanlo Cortés, R. Marra (a cura di), *Filosofia e realtà del diritto. Studi in onore di Silvana Castignone*, Torino, 2008, 249-258.

⁷ E. Piguet, *From "Primitive Migration" to "Climate Refugees"*, cit.

⁸ E. Piguet, *From "Primitive Migration" to "Climate Refugees"*, cit.

⁹ B. de Sousa Santos, *Decolonizzare la storia*, Roma, 2023, 74; M. Vignola, *Diritti umani e pluralismo giuridico*, in R. Altopiedi, D. de Felice, V. Ferraris (a cura di), *Comprendere la sociologia del diritto*, Roma, 2022, 43-68; A. Geisinger, *Sustainable Development and the Domination of Nature: Spreading The Seed of the Western Ideology of Nature*, in *Boston College Environmental Affairs Law Review*, 1999-2000, 27, 43-73.

¹⁰ D.N. Livingstone, *Tropical climate and moral hygiene: the anatomy of a Victorian debate*, in *The British Journal for the History of Science*, 1999, 32, 93-110.

¹¹ D.B. Grigg, E.G. Ravenstein and the "law of migration", in *Journal of Historical Geography*, 1977, 3, 1, 41-54; J. Day, *The process of internal migration in England and Wales, 1851-1911. Updating Ravenstein and the step-migration hypothesis*, in *Comparative Population Studies*, 2019, 44, 447-496; P. Rees, N. Lomax, *Ravenstein revisited: The analysis of migration, then and now*, in *Comparative Population Studies*, 2020, 44, 351-413.

¹² «Era una città di mattoni rossi, o meglio di mattoni che sarebbero stati rossi se il fumo e la cenere lo avessero permesso; [...] Era una città di macchinari e di lunghe ciminiere, dalle quali strisciavano perennemente interminabili serpenti di fumo, che non si srotolavano mai».

approccio ideologico che permarrà, dominando anche gran parte del XX secolo¹³. Il dibattito che si è dipanato in età vittoriana è meritevole di essere esaminato in modo più approfondito, in particolare perché la stretta intersezione con il processo di colonizzazione ha dato molto di recente luogo ad una rilettura del problema dell'acclimatemento degli Europei che è stata definita climatologia coloniale¹⁴. Si tratta di una questione che ha fortemente influenzato la visione eurocentrica ed etnocentrica di alcune aree del mondo, con ripercussioni che hanno posto le basi delle instabilità geopolitiche contemporanee¹⁵. In apparenza i vittoriani trattano le difficoltà di acclimatemento degli Europei nelle aree tropicali come un problema di carattere igienico-sanitario¹⁶, che infatti darà origine alla branca della medicina tropicale e alla fondazione della relativa London School: in realtà, tali difficoltà sottendono una delle questioni politiche e sociali che dominano l'agenda dell'Impero coloniale britannico¹⁷. Da un lato la natura inospitale dei luoghi, che impedirebbe all'uomo bianco di lavorare, prelude ad un sostanziale sfruttamento dei lavoratori autoctoni, denunciato da alcune voci, oltre che allo sviluppo delle dipendenze da sostanze che servono a sopportare, appunto, un clima incompatibile con il fisico dei colonizzatori¹⁸. Dall'altro lato la scoperta di regioni salubri – ossia dotate di un clima favorevole agli Europei – è ritenuta un'esigenza connessa alle migrazioni dalla madrepatria, che si vede costretta ad «esportare» il surplus di popolazione, secondo una prospettiva assimilabile alla tesi malthusiana¹⁹. Quella che Arnold ha definito «invenzione della tropicalità»²⁰ esprime, oltre che una evidente distanza culturale, un punto di vista che oggi possiamo indubitabilmente definire etnocentrico e che, attraverso la questione ambientale e climatica, che pure presenta interessanti profili di un ambientalismo romantico²¹, serve a rappresentare la visione occidentale delle differenze politiche e culturali dei colonizzatori europei rispetto alle popolazioni autoctone: una visione che passa anche attraverso la disapprovazione dell'immoralità che caratterizzerebbe tali popolazioni, i cui comportamenti contrasterebbero il tipico valore vittoriano. Si tratta di una prospettiva di «igiene morale» che serve a descrivere, e a tentare di governare, il clima tropicale ma che, nei fatti, non si differenzia dalla più esplicita definizione vittoriana di «continente nero»²², che denota un'evidente estraneità ad un linguaggio (oltre che ad azioni e

¹³ L.M. Friedman, J. Ladinsky, *Social Change and the Law of Industrial Accidents*, in *Columbia Law Review*, 1967, 67, 1, 50-82.

¹⁴ K. Reibold, *Settler Colonialism, Decolonization, and Climate Change*, in *Journal of Applied Philosophy*, 2023, 1-18; M. Mahony, G. Endfield, *Climate and colonialism*, in *Climate Change*, 2018, 9, 2: e510.

¹⁵ M. Davis, *Late Victorian Holocausts: El Niño Famines and the Making of the Third World*, London and New York, 2001; trad. it. *Olocausti tardovittoriani. El Niño, le carestie e la costruzione del Terzo Mondo*, 2018.

¹⁶ R. Johnson, *Tabloid Brand Medicine Chests: Selling Health and Hygiene for the British Tropical Colonies*, in *Science as Culture*, 2008, 17, 3, 249-268.

¹⁷ C.C. Eldridge, *The Impulse for Expansion: The Philanthropists and the Tropics*, in Id., *England's Mission. The Imperial Idea in The Age of Gladstone and Disraeli 1868-1880*, London, 1973, 142-171.

¹⁸ E. Armston-Sheret, K. Walker, *Is alcohol a tropical medicine? Scientific understandings of climate, stimulants and bodies in Victorian and Edwardian tropical travel*, in *The British Journal for the History of Science*, 2021, 54, 4, 465-484.

¹⁹ T.R. Malthus (1798), *Saggio sul principio di popolazione*, Torino, 1977.

²⁰ D. Arnold, *The Problem of Nature: Environment, Culture and European Expansion*, Oxford, 1999.

²¹ J.A. Hubbell, *Figuring Nature: Tropics of Romantic Environmentalism*, in *Studies in Romanticism*, 2018, 57, 3, 353-381.

²² D.N. Livingstone, *Tropical climate and moral hygiene*, cit.; P. Brantlinger, *Victorians and Africans: the genealogy of the myth of the dark continent*, in *Critical Inquiry*, 1985, 12, 166-203.

ideologie) che in età contemporanea saranno definite *politically correct*.

Queste voci dissenzienti rimangono però isolate perché Ravenstein, esponente del pensiero politico inglese mainstream sul tema delle migrazioni, al punto che, come avremo modo di osservare, influenzerà tutta la successiva teorizzazione dei processi migratori²³, e, soprattutto, della tesi che veicola la giustificazione «classica» del colonialismo, inteso come uno strumento per esportare la civiltà e «far crescere» le popolazioni coloniali, che si trovano ad uno stadio inferiore dello sviluppo umano, contrappone a queste argomentazioni una posizione apparentemente adesiva: per rendere i paesi tropicali luoghi adatti ai colonizzatori europei sarebbe necessario o modificare la costituzione fisica di questi ultimi o mutare il clima. La conclusione che Ravenstein ne trae si pone assolutamente in linea con la concezione dominante del colonialismo: «l'uomo bianco deve accontentarsi di insediarsi temporaneamente in quei luoghi per insegnare ai nativi la dignità del lavoro e condurli ad un livello più elevato di civilizzazione»²⁴.

Le *Laws of Migration* di Ravenstein sistematizzano la costruzione politico-sociale sulle migrazioni secondo un approccio metodologico di carattere deterministico, allora molto diffuso ed oggi unanimemente rifiutato, consistente nella estrapolazione di «leggi», ovvero di regolarità statistiche, dall'osservazione empirica dei fenomeni sociali²⁵. Pur con alcuni profili di grande modernità, come le differenze di genere, per cui «[L]e donne sembrano predominare tra i migranti a corta distanza», osservazione che porta Ravenstein a enunciare la quinta «legge»²⁶, la connessione tra migrazioni e clima – che resta comunque legata al carattere inospitale dei luoghi, dal «clima poco attraente», continuando quindi ad esprimere una visione etnocentrica connessa al processo di colonizzazione – viene definitivamente assorbita dalle motivazioni economiche, oggetto della sua settima «legge»: «[L]eggi cattive o oppressive, tasse pesanti, un clima poco attraente, un ambiente sociale non congeniale e persino la costrizione (tratta degli

²³ E. Piguet, *From "Primitive Migration" to "Climate Refugees"*, cit. ricostruisce in modo articolato la coeva riflessione intorno all'influenza dell'ambiente naturale sulle migrazioni richiamando l'opera di Ratzel, *Anthropogeographie* (1882), a cui lo stesso Durkheim riconduce i fondamenti di una teoria generale delle migrazioni, e il capitolo del libro *Influences of Geographic Environment* (1911) della geografa americana Ellen Churchill Semple, dedicato a *The movement of people* nel quale affronta la questione della ricerca di una «better land, milder climate and easier conditions of living» che induce le popolazioni in movimento a stanziarsi in un ambiente completamente diverso dall'*habitat* originario.

²⁴ D.N. Livingstone, *Tropical climate and moral hygiene*, cit.

²⁵ E.G. Ravenstein, *The Laws of Migration*, in *Journal of the Statistical Society*, 1885, 48, 2, 167-227; E.G. Ravenstein, *The Laws of Migration*, in *Journal of the Royal Statistical Society*, 1889, 52, 2, 241-301.

²⁶ Tema su cui cfr. anche J. Trent, A. Steidl, *Gender and the "Laws of Migration": A Reconsideration of Nineteenth-Century Patterns*, in *Social science history*, 2012, 36, 2, 223-241. Naturalmente è ancora lontana la riflessione su differenziazione dei rischi e sulla capacità di adattamento di genere connessa all'accesso e alla gestione dell'acqua e delle risorse alimentari, per esempio nelle zone aride e idroconflittuali, dove il controllo delle risorse idriche è una delle principali strategie belliche, su cui cfr. Z. Abid, M. Abid, Q. Zafar, S. Mehmood, *Detrimental Effects of Climate Change on Women*, in *Earth Systems and Environment*, 2018, 2 537-551; D.A.L. Quagliarotti, *Negare l'acqua. La strategia dello Stato islamico per il controllo delle risorse idriche e il diritto all'acqua delle donne nel Vicino Oriente*, in *Storia Delle Donne*, 2016, 11, 1, 15-38. Così così come è ancora lontana la costruzione sociale dei *gendered rights* in un quadro in cui è preminente il ruolo delle donne nell'ambito dei processi di approvvigionamento e utilizzazione dell'acqua nonostante la loro sostanziale estromissione dai processi decisionali in tema di *management* delle risorse e di controllo dei sistemi di gestione, su cui cfr. R. Boelens, M. Zwarteveen, *Gender dimensions of water control in Andean irrigation*, in R. Boelens, P. Hoogendam (a cura di), *Water rights and empowerment*, Assen, 2002.

schiavi, trasporti), tutto ha prodotto e continua a produrre correnti migratorie...»²⁷.

Come abbiamo osservato, a partire dall'ultimo ventennio dell'Ottocento le *Laws on Migration* diverranno una pietra miliare della teorizzazione sui fenomeni migratori ma segneranno al contempo l'arretramento della prospettiva che per secoli aveva caratterizzato lo studio dei fenomeni migratori nelle sue connessioni con i mutamenti climatici.

In Europa l'industrializzazione e il coevo sviluppo dei temi di dibattito su modernizzazione e progresso – che risente del potere esercitato dai colonizzatori, che «si sono attribuiti il diritto di decidere ciò che fosse più o meno avanzato, ... che andasse verso il progresso» e che quindi appare un fenomeno controverso, che presenta «il lato oscuro... della spoliazione»²⁸ – contribuiranno sensibilmente a mettere in secondo piano la questione ambientale, che per alcuni aspetti è considerata un effetto collaterale «positivo» di tali processi²⁹, e certamente non un problema, neppure legato all'inquinamento ambientale, e con essa il collegamento con la mobilità umana. Le imponenti migrazioni dall'Europa verso il Nuovo Mondo diventano così il prodotto esclusivo di fattori economici e sociali quasi soltanto collegati agli eventi bellici che nel frattempo hanno occupato lo scenario geopolitico novecentesco, e il tema delle migrazioni climatiche uscirà per lungo tempo dal dibattito.

Alcune discipline, in particolare la storia³⁰ e la paleoclimatologia, pur sottolineando con grande cautela uno dei principi-cardine che guidano la metodologia della ricerca, «correlation is not causation», hanno riscoperto la chiave di lettura climatica applicandola all'interpretazione di alcuni grandi processi che hanno caratterizzato le cosiddette civiltà antiche: per citarne solo alcuni le invasioni barbariche – lessico che nell'accezione originale non ha nulla a che vedere con il concetto di aggressione, ma indica solo il processo migratorio, e che per la verità, già Tito Livio aveva individuato come controfattuale, ricordando che le invasioni dei Cimbri e dei Teutoni, e quindi la loro decisione di migrare verso sud, erano state motivate da una violenta «mareggiata» verificatasi nel Mare del Nord: una spiegazione in realtà ammantata di leggenda, secondo lo storico e geografo greco Strabone³¹ – che hanno condotto alla caduta dell'Impero Romano³²; infine, l'affermazione, ma anche la crisi, del feudalesimo³³. Al contempo, tali

²⁷ E.G. Ravenstein (1889), *The Laws of Migration*, cit.; E. Piguet, *From "Primitive Migration" to "Climate Refugees"*, cit.

²⁸ B. de Sousa Santos, *Decolonizzare la storia*, cit.

²⁹ R. Black, S.R.G. Bennett, S.M. Thomas, J.R. Beddington, *Migration as adaptation*, in *Nature*, 2011, 478, 447-449.

³⁰ G. Albini, P. Grillo, B.A. Raviola (a cura di), *Il fuoco e l'acqua. Prevenzione e gestione dei disastri ambientali fra Medioevo e Età moderna*, Milano, 2022; M. Matheus, G. Piccinni, G. Pinto, G.M. Varanini (a cura di), *Le calamità ambientali nel tardo Medioevo*, Firenze, 2010.

³¹ D. Meier, *Mareggiate e perdita di terre sulle coste del Mare del Nord nel Medioevo*, in M. Matheus, G. Piccinni, G. Pinto, G.M. Varanini (a cura di), *Le calamità ambientali nel tardo Medioevo europeo*, cit., 159-193.

³² E. Huntington, *Civilization and climate*, cit.; S.E. Hakenbeck, U. Buntgen, *The Role of Drought during the Hunnic incursions into central-east Europe in the 4th and 5th c. CE*, in *Journal of Roman Archaeology*, 2022, 35, 2, 876-896; D. Fleitmann, J. Haldon, R.S. Bradley, S.J. Burns, H. Cheng, L. Edwards, C.C. Raible, M. Jacobson, A. Matter, *Droughts and Societal Change. The environmental context for the emergence of Islam in late Antique Arabia*, in *Science*, 16/06/2022, 376, 1317-1321.

³³ J.W. Moore, *World-ecology: a global conversation*, in *Sociologia urbana e rurale*, 2019, 120, 9-21; J.W. Moore, *Questione agraria e crisi ecologiche nella prospettiva della storia-mondo*, in *Scienze del Territorio*, 2013, 1, 247-256; P. Anderson, *Dall'antichità al feudalesimo*, Milano, 1978; D. Foraboschi, *Fattori economici nella transizione dall'antichità al feudalesimo*, in *Studi Storici*, 1976, 4, 65-100.

discipline hanno offerto una attenta ricostruzione delle modificazioni dei territori a seguito di eventi alluvionali ripetuti nel tempo, con particolare attenzione all'inondazione risalente al 17 ottobre 589 che determinò una significativa modificazione dell'intera idrografia del Basso Veneto e della Romagna, dando conto dei tentativi dei Signori di quei territori, in particolare gli Estensi, di governare le conseguenze degli eventi climatici avversi dell'epoca attraverso opere di regimentazione delle acque fluviali e di bonifica dei terreni paludosi che si erano creati a seguito del progressivo interrimento³⁴.

2. La riscoperta della pressione climatica sui flussi migratori. Per lungo tempo relegati sullo sfondo delle narrazioni dei fenomeni migratori, i mutamenti climatici oggi riemergono – con alcune cautele dettate dalle narrazioni a cui si è già accennato, che saranno riprese mettendo in luce le contraddizioni che emergono, anche a livello di ipotesi di ricerca, dalle indagini empiriche – come fattore di spinta, secondo il meccanismo noto come push-pull, delle cosiddette grandi migrazioni, sia per la loro rilevanza quantitativa, sia perché utilizzati come ipotesi esplicative di grandi interrogativi che sono giunti fino a noi dal passato: per esempio, la scomparsa del popolo Maya. Diversi studiosi hanno disgiuntamente indagato l'ipotesi secondo cui la scomparsa dei Maya sarebbe riconducibile ad uno stress climatico³⁵: «Il collasso della civiltà Maya (...) avvenne nel corso di un esteso periodo di siccità dell'area. (...) Questi dati, emersi di recente, suggeriscono che la diminuzione delle piogge (misurata su scala secolare) impose una generale sollecitazione alle risorse della regione che venne quindi aggravata dagli improvvisi episodi di siccità, in tal modo contribuendo agli stress sociali che condussero alla scomparsa dei Maya³⁶». E ancora: «(...) un cambiamento da una agricoltura estensiva alla coltivazione intensiva del granturco che richiede la conservazione dell'acqua era stata motivata dal progressivo inaridimento del clima. I nostri risultati implicano che gli adattamenti dell'agricoltura sviluppati in risposta alle prime siccità ebbero inizialmente successo, ma fallirono quando la siccità divenne un fenomeno più marcato³⁷».

Questo esempio rappresenta un meccanismo interpretativo «classico» della letteratura sui cambiamenti climatici, ossia la catena causale che origina da prolungati periodi di siccità. Questi ultimi dapprima provocano uno stress delle risorse disponibili, il cui depauperamento ne causa a breve/medio termine l'esaurimento, il quale, a sua volta, determina l'instabilità e, in prospettiva, la completa destabilizzazione del sistema sociale. Per esempio, è stata indagata la relazione tra siccità e guerra civile in Siria, anche se, in realtà, si tratta, appunto, di una catena causale: «climate insecurity poses a threat to the stability of civil society»³⁸. La capacità di resilienza del sistema sociale è variabile, e varia

³⁴ M. Matheus, G. Piccinni, G. Pinto, G.M. Varanini (a cura di), *Le calamità ambientali nel tardo Medioevo*, cit.

³⁵ P.M. Douglas, M. Pagani, M.A. Canuto, M. Brenner, D.A. Hodell, T.I. Eglinton, J.H. Curtis, *Drought, agricultural adaptation, and sociopolitical collapse in the Maya Lowlands*, in *Proceedings of National Academic Science USA*, 2015, 112, 18, 5607-5612; G.H. Haug, D. Günther, L.C. Peterson, D.M. Sigman, K.A. Hughen, B. Aeschlimann, *Climate and the collapse of Maya civilization*, in *Science*, 14/3/2003, 299, 1731-1735.

³⁶ G.H. Haug, D. Günther, L.C. Peterson, D.M. Sigman, K.A. Hughen, B. Aeschlimann, *Climate and the collapse of Maya civilization*, cit. Traduzione mia.

³⁷ P.M. Douglas, M. Pagani, M.A. Canuto, M. Brenner, D.A. Hodell, T.I. Eglinton, J.H. Curtis, *Drought, agricultural adaptation, and sociopolitical collapse*, cit. Traduzione mia.

³⁸ S.L. Hsu, *Climate Insecurity*, in *Utah Law Review*, 2023, 1, 129-195, 152; J. Selby, O.S. Dahi, C. Frohlich, M. Hulme, *Climate Change and the Syrian Civil War Revisited*, in *Political Geography*, 2017, 60, 232-244; C.E. Werrell, F. Femia, T. Sternberg, *Did We See It Coming? State Fragility, Climate Vulnerability, and the Uprisings*

al variare della sua capacità adattiva, sulla quale incidono, oltre agli aspetti legati allo sviluppo, agli stress e alle risorse, anche le istituzioni sociali e governative³⁹: nel secondo brano si esamina un tentativo di adattamento alle mutate condizioni ambientali, costituito dal passaggio da una agricoltura estensiva alla coltivazione intensiva del granturco, che produsse il solo effetto di procrastinare l'implosione definitiva del sistema. L'interrogativo che si pone è quindi: perché i Maya scomparvero, anziché mettere in atto quella che è storicamente stata la tipica risposta delle popolazioni sotto stress climatico, ossia la decisione di migrare? Non abbiamo ovviamente un riscontro, ma si tratta di un classico esempio di controfattuale, ossia: se i Maya avessero intrapreso una migrazione la loro civiltà avrebbe trovato le condizioni per sopravvivere?

La recente riscoperta della motivazione climatica della mobilità umana⁴⁰, probabilmente sollecitata anche dall'ulteriore connessione con un terzo fattore, l'instabilità politica che caratterizza aree interessate da crisi ambientali di ampia portata, al punto che è stata coniata l'espressione «geopolitica del cambiamento climatico»⁴¹, sembra prendere le distanze dalla «normalità» che l'aveva contrassegnata nei secoli precedenti, in parallelo con la storia dell'evoluzione dell'uomo e delle sue scoperte⁴². Infatti si tratta di una rilettura che si colloca in un inedito contesto securitario che profetizza esodi di massa, diaspore, imponenti flussi migratori e spostamenti di intere popolazioni indotti dagli sconvolgimenti climatici⁴³: una visione che, almeno secondo alcuni studiosi, sembra riflettere una visione post-coloniale (tema che sarà affrontato infra, § 3)⁴⁴. L'approccio securitario intercetta sia il campo di studi delle migrazioni che quello dei cambiamenti climatici e fa da sfondo alla connessione tra ambiente e migrazioni come minaccia alla sicurezza climatica e alla connessione tra migrazioni e geopolitica del cambiamento climatico⁴⁵. Da un lato questo approccio – che trova la sua sistematizzazione nelle tesi dello scienziato ambientale Myers⁴⁶, e che allude alla perdita di controllo della gestione

in Syria and Egypt, in *The SAIS Review of International Affairs*, 2015, 35, 1, 29-46; P.H. Gleick, *Water, Drought, Climate Change, and Conflict in Syria*, in *Weather, Climate, & Society*, 2014, 6, 331-340.

³⁹ B. Mayer, *Environmental Migration in the Asia-Pacific Region: Could We Hang out Sometime?*, in *Asian Journal of International Law*, 2013, 3, 1, 101-36.

⁴⁰ K.K. Zander, H.S. Baggen, S.T. Garnett, *Topic modelling the mobility response to heat and drought*, in *Climatic Change*, 2023, 176, 42; C. Cattaneo, M. Beine, C.J. Fröhlich, D. Kniveton, I. Martinez-Zarzoso, M. Mastroiillo et al., *Human migration in the era of climate change*, in *Review of Environmental Economics and Policy*, 2019, 13, 2, 189-206.

⁴¹ E. Piguet, *From "Primitive Migration" to "Climate Refugees"*, cit.

⁴² E. Piguet, *From "Primitive Migration" to "Climate Refugees"*, cit., 151 mutua da Petersen (1958) la definizione di «primitive migration» da un lato per indicare il *background* della storia delle migrazioni e, dall'altro lato, per segnare una demarcazione tra l'«ecological push», che da millenni ha indotto la mobilità umana, e il declino dell'influenza delle condizioni ambientali sulle decisioni migratorie, motivata anche dal controllo che l'uomo ha progressivamente acquisito sulla natura a seguito del progresso tecnologico.

⁴³ E. Horn, *Biopolitica della catastrofe. Comunità di sopravvivenza, immaginario della catastrofe climatica e politiche della sicurezza*, Roma, 2021; A. Baldwin, C. Methmann, D. Rothe, *Securitizing 'climate refugees': the futurology of climate-induced migration*, in *Critical Studies on Security*, 2014, 2, 2, 121-130; A. Oels, *From 'Securitization' of Climate Change to 'Climatization' of the Security Field: Comparing Three Theoretical Perspectives*, in J. Scheffran, M. Brzoska, H.G. Brauch, P.M. Link, J. Schilling (a cura di), *Climate Change, Human Security and Violent Conflict*, Berlin, Heidelberg, 2012, 185-205; G. White, *Climate change and migration: Security and borders in a warming world*, Oxford, UK, 2011.

⁴⁴ B. Mayer, *Environmental Migration in the Asia-Pacific Region*, cit.

⁴⁵ I. Boas, *Climate Migration and Security. Securitisation as a Strategy in Climate Change Politics*, New York, 2015; E. Piguet, *From "Primitive Migration" to "Climate Refugees"*, cit., 154.

⁴⁶ N. Myers, *Environmental Refugees: A Growing Phenomenon of the 21st Century*, in *Philosophical Transactions: Biological Sciences*, 2002, 357, No. 1420, 609-613; S. Nespore, *I rifugiati ambientali*, in *Rivista di diritto pubblico*

dei flussi migratori da parte delle «developed countries», oltre che all'impatto dell'ambiente naturale sulle società umane⁴⁷ – ripropone in versione aggiornata una delle «paure» che avevano caratterizzato il Medioevo⁴⁸, ma, soprattutto, sembra confliggere con l'idea che l'adattamento ai cambiamenti climatici debba essere necessariamente guidato dall'evidenza scientifica⁴⁹, perché si fonda su proiezioni di dati che, almeno per il momento, non hanno trovato conferma e che riguardano il 2050⁵⁰. Si tratta comunque di un approccio che, nonostante le critiche che ha suscitato⁵¹, non può essere sbrigativamente accantonato perché è stato recepito da autorevoli istituzioni internazionali di monitoraggio dei fenomeni climatici estremi. È però evidente come la narrazione delle migrazioni di massa dei rifugiati climatici veicolata dal discorso securitario abbia quantomeno sovradimensionato il fenomeno, rappresentato come un «rapidly growing and potentially destabilizing number of migrants»⁵², ma, di fatto, difficilmente quantificabile⁵³, o attraverso dati genericamente riferiti a «catastrofi ambientali», che tuttavia non danno conto né della tipologia, né delle conseguenze (reversibili/irreversibili) degli eventi climatici avversi, né del tipo di migrazione intrapreso; o attraverso proiezioni di medio-lungo periodo che sono già state disattese in occasione degli step intermedi.

Dall'altro lato si tratta di un'ipotesi che si pone in conflitto con i risultati di più recenti osservazioni empiriche. Queste ultime, in antitesi alle diaspore vaticinate e ai movimenti su larga scala di popolazioni provenienti da paesi vulnerabili sotto il profilo climatico, hanno recentemente contribuito a tratteggiare il fenomeno delle cosiddette «popolazioni immobili»⁵⁴ e delle cosiddette «non-migrazioni ambientali»⁵⁵. Con queste espressioni non

italiano, comunitario e comparato, 2007, 4, 1-10; N. Myers, *Esodo ambientale. Popoli in fuga da terre difficili*, Milano, 1998.

⁴⁷ E. Piguet, *From "Primitive Migration" to "Climate Refugees"*, cit., 154.

⁴⁸ Sul tema la letteratura è sterminata: cfr. almeno A. Giddens, *Sociologia. Un'introduzione critica*, Bologna, 1983; C. Frugoni, *Paure medievali. Epidemie, prodigi, fine del tempo*, Bologna, 2020; A. Barbero, *L'idea dello straniero in Italia*, in U. Eco (a cura di), *Storia della civiltà europea*, 2014, in https://www.treccani.it/enciclopedia/l-idea-dello-straniero-in-italia_%28Storia-della-civilt%C3%A0-europea-a-cura-di-Umberto-Eco%29/; J. Delumeau, *La paura in Occidente: Storia della paura nell'età moderna*, Milano, 2018; L. Lacchè, M. Meccarelli (a cura di), *La paura. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire*, Macerata, 2019. Sulla percezione dello straniero nel mondo greco e romano cfr. M. Lentano, *Straniero*, Roma, 2021.

⁴⁹ M. Scott, *Adapting to Climate-Related Human Mobility into Europe*, cit.

⁵⁰ M. Helbing, D. Rybski, J. Schewe, S. Siedentop, M. Glockmann, B. Heider *et al.*, *Measuring the effect of climate change on migration flows. Limitations of existing data and analytical frameworks*, in *PLOS Clim*, 2023, 2, 1, e0000078.

⁵¹ G. Bettini, *Climate Barbarians at the Gate? A critique of apocalyptic narratives on 'climate refugees'*, in *Geoforum*, 2013, 45, 63-72.

⁵² E. Fornalé, *À l'envers: Setting the Stage for a Protective Environment to Deal with 'Climate Refugees' in Europe*, in *European Journal of Migration and Law*, 2020, 22, 518-540.

⁵³ M. Marano, *La crisi climatica è una crisi umanitaria: milioni di persone sono già in fuga*, in *Dossier statistico immigrazione*, Roma, 2022, 48-53.

⁵⁴ M. Brottrager, J. Crespo Cuaresma, D. Knivetonm Saleem H. Ali, *Natural resources modulate the nexus between environmental shocks and human mobility*, in *Nature Communications*, 2023, 14, 1-8, 5.

⁵⁵ B. Mallick, L. Hunter, *Environmental non-migration: framework, methods, and cases*, in *Regional Environmental Change*, 2023, 22; B. Mallick, *Environmental non-migration: Analysis of drivers, factors, and their significance*, in *World Development Perspectives*, 2023, 29; A. Punia, R.P. Singh, N.S. Chauhan, *Drivers of Climate Migration*, in P. Singh, B. Ao, A. Yadav (a cura di), *Global Climate Change and Environmental Refugees. Nature, Framework and Legality*, Cham, 2023, 57-75; M. Moore, D. Wesswlbaum, *Climatic factors as drivers of migration: a review*, in *Environment, Development and Sustainability*, 2023, 25, 4, 2955-2975; M.M. Naser, B. Mallick, R. Priodardshini

si vuole propriamente intendere una totale mancanza di reazione delle popolazioni colpite dagli eventi climatici, ma una eterogeneità degli effetti che il clima produce sulle migrazioni. Certamente il degrado ambientale, e in particolare i climi aridi e la siccità, agiscono come push factors nei confronti della decisione migratoria, e quindi della mobilità umana; ma il fenomeno climatico avverso può anche ostacolare, quando non addirittura impedire, la mobilità. Anche in questo caso non si tratta di un rapporto diretto, ma di una catena causale: l'evento climatico avverso determina una riduzione delle risorse economiche necessarie per intraprendere la migrazione. Un caso archetipico di «trapped population»⁵⁶, ossia di popolazione rimasta stanziata sul territorio attinto da un evento climatico avverso, è quello del Mali, dove tra il 1983 e il 1985 a seguito di una siccità estrema le migrazioni, anziché aumentare, diminuirono in conseguenza del parallelo aumento della povertà nelle zone rurali⁵⁷.

In altri termini, l'evento climatico avverso amplifica i rischi socioeconomici e produce disuguaglianze tra gruppi economicamente attrezzati, e quindi in grado di intraprendere il percorso migratorio, e gruppi la cui povertà – alimentare, energetica, ecc. – aumenta, costringendoli a rimanere stanziati sui loro territori. Queste espressioni designano poi anche un altro fenomeno, empiricamente rilevato nei territori colpiti da catastrofi ambientali: l'intrapresa del percorso migratorio solitamente non è immediata, ma procrastinata nel tempo, con un intervallo medio di circa 5 anni tra il verificarsi dell'evento climatico avverso e la partenza⁵⁸. Dal punto di vista sociologico questa dilatazione temporale appare di estremo interesse perché starebbe a testimoniare l'impegno della comunità ad intraprendere strategie di adattamento finalizzate a rendere resiliente il sistema sociale ed economico: un tentativo portato fino alle sue estreme conseguenze, il cui fallimento determina la decisione conclusiva di migrare. In questa chiave la migrazione non sarebbe quindi una strategia di adattamento⁵⁹, né produrrebbe effetti positivi, come sostengono alcuni⁶⁰: viceversa, si tratterebbe della risposta all'incapacità di rendere il sistema sociale resiliente, o comunque al fallimento delle misure a tal fine progettate ed intraprese.

Se la mobilità umana è stata per lungo tempo considerata solo in chiave climatica, concentrando l'attenzione in modo pressoché esclusivo sui cosiddetti fattori ecologici del mutamento sociale, oggi è ormai indubitabile, ed unanimemente condiviso, che i fenomeni migratori debbano essere descritti – e se possibile spiegati – facendo ricorso a modelli multifattoriali rispetto ai quali i fattori culturali⁶¹ e sociali sono considerati fattori interattivi⁶².

et al., *Policy challenges and responses to environmental non-migration*, in *Climate Action*, 2023, 2, 1, 1-9; O. Smirnov, G. Lahav, J. Orbell, M. Zhang, T. Xiao, *Climate change, drought, and potential environmental migration flows under different policy scenarios*, in *International Migration Review*, 2023, 57, 1, 36-67.

⁵⁶ Le popolazioni in trappola sono quelle che si trovano nell'incapacità di realizzare il loro bisogno e la loro aspirazione ad intraprendere la migrazione.

⁵⁷ R. Black, S.R.G. Bennett, S.M. Thomas, J.R. Beddington, *Migration as adaptation*, cit.

⁵⁸ M. Brottrager, J. Crespo Cuaresma, D. Knivetonm Saleem H. Ali, *Natural resources*, cit.; M. Helbling, D. Meierrieks, *How climate change leads to emigration: Conditional and long-run effects*, in *Review of Development Economics*, 2021, 25, 2323-2349; M. Lu, *Do people move when they say they will? Inconsistencies in individual migration behavior*, in *Population and Environment*, 1999, 20, 467-488.

⁵⁹ J. Wolpert, *Migration as an Adjustment to Environmental Stress*, in *Journal of Social Issues*, 1966, 4, 92-102.

⁶⁰ R. Black, S.R.G. Bennett, S.M. Thomas, J.R. Beddington, *Migration as adaptation*, cit.

⁶¹ B. Wisner, *Climate change and cultural diversity*, in *International Social Science Journal*, 2010, 61, 199, 131-140.

⁶² G. Chelazzi, *Inquietudine migratoria. Le radici profonde della mobilità umana*, Roma, 2016.

Nella costruzione dei modelli descrittivi ed esplicativi dell'insicurezza climatica⁶³ occorre quindi includere non solo una pluralità di fenomeni (siccità, innalzamento delle temperature, erosione delle coste, scioglimento dei ghiacciai, ecc.) ma anche tutti i possibili fattori esplicativi, pena l'esclusione di categorie di migranti e di forme di resilienza in grado di arginare le decisioni migratorie, naturalmente laddove possibile, ossia nei casi in cui i fenomeni climatici non abbiano prodotto conseguenze irreversibili sui territori, rendendo l'habitat ostile, oltre che sui sistemi sociali.

In questo mutato scenario la decisione migratoria costituisce una forma di adattamento al mutamento delle condizioni climatiche, ed è quindi vista, in positivo, come una capacità, una sorta di empowerment, delle popolazioni che mettono in atto tale risposta, per cui, in alcuni casi, viene addirittura sottolineata l'influenza positiva delle migrazioni su altri tipi di mutamento sociale⁶⁴, mentre altri vi leggono una corrispondente deresponsabilizzazione degli Stati (tema che sarà affrontato infra, § 3)⁶⁵. Occorre però osservare che in questo quadro il movimento della popolazione non è considerato dal punto di vista delle politiche migratorie, ma come una strategia di adattamento che si colloca nel contesto delle politiche ambientali: impostazione alla quale corrisponde la formula della mobilità umana «climate related»⁶⁶; ed occorre, soprattutto, non sottovalutare né l'eterogeneità della categoria dei cosiddetti migranti climatici – benché la stessa etichetta sia oggetto di tematizzazione e discussione critica⁶⁷, anche da parte di chi, per esempio, ritiene i migranti climatici un sottogruppo dei migranti ambientali⁶⁸ – perché sono diverse le provenienze geografiche e le motivazioni delle decisioni migratorie, né le diverse capacità di resilienza dei gruppi attinti dalle conseguenze degli eventi climatici estremi, tra cui il genere assume un ruolo significativo⁶⁹.

Nel primo caso si tende (erroneamente) a concentrare l'attenzione su determinate sottopopolazioni di migranti climatici, in particolare quelli provenienti dall'Africa subsahariana attraverso il Nordafrica⁷⁰ e quelli provenienti dal continente asiatico⁷¹, e a generalizzare le osservazioni aventi ad oggetto le peculiarità di questi flussi migratori al fine di costruire teorie delle migrazioni climatiche, benché sia già stato evidenziato che tali costruzioni teoriche non possano essere il traslato di scenari specifici⁷², trascurando, o sottostimando, l'impatto dei cambiamenti climatici su comunità dislocate altrove, per esempio in Alaska, dove i fenomeni sono meno improvvisi e catastrofici ma altrettanto

⁶³ S.L. Hsu, *Climate Insecurity*, cit.

⁶⁴ R. Black, S.R.G. Bennett, S.M. Thomas, J.R. Beddington, *Migration as adaptation*, cit.

⁶⁵ E. Fornalé, *À l'envers*, cit.

⁶⁶ M. Scott, *Adapting to Climate-Related Human Mobility into Europe*, cit.

⁶⁷ M. Scott, *Adapting to Climate-Related Human Mobility into Europe*. cit.; E. Fornalé, *À l'envers*, cit.

⁶⁸ M. Brottrager, J. Crespo Cuaresma, D. Knivetonm Saleem H. Ali, *Natural resources*, cit.

⁶⁹ Oggetto del contributo di M.L. Zanier e G. Messere, in questo volume.

⁷⁰ Anche in questo caso la storia ci insegna che si tratta di rotte migratorie già note in età medievale: cfr. M. Salerno, *Circolazione di persone e di beni fra il Mezzogiorno d'Italia e il Maghreb in età medievale*, in AA.VV., *Calabria nel Mediterraneo: flussi di persone, idee e risorse*. Atti del Convegno di studi di Rende, 3-5 giugno 2013, Soveria Mannelli, 2013, 267-283.

⁷¹ R. Vakulchuk, A.S. Daloz, I. Overland, H. Fossum Sagbakken, K. Standal, *A void in Central Asia research: climate change*, in *Central Asian Survey*, 2023, 42, 1, 1-20.

⁷² J. Morrissey, *Rethinking the 'debate on environmental refugees': from 'maximalists and minimalists' to 'proponents and critics*, in *Journal of Political Ecology*, 2012, 19, 1, 36-49.

definitivi in termini di mantenimento delle condizioni di vita⁷³: si pensi, per esempio, allo scioglimento del permafrost che sta destabilizzando il terreno e rendendo inabitabili le terre tribali⁷⁴.

Ancor meno sviluppata è, almeno per il momento, la riflessione sul cambiamento climatico sulle sponde del Mediterraneo⁷⁵, che implica due ulteriori questioni: la probabilità di una significativa modificazione degli attuali flussi migratori, sia in termini quantitativi che di rotte geografiche; e il mutamento dei rapporti geopolitici tra i Paesi costieri a seguito della loro capacità di produrre ed esportare energia⁷⁶, essendo quest'ultimo un fattore strategico per fronteggiare gli effetti negativi degli eventi climatici, su cui incidono le reazioni della domanda dei consumatori rispetto alla scarsità dei prodotti energetici⁷⁷ oltre che un fulcro delle politiche migratorie dei Paesi europei, tendenzialmente conservative dei rapporti diplomatici ed economici con i Paesi produttori o fornitori.

Nel secondo caso dalla sottovalutazione della variabilità della capacità di resilienza deriverebbe, infatti, una stereotipizzazione della costruzione sociale delle popolazioni maggiormente «svantaggiate» dai mutamenti climatici: è per esempio il caso di alcune minoranze etniche, rappresentate come le principali vittime di tali eventi e che, viceversa, grazie al fatto che detengono una conoscenza ancestrale e millenaria delle tecniche di gestione efficiente delle risorse scarse, sono maggiormente attrezzate ad affrontare gli stress climatici e le loro conseguenze negative⁷⁸, anche grazie a credenze religiose che fungono da strategie di adattamento ai cambiamenti climatici.

È però indubitabile che sulla costruzione sociale della figura degli eco-migranti, e sul lessico utilizzato (che, come abbiamo osservato, è funzionale ad una torsione ideologica della questione in direzione securitaria), incidono anche caratteri specifici del fenomeno climatico, quali la sua reversibilità/irreversibilità e la sua immediatezza/progressività: fenomeni lenti e progressivi sono per esempio la desertificazione⁷⁹, la deforestazione e l'inquinamento ambientale e i danni all'ecosistema provocati dai conflitti armati, anche

⁷³ J. Stroeve, M.M. Holland, W. Meier, T. Scambos, M. Serreze, *Arctic Sea Ice Decline: Faster than Forecast*, in *Geophysical Research Letters*, 2007, 34, 1, 1-5; M. Scott, *Adapting to Climate-Related Human Mobility into Europe*, cit.; A. Lavorio, *Guardiani del Nord. Gli Stati Uniti e la geopolitica della crisi climatica dell'Artico*, Milano, 2023.

⁷⁴ H. Tanana, *Protecting tribal health from climate change*, in *Northeastern University Law Review*, 2023, 15, 1, 89-160.

⁷⁵ S. Monti, *Biogeografia del mediterraneo*, in *Rivista Marittima*, 2010, CXLIII, 75-86; E. Ferragina, D.A.L. Quagliarotti, *La faim à l'ère de l'abondance; causes naturelles et anthropiques de la crise alimentaire en Méditerranée*, in *Revue Tiers Monde*, 2012, 210, 161-182.

⁷⁶ E. Fornalé, F. Cristani, V.G. Sales, *Sustainable Management of Fisheries Resources in a Time of Climate Change: An Overview of Initiatives in the Mediterranean Region*, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, 2022, 31, 1, 171-187; F. Bosello, *Il Mediterraneo e il cambiamento climatico: vulnerabilità, costi, politiche e opportunità*, in *Equilibri*, 2016, 2, 248-256.

⁷⁷ S.L. Hsu, *Climate Insecurity*, cit.

⁷⁸ M. Raiteri, *Dal mito al diritto. Controllo sociale di comunità e gestione delle risorse "collettive"*, in M. Verga (a cura di), *Quaderno del Sesto seminario di Sociologia del diritto, Capraia Isola 2010*, Messina, 2011, 76-88; M. Raiteri, *I diritti sull'acqua*, cit.; J. Cornthassel e B. Cheryl, *Practicing Sustainable Self-Determination: Indigenous Approaches to Cultural Restoration and Revitalization*, in *Brown Journal of World Affairs*, 2012, 18, 11, 151-62; J.C. Skewes, *Residencias en la cordillera. La lógica del habitar en los territorios mapuche del bosque templado lluvioso en Chile*, in *Antipoda. Revista de Antropología y Arqueología*, 2016, 26, 133-154; C. Valdivia, A. Seth, J.L. Gilles, M. Garcia, E. Jimenez, J. Cusicanqui, F. Navia, E. Yucra, *Adapting to climate change in Andean ecosystems: Landscapes, capitals, and perceptions shaping rural livelihood strategies and linking knowledge systems*, in *Annals of the Association of American Geographers*, 2010, 100, 4, 818-834.

⁷⁹ D.A.L. Quagliarotti, *Desertificazione e profughi ambientali*, in *I frutti di Demetra*, 2008, 17, 73-83.

in termini di sfruttamento ed esaurimento delle risorse⁸⁰; fenomeni improvvisi e catastrofici sono, per esempio, i terremoti, gli tsunami, le inondazioni, gli uragani; ma anche precise strategie utilizzate nei conflitti armati, note fin dall'antichità: la guerra batteriologica, ossia l'utilizzo deliberato di microrganismi e tossine⁸¹, in particolare per l'inquinamento delle risorse idriche, il cosiddetto avvelenamento dei pozzi, che si è spesso rivelato un decisivo strumento di conquista⁸², e quelli che oggi sono definiti «disastri infrastrutturali», per esempio la distruzione di ponti e dighe. Emblematica è stata la distruzione dello Stari Most, il ponte medievale di Mostar, nel 1993, e uno degli eventi più recenti, l'esplosione della diga di Kakhovka in Ucraina, sta producendo un ecocidio: onde alluvionali e inondazioni, inquinamento ambientale, avvelenamento dell'acqua potabile, rischio desertificazione del delta del fiume Dnpro, e, ovviamente, vittime umane e un numero incalcolabile di sfollati; e non solo.

Si pone quindi un'ulteriore questione relativa all'individuazione delle popolazioni «svantaggiate» da un ambiente che era già ostile, o che lo diviene, o che amplifica questo carattere, a seguito dei mutamenti climatici: tra i due «gruppi» – popolazioni svantaggiate e non – esiste, oppure no, un divario pregresso?

Alcune differenze tra i gruppi di migranti climatici sono autoevidenti: quelli provenienti dall'Africa subsahariana si allontanano da condizioni di sottosviluppo e mancanza di risorse, oltre che da fattori climatici da sempre insostenibili anche dal punto di vista dell'implementazione di progetti di ingegneria idraulica e di sviluppo di attività e coltivazioni agricole sostenuti, in particolare, da organizzazioni non governative: un'ostilità dell'ambiente che però, in alcuni territori, ha trovato il modo di essere governata attraverso pratiche millenarie, quali la pastorizia e il nomadismo, che non caratterizzano soltanto una primordiale organizzazione sociale e politico-economica legata allo sfruttamento del suolo, sebbene da qui abbia origine la distinzione weberiana tra comunità territoriale e comunità di interessi, ma una strategia di adattamento a condizioni ambientali caratterizzate da forti siccità e ai relativi mutamenti, in grado di produrre benefici di tipo culturale e istituzionale⁸³.

I migranti provenienti dal continente asiatico, viceversa, sono nella maggior parte dei casi vittime di un modello di sviluppo economico talvolta ancora più avanzato di quello europeo, che però non si è preoccupato dell'adattamento ai cambiamenti climatici ma, al contrario, ha affiancato, quando non provocato un aumento degli stress ambientali, ed un corrispettivo aumento della vulnerabilità sociale, rispetto alla quale gli effetti negativi dei fenomeni climatici fungono da «moltiplicatore delle minacce»⁸⁴.

Il discorso securitario pone ovviamente l'accento sui movimenti forzati⁸⁵ e a lungo tratto

⁸⁰ Cfr. la decisione della Corte Int. Giust. 9/2/2022 n. 116 *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, <https://icj-cij.org/case/116>.

⁸¹ J.B. Tucker, *Biosecurity. Limiting terrorist access to deadly pathogens*, Washington D.C., 2003.

⁸² Per esempio, durante l'assedio di Napoli del 1495 gli Spagnoli utilizzarono contro i Francesi farine avvelenate, succhi di piante tossiche, semi di lino e rifiuti di cereali in pozzi e cisterne. Un altro episodio è l'avvelenamento dei pozzi messo in atto dalla Repubblica di Venezia in Dalmazia nella seconda metà del Seicento nella guerra contro i Turchi.

⁸³ C. Fabricius, C. Folke, G. Cundill e L. Schultz, *Powerless Spectators, Coping Actors, and Adaptive Co-managers: Synthesis of the Role of Communities in Ecosystem Management*, in *Ecology & Society*, 2007, <http://www.ecologyandsociety.org/vol12/iss1/art29>.

⁸⁴ B. Mayer, *Environmental Migration in the Asia-Pacific Region*, cit.; E. Ferragina, D.A.L. Quagliarotti, *La faim à l'ère de l'abondance*, cit.

⁸⁵ G.J. Abel, M. Brottrager, J.C. Cuaresma, R. Muttarak, *Climate, Conflict and Forced Migration*, in *Global Environmental Change*, 2019, 54, 239-49.

della prima categoria, che non è costituita da «evacuati», «sfollati» o «sopravvissuti» – termine con cui si designano soltanto le vittime occidentali di fenomeni climatici avversi – ma da «rifugiati»⁸⁶. Questo termine veicola l'idea – che non ha ancora ricevuto convalida sul piano empirico – di intere popolazioni dislocate a causa dei cambiamenti climatici (o dei disastri ambientali) rappresentate come una categoria «pericolosa». In tal modo, da un lato si legittima la sicurizzazione del discorso sulle migrazioni ambientali e, dall'altro lato, attraverso questa dicotomia linguistica artificialmente e appositamente strutturata si perpetua un'altra distorsione, definita «Western bias»: ossia il fatto che la ricerca sociale, e quindi l'atteggiamento e il rapporto nei confronti degli oggetti di studio, e le istituzioni «looking at the Third World», di cui si sottolinea una «asymmetrical posture», veicolano una visione occidentale, e quindi un inquadramento del fenomeno che risente di «flawed preconceptions» e di concezioni stereotipate che favoriscono una costruzione sociale della categoria dei rifugiati ambientali (uso qui il termine depurandolo della sua accezione giuridica) immediatamente funzionale al discorso securitario. La sicurezza ambientale sarebbe quindi non un problema – e soprattutto un bene – comune, ma una questione divisiva, nella misura in cui, attraverso questa lettura securitaria della mobilità umana, è in grado di innescare conflitti tra Nord e Sud del mondo.

Peraltro numerose osservazioni empiriche conducono a negare che le migrazioni indotte da fenomeni climatici normalmente siano gli esodi di massa profetizzati dalla prospettiva securitaria: si tratta, per lo più, di migrazioni interne⁸⁷; e questo anche nei casi di una forte avversità degli eventi climatici⁸⁸: quindi non si tratterebbe di movimenti di popolazione su larga scala in risposta a disastri e pressioni ambientali, il che non significa mettere in ombra il nesso tra mobilità umana e fenomeni climatici, in particolare i cosiddetti shocks ambientali⁸⁹.

In ogni caso si tratta di un fenomeno che amplifica i problemi, perché le migrazioni interne non consistono semplicemente in una redistribuzione della popolazione su un territorio, ma, solitamente, si traducono in processi di inurbamento⁹⁰: il movimento dei migranti climatici verso le grandi città produce l'ulteriore effetto negativo di stressare la capacità delle infrastrutture esistenti⁹¹, andando ad incidere sulla capacità di portata dei sistemi metropolitani.

Anche in letteratura sembra emergere una contraddizione. Da un lato si sostiene che i cambiamenti climatici investono interi territori, e quindi incidono in modo «egualitario» sulle loro popolazioni: un luogo che diviene inospitale a causa di condizioni climatiche

⁸⁶ A.H. Westing, *Environmental refugees: A growing category of displaced persons*, in *Environmental Conservation*, 1992, 19, 3, 201-207; J. Hong, *Refugees of the 21st Century: Environmental Injustice*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 2001, 10, 2, 323-348.

⁸⁷ E. Bekaert, I. Ruysen, S. Salomone, *Domestic and international migration intentions in response to environmental stress: A global cross-country analysis*, in *Journal of Demographic Economics*, 2021, 87, 383-436.

⁸⁸ B. Mayer, *Environmental Migration in the Asia-Pacific Region*, cit.; I. Dallmann, K. Millock, *Variazioni climatiche e migrazioni interne in India*, in *Equilibri*, 2017, 1, 43-39; M. Scott, *Adapting to Climate-Related Human Mobility into Europe*, cit.

⁸⁹ M. Brottrager, J. Crespo Cuaresma, D. Knivetonm Saleem H. Ali, *Natural resources*, cit.; M. Scott, R. Garner, *Nordic norms, natural disasters and international protection: Swedish and Finnish practice in European perspective*, in *Nordic Journal of International Law*, 2022, 91, 101-123; C. Schloss, *Climate migrants: How German courts take the environment into account when considering non-refoulement*, in *Völkerrechtsbloggen*, 3 March 2021, <https://voelkerrechtsblog.org/climate-migrants/>.

⁹⁰ M. Helbling, D. Meierrieks, *How climate change leads to emigration*, cit.

⁹¹ R. Black, S.R.G. Bennett, S.M. Thomas, J.R. Beddington, *Migration as adaptation*, cit.

avverse non privilegia alcune categorie sociali rispetto ad altre, preservandole dalle conseguenze negative di tali fenomeni. In altri termini sono i paesi vulnerabili sotto il profilo climatico, e non le popolazioni.

Dall'altro lato si afferma che le popolazioni svantaggiate sono maggiormente vulnerabili agli effetti negativi prodotti dai cambiamenti climatici. Pertanto, il danno – termine che nel dibattito sulle migrazioni climatiche ricorre molto raramente – da evento climatico avverso sarebbe amplificato da una diseguale condizione di partenza di carattere economico e sociale; o, in altri termini, l'insicurezza climatica, che inizialmente non è sperimentata soltanto da popolazioni già vulnerabili, sotto altri profili agisce da «moltiplicatore di minacce». In particolare, l'insicurezza impatta sull'accesso alle risorse idriche, alimentari e energetiche, introducendo un'ulteriore connessione tra insicurezza climatica e tipi di povertà, anch'essi esiti di catene causali: per esempio, nel caso della povertà alimentare la scarsità di acqua ostacola le coltivazioni agricole, o materialmente o determinando un aumento dei prezzi dei prodotti⁹² ed energetica⁹³.

In sintesi, come sostiene anche la apocalittica tesi di Myers, che profetizza future migrazioni di massa, non ci sarebbe una base egualitaria di partenza, secondo la quale gli eventi climatici avversi colpiscono le popolazioni indifferente dalle loro condizioni socio-economiche e politiche, ma una vulnerabilità di fondo per cui la parte di popolazione affetta da mancanza di risorse economiche, culturali, sociali e di potere sviluppa una maggiore, quando non esclusiva, dipendenza dalle risorse che provengono dall'ambiente e tende ad insediarsi in ambienti ecologicamente fragili, per esempio le zone aride o soggette a deforestazione. Questi ambienti risultano più esposti a catastrofi naturali e a eventi estremi, e di conseguenza aumenta la probabilità di vittimizzazione climatica delle comunità che vi sono insediate.

In questo scenario, che a noi appare fortemente connotato dall'esigenza di tutelare i diritti umani (che però, come avremo modo di osservare, non può essere data per scontata)⁹⁴ la decisione migratoria è rappresentata come una strategia di adattamento – anzi, come la principale strategia di adattamento⁹⁵ – che però potrà essere implementata soltanto da quella parte di popolazione che risulta meglio attrezzata dal punto di vista della capacità di resilienza, anche in termini di capacità previsionali degli eventi avversi e del soccorso alle popolazioni⁹⁶. L'altra parte, già provata e danneggiata dagli eventi climatici avversi, a causa dell'impossibilità di migrare vede aumentare la sua vulnerabilità sul piano economico e sociale. In sintesi, se anche l'evento avverso inizialmente coinvolge la popolazione senza distinzioni reddituali, è il diverso livello di empowerment sul piano della resilienza che opera una differenziazione tra i due gruppi approfondendo il divario tra chi può decidere di migrare e chi invece si trova nell'impossibilità di intraprendere tale percorso.

Anche la cultura può essere precorritrice di questa forma di disuguaglianza, come dimostra il caso dei nativi americani. Negli Stati Uniti i fenomeni climatici colpiscono senza distinzioni la popolazione, e quindi anche i territori dove sono insediate le

⁹² S.L. Hsu, *Climate Insecurity*, cit., 169; R. Cai, S. Feng, M. Oppenheimer, M. Pytlikova, *Climate variability and international migration*, cit.

⁹³ S.L. Hsu, *Climate Insecurity*, cit.

⁹⁴ . Atapattu, *Climate change and displacement: protecting 'climate refugees' within a framework of justice and human rights*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 2020, 11, 1, 86-113.

⁹⁵ J. Wolpert, *Migration as an Adjustment to Environmental Stress*, cit.; R. Black, S.R.G. Bennett, S.M. Thomas, J.R. Beddington, *Migration as adaptation*, cit.

⁹⁶ E. Ferragina, D.A.L. Quagliarotti, *La fame à l'ère de l'abondance*, cit.

comunità indigene. Tuttavia, queste ultime risultano vittimizzate «uniquely and disproportionately» rispetto al resto della popolazione⁹⁷. Questo accade perché l'evento climatico avverso incide fortemente sulla dimensione culturale, connotata da un rapporto tra uomo e natura improntato ad una visione che si differenzia in modo significativo da quella occidentale: si pensi alla sacralità e alla ritualità delle pratiche tradizionali legate all'ambiente⁹⁸. Pertanto, tra le minacce che l'evento climatico avverso amplifica occorre annoverare anche l'effetto destabilizzante sulle tradizioni e sulla cultura delle comunità di nativi. Per queste comunità l'importanza della dimensione culturale è tale da impedire la migrazione, ossia l'implementazione della principale strategia di adattamento (o di contrasto) all'avversità dei fenomeni climatici: infatti, per i nativi abbandonare le terre tribali significa recidere i legami comunitari con i luoghi della memoria collettiva, oltre che rinunciare ad esercitare i diritti all'autodeterminazione sui loro territori⁹⁹.

Oltre che dagli elementi culturali prima messi in luce la capacità di adattamento dei nativi americani, e, per la verità, non solo di quelle comunità, è fortemente influenzata da un bassissimo livello di empowerment, ossia da un pressoché inesistente coinvolgimento nei processi decisionali che riguardano la gestione delle risorse collettive, sulla cui disponibilità impattano i cambiamenti climatici. Come ha recentemente osservato Heather Tanana, la ragione fondamentale dell'impatto differenziato degli eventi climatici risiede nel fatto che le comunità dei nativi sono sempre state escluse dal cosiddetto «diritto del fiume»¹⁰⁰, ossia dall'elaborazione degli strumenti normativi per la gestione delle acque del fiume Colorado, che attraversa i loro territori, come ben fanno i cultori della cinematografia western, attraverso una riproduzione di modelli di enclosure coloniale¹⁰¹. Si tratta di un'esclusione che travalica la pur rilevante dimensione antropologica e sociale e oggi mostra tutta la sua criticità, nel momento in cui la portata del fiume è stata fortemente ridotta dai mutamenti climatici, la siccità nelle zone desertiche attraversate è aumentata, confermando così previsioni risalenti nel tempo¹⁰², le precipitazioni nevose sulle Montagne Rocciose sono fortemente diminuite, l'uso delle risorse idriche per finalità energetiche si è intensificato, secondo modalità di sviluppo anch'esse largamente anticipate¹⁰³, e l'acqua del fiume è per la gran parte prelevata per la gestione degli allevamenti intensivi¹⁰⁴.

Un'altra conseguenza, questa volta meno diretta, dei cambiamenti climatici più strettamente connessi all'approvvigionamento idrico ed energetico è l'espulsione delle

⁹⁷ H. Tanana, *Protecting tribal health from climate change*, cit.

⁹⁸ M. Raiteri, *I diritti sull'acqua*, cit.

⁹⁹ M. Raiteri, *Dal mito al diritto*, cit.; M. Raiteri, *I diritti sull'acqua*, cit.

¹⁰⁰ D.L. Anderson, *History of the Development of the Colorado River and 'The Law of the River'*, in J.R. Rogers, G.O. Brown, J.D. Garbrecht (a cura di), *Water Resources and Environmental History*, Reston, VA, 2004, 75-81.

¹⁰¹ A. Curley, *Unsettling Indian Water Settlements: The Little Colorado River, the San Juan River, and Colonial Enclosures*, in *Antipode*, 2021, 53, 3, 705-723; M.J. Spencer, *Hollywood of the Rockies. Colorado, the West and America's Film Pioneers*, Cheltenham, 2013; A.R. Summitt, *Contested Waters. An Environmental History of the Colorado River*, Denver, 2013; L. Burton, *American Indian Water Rights and the Limits of Law*, Lawrence, Kan., 1991.

¹⁰² L.J. MacDonnell, D.H. Getches, W.C. Hugenberg jr., *The law of the Colorado River: Coping with severe sustained drought*, in *JAWRA Journal of the American Water Resources Association*, 1995, 31, 825-836.

¹⁰³ G.D. Weatherford, G.C. Jacoby, *Impact of Energy Development on the Law of the Colorado River*, in *Natural Resources Journal*, 1975, 15, 1, 171-213.

¹⁰⁴ Cfr. anche la puntata di *Report* del 3/7/2023, Rai 3.

comunità locali dai loro territori per consentire l'insediamento di infrastrutture progettate come strategie di adattamento ai cambiamenti in atto¹⁰⁵: questi movimenti forzati delle comunità oggi sono noti perché strettamente legati alla diffusione di coltivazioni estensive da cui si ricavano biocarburanti, ma sono frequenti anche a seguito della costruzione di infrastrutture necessarie per affrontare il fenomeno delle erosioni costiere e le grandi dighe, per esempio la diga di Assuan in Egitto¹⁰⁶ e il progetto Gap in Turchia. Il fenomeno è oggi osservabile in particolare in Medio Oriente – probabilmente un'altra delle ragioni che ha portato a concentrare l'attenzione sui migranti provenienti da quelle aree del globo nella costruzione sociale della figura del migrante climatico – ma va ricordato che anche nell'Italia degli anni Cinquanta era prassi consolidata la costruzione di dighe e laghi artificiali a servizio delle riserve idriche delle grandi città, con conseguente espropriazione di terreni e trasferimento dei residenti¹⁰⁷, tipicamente appartenenti a comunità montane, senza che fossero previste modalità di negoziazione, co-decisione e partecipazione attiva della cittadinanza che oggi sono temi centrali indagati dalla sociologia politica e dall'analisi delle politiche pubbliche¹⁰⁸.

3. La tutela dei diritti umani: un neocolonialismo delle politiche sulla sicurezza climatica e la gestione dei fenomeni migratori? Ho fin qui messo in luce alcuni elementi di criticità e di contraddizione nelle narrazioni delle migrazioni climatiche. Occorre adesso riflettere brevemente sulla evidente difficoltà di costruire un impianto di tutela giuridica dei migranti climatici. Alcuni pregevoli studi hanno accuratamente evidenziato, da un lato, l'inapplicabilità degli strumenti giuridici esistenti a questa particolare categoria di migranti, paradossalmente riconducibile al fatto che le minacce ambientali sono comunque sempre considerate motivazioni accessorie, e non primarie, della decisione migratoria¹⁰⁹, per cui la mobilità finisce sempre per apparire volontaria, anziché forzata dalle condizioni inospitali del proprio habitat¹¹⁰; e, dall'altro lato, le opportunità che gli ordinamenti giuridici offrono per la costruzione di queste forme di protezione¹¹¹. Molte di queste analisi sembrano ritenere scontata, e comunque affrontano acriticamente, la scelta di inserire queste esigenze di tutela nel contesto dei diritti umani¹¹². Un caso emblematico è la costruzione giuridica finlandese

¹⁰⁵ B. de Sousa Santos, *Decolonizzare la storia*, cit.

¹⁰⁶ H.M. Fahim, *Dams, People and Development: The Aswan High Dam Case*, New York, 1981.

¹⁰⁷ A. Ciuffetti, L. Mocarelli, *Dighe, laghi artificiali e bacini idroelettrici nell'Italia contemporanea*, Soveria Mannelli, 2021; A. Leonardi, *La parabola idroelettrica trentina; dalla colonizzazione esogena al controllo endogeno*, in A. Leonardi (a cura di), *Energia e territori di montagna. La produzione idroelettrica e il ruolo dei consorzi dei BIM. Problemi e prospettive*, Milano, 2014, 19-69. Va ricordato che una delle prime decisioni della Corte cost., sent. n. 122/1957, ha riguardato il tema della riserva di legge in ordine alla gestione dei bacini imbriferi montani.

¹⁰⁸ M. Gori Nocentini, C. Certomà, *Piani di adattamento climatico, processi partecipativi e giustizia socio-ambientale: un'analisi critica sui casi di Ancona, Bologna e Roma*, in *AGEI-Geotema*, 2022, 111-119.

¹⁰⁹ C. Scissa, *The Climate Changes, Should EU Migration Law Change as Well? Insights from Italy*, in *European Journal of Legal Studies*, 2022, 14, 5, 5-23. Questa accessorietà traspare anche dalle motivazioni di ricorso contro il diniego della concessione delle misure di protezione: cfr., per esempio, ord. Trib. L'Aquila 18 febbraio 2018 e decr. Trib. Ancona n. 3821/2021.

¹¹⁰ E. Fornalé, *À l'envers*, cit.

¹¹¹ M. Castiglione, *Oltre l'Hazard Paradigm: La Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiati e il fondato timore di essere perseguitato a seguito dei cambiamenti climatici, disastri naturali e degradazione ambientale*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2023, 1, 74-104; A. Brambilla, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico e nazionale?*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2017, 2, 74-104.

¹¹² K.E. McDave, P.P. Dagadu, *Forging the Nexus of Climate Change and Human Rights*, in *European Journal of Law and Political Science*, 2023, 2, 1: 1-5 <https://www.ej->

(successivamente rimossa dall'ordinamento), che congiungeva la protezione umanitaria a «an environmental catastrophe or a bad security situation which may be due to an international or internal armed conflict or a poor human rights situation». Il caso finlandese mostra come la norma non solo utilizzasse una costruzione giuridica tipica della tradizione occidentale, ma come la valutazione della «poor human rights situation», oltre ad essere priva di parametri di riferimento, benché mediata da un sistema centralizzato di selezione delle informazioni rilevanti¹¹³ (cfr. anche *infra*) dovesse essere svolta dal punto di vista di un funzionario amministrativo il quale osservava una condizione politica e culturale altra, non occidentale, da un punto di vista assuefatto a un contesto privo di (macroscopiche) violazioni dei diritti umani, e quindi probabilmente portato a categorizzare come violazioni dei diritti umani anche pratiche sociali a cui questa concezione è estranea, secondo uno schema in cui la distanza culturale – se non una vera e propria posizione etnocentrica – finiva inevitabilmente per condizionare la legittimità della decisione¹¹⁴.

In questa sede non intendo affrontare le soluzioni tecnico-giuridiche né la loro effettiva praticabilità, che appunto sono state attentamente esaminate altrove¹¹⁵, oltre che in altri contributi raccolti in questo stesso volume, ma riflettere brevemente su una questione che si colloca a monte delle scelte relative alle forme (certamente necessarie) di protezione dei migranti climatici e che riguarda l'opportunità di inquadrarle nel contesto dei diritti umani, e specificamente nella categoria dei diritti definiti «climate related»¹¹⁶.

Ovviamente questo non significa che non siano necessarie, o che debbano essere rifiutate, forme di protezione ai migranti. Quello che intendo sostenere è che il punto di vista da adottare per inquadrare il problema e gli strumenti giuridici idonei a concretizzare tali protezioni debbano essere depurati della loro matrice «post-coloniale», che permea molta parte del diritto occidentale e che continua a riemergere e a riprodursi¹¹⁷. Per chiarire meglio questo aspetto mi avvalgo di una argomentazione – che dal punto di vista dell'esigenza di tutela dei diritti umani non può non apparire spietata – utilizzata dalla Corte di cassazione per denotare il concetto di calamità, che «non può identificarsi con le ricorrenti avversità, pur gravi, derivanti dalle caratteristiche climatiche dei luoghi»¹¹⁸. Questa argomentazione appare inumana perché è finalizzata a respingere la richiesta di protezione di un migrante proveniente dal Bangladesh (fra l'altro minore al momento della presentazione della domanda di protezione). A ben vedere, però, a differenza dell'amministrazione finlandese, la Cassazione esprime una posizione

politics.org/index.php/politics/article/view/54/35; A. Fazzini, *Recent developments in the protection of environmental migrants: the case of Italy*, in G. Cataldi, P. Hilpold (a cura di), *Migration and Asylum Policies Systems' National and Supranational Regimes*, Napoli, 2023, 189-208; S. Villani, *Migrazioni e ambiente: verso un regime di tutela basato sui diritti umani*, in O.M. Pallotta (a cura di), *Crisi climatica, migrazioni e questioni di genere: problemi giuridici*, Napoli, 2022, 159-85.

¹¹³ E. Bodström, *Illusions of objectivity: The two functions of country of origin information in asylum assessment*, in *Migration Studies*, 2023, 11, 1, 197-217.

¹¹⁴ D. Rosset, *'We Have Our Own Kitchen': Distance et légitimité dans la production de savoir pour la procédure d'Asile*, in *Politique et Sociétés*, 2021, 38, 1, 49-56.

¹¹⁵ P. Bonetti, *La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa*, in *Lexambiente. Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente*, 2021, 2, 48-82.

¹¹⁶ C. Scissa, *The Climate Changes*, cit., 8; M. Wewerinke e M. Antoniadis, *Vessel for Drowning Persons? The Standard-Setting Potential of International Human Rights Litigation in Addressing Climate Displacement*, in *Yearbook Of International Disaster Law*, 2022, 3, 238-273.

¹¹⁷ B. de Sousa Santos, *Decolonizzare la storia*, cit., 17-18.

¹¹⁸ Cass. II sez. 8/4/2021 n. 9366.

assolutamente relativistica – e quindi depurata da qualsiasi visione post-coloniale – nel momento in cui valuta l'ambiente naturale del Paese di provenienza alla luce delle caratteristiche geomorfologiche e climatiche di quei luoghi: «le ricorrenti avversità, pur gravi», appunto¹¹⁹. Applicando parametri che non appartengono alla nostra concezione della natura quegli eventi non possono essere qualificati come «calamità», «disastri», ecc., utilizzando un lessico che appartiene al nostro modo di osservare e descrivere il nostro ambiente, le sue caratteristiche geomorfologiche, e gli eventi climatici avversi che periodicamente sperimentiamo, ma che per quelle popolazioni costituiscono una normalità entro la quale si inscrivono i loro stili di vita; e anche le loro strategie di adattamento. Da questa prospettiva gli stessi fatti posti alla base della più recente ordinanza della Cassazione 8/3/2023 n. 6964 (su cui infra), ossia la «forte inondazione a Gujranwala, dove la famiglia all'epoca viveva, fonte di danni e di perdite di vite umane» verificatasi una decina di anni prima, di cui «[L]a famiglia del ricorrente ha risentito pesantemente» non potrebbero giustificare la concessione della protezione perché «[L]a zona è d'altra parte ancora oggi soggetta, con regolarità, a inondazioni una o due volte l'anno, come è agevole verificare attraverso le fonti disponibili»¹²⁰.

D'altro lato, le richieste di protezione sfruttano a loro favore la prospettiva eurocentrica veicolata dalla pur scarsa normativa in materia, dagli operatori dell'amministrazione dell'Interno e da alcuni giudici (non tutti, come si è visto), attraverso una descrizione di tutti gli eventi climatici che, attraverso l'utilizzo del nostro lessico («calamità», «catastrofi», «disastri», «cataclismi», ecc.), li fa invariabilmente apparire come fenomeni estremi nei confronti dei quali la migrazione si configura come l'unica risposta possibile. Occorre quindi operare una distinzione tra «normalità» dei fenomeni climatici, tipici di alcuni ambienti naturali, e mutamenti di scenario che hanno innescato l'aggravamento di quei fenomeni, e il conseguente inasprimento di condizioni ambientali già in partenza ostiche vanificando – ed è questo il nucleo dell'esigenza di protezione – le tradizionali strategie di adattamento: soltanto sullo sfondo di questa distinzione è possibile comprendere le apparentemente incolmabili divergenze tra la citata posizione della Cassazione e quella di Trib. L'Aquila, dettagliatamente argomentata nell'ord. 16 febbraio 2018¹²¹, e le loro antitetiche conseguenze relativamente alla concessione della protezione ai migranti climatici.

Peraltro, la configurazione di una violazione dei diritti umani richiede l'accertamento di un'azione operata da chi, appunto, viola tali diritti (per esempio prevarica, assoggetta, schiavizza, impedisce forme di espressione, tortura, ecc.). Per inciso, tale azione è lo stesso elemento che si ritiene mancante nella spinta alla migrazione climatica perché si possano etichettare come rifugiati i soggetti che la intraprendono pressati dalle conseguenze avverse di eventi climatici estremi: ossia il fatto che non si tratta di individui in fuga da forme di oppressione (politica, religiosa, ecc.). Per la verità, alcuni studiosi, ponendosi in contrasto con la tesi appena enunciata, non incontrano difficoltà ad estendere le tutele convenzionali a questa categoria di migranti¹²²: in ogni caso, negli

¹¹⁹ V. Koubi, G. Spilker, L. Schaffer, T. Böhmelt, *The role of environmental perceptions in migration decision-making: Evidence from both migrants and non-migrants in five developing countries*, in *Population and Environment*, 2016, 38, 134-163

¹²⁰ Corsivo mio.

¹²¹ https://www.meltingpot.org/app/uploads/2018/02/ordinanza_umanitaria_bangladesh.pdf; <https://www.meltingpot.org/2018/02/la-situazione-di-poverta-e-le-problematiche-legate-ai-cambiamenti-climatici-giustificano-la-protezione-umanitaria-dei-richiedenti-asilo/>. Corsivo miei.

¹²² G. Pellegrino, *I diritti dei rifugiati climatici*, in *Equilibri*, 2017, 1, 29-39

ultimi tempi la riflessione si sta concentrando sul tema¹²³. Sta di fatto che nel caso dei fenomeni climatici il meccanismo della violazione e dell'oppressione non è individuabile: la «violazione» è la conseguenza di un evento climatico avverso ed è unicamente riconducibile alla natura; o, al più, è possibile decifrare una generale responsabilità «dell'uomo» nei casi di eventi generati o favoriti da forme di antropizzazione (un esempio a noi ben noto è la cementificazione degli alvei dei fiumi). Alcuni diritti fondamentali, fra cui i diritti all'alimentazione e all'accesso alle risorse idriche, non sono garantiti, sono ostacolati o impediti: tutto ciò, però, al di fuori di un contesto di oppressione o limitazione delle libertà, che lo strumento giuridico della tutela dei diritti umani presuppone, e, anzi, da cui non sembra poter prescindere. Diversamente non si frapporrebbero ostacoli all'estensione ai migranti climatici dei molteplici strumenti di protezione, anche a carattere sovranazionale e convenzionale, previsti per i rifugiati. In occasione di una recentissima sentenza della Cassazione la difesa del ricorrente adombra una tesi sicuramente innovativa sotto il profilo di una possibile elaborazione del principio alla luce del quale valutare la sua vicenda e che, paradossalmente, assume, e riproduce, una visione post-coloniale dell'architettura di law and governance dei fenomeni migratori. Nel dettaglio la qualifica di «migrante ambientale» rivendicata dal ricorrente, che vedeva minacciata la sopravvivenza sua e della sua famiglia dai mutamenti climatici, è ricollegata alla valutazione non (tanto) delle condizioni del singolo, o all'instaurazione, o aggravamento, della sua condizione di vulnerabilità, ma alla «specificità capacità dello Stato di offrire idonea ed effettiva protezione rispetto a vicende quali quella narrata dal richiedente (migrante climatico), posta...a fondamento della decisione (...) alla luce di fonti internazionali specifiche e aggiornate alla data della decisione»¹²⁴.

Il paradosso consiste nel fatto che questa tesi esprime una visione marcatamente occidentale dello «Stato», non solo, e non tanto, come entità politica, ma perché ritiene scontata l'assunzione di una responsabilità del sistema politico nei confronti dei suoi cittadini nel caso di catastrofi naturali¹²⁵: questa è una visione solidaristica tipicamente riversata nelle nostre carte costituzionali e nei nostri strumenti di governo – il sistema di Protezione Civile¹²⁶, i sistemi di monitoraggio degli eventi sismici¹²⁷, ecc. – ma che non è necessariamente condivisa, né implementata, da altri sistemi politici non occidentali. Non necessariamente quelle forme di Stato trovano nelle funzioni esercitate corrispondenze con il modello statale europeo continentale. Pertanto, a quegli Stati non possono essere automaticamente ascritte responsabilità specifiche, assimilandole tout court a quelle consuete dei sistemi politici occidentali, e conseguentemente apparirebbe incongruo assegnare ai nostri giudici di merito il compito di valutare l'efficienza di strategie e di politiche pubbliche, ambientali, sociali e di safety e recovery per contrastare le conseguenze dei fenomeni climatici avversi messe in atto dai Paesi di provenienza dei migranti, che spesso non sono dotati né di questa peculiare capacità istituzionale, né di questa specifica cultura della resilienza¹²⁸.

¹²³ A. Punia, R.P. Singh, N.S. Chauhan, *Drivers of Climate Migration*, cit.

¹²⁴ Cass. I sez. 8/3/2023 n. 6964.

¹²⁵ A. Giddens, *La politica del cambiamento climatico*, Milano, 2015.

¹²⁶ F. Toseroni, *La resilienza: futuro della protezione civile*, in *TeMa Journal of Land Use, Mobility and Environment*, 2012, 5, 2, 177-184; M. Francini, S. Gaudio, A. Palermo, M.F. Viapiana, *Pianificare la resilienza urbana mediante i Piani di emergenza di Protezione civile*, in *Territorio*, 2018, 125-133.

¹²⁷ S. Sica, L. Pagano, F. Vinale, *Interpretazione dei segnali sismici registrati sulla diga di Camastra*, in *Italian Geotechnical Journal*, 2008, 4, 8, 97-111.

¹²⁸ E. Fornalé, *À l'envers*, cit.

Per la verità la Cassazione si limita a rinviare al Tribunale per una rivalutazione complessiva della vicenda migratoria del richiedente alla luce delle motivazioni climatiche, di cui non si era tenuto conto nella decisione impugnata, e quindi non giunge ad individuare un tipo di responsabilità – quella dello Stato – a cui imputare la lesione dei diritti umani del singolo, che richiedono tutela nel momento in cui sono messi a repentaglio da condizioni ecosistemiche ostili determinate dall'evento climatico avverso. Va tuttavia segnalato che la tesi addotta dalla difesa, opportunamente rielaborata dalla giurisprudenza, potrebbe risultare funzionale all'applicazione degli strumenti giuridici in cui si estrinseca la tutela dei diritti umani in tema di migrazioni climatiche, potendo fornire la chiave di volta mancante di quell'impianto giuridico di cui si è detto.

In generale le decisioni dei giudici italiani – di cui esistono esaustive rassegne, che qui devono intendersi richiamate e che mi esonerano dall'esaminarle in dettaglio¹²⁹ – non solo appaiono oscillanti sul punto della protezione (elemento che qui non affronto dal punto di vista delle argomentazioni tecnico-giuridiche), e non per ragioni legate al succedersi delle politiche e, conseguentemente, delle forme di protezione previste dalla normativa (umanitaria, speciale, ecc.), ma lo sono, soprattutto, dal punto di vista dell'inquadramento delle cause climatiche della migrazione. Più che dei fenomeni in sé, inattesi, o improvvisi, che producono un evento devastante che rende l'habitat ostile o inabitabile, costringendo la popolazione ad un esodo immediato, e che determinano le situazioni di «crisi» o di «emergenza» che si riversano sui luoghi e sui Paesi di accoglienza e destinazione, la giurisprudenza sembra costantemente preoccuparsi delle conseguenze di tali fenomeni, che non sempre si manifestano in un brevissimo periodo: la siccità, la carestia, l'inquinamento del suolo, lo sfruttamento non sostenibile delle risorse naturali, mentre del disastro ambientale, di cui si deve ravvisare «in concreto l'esistenza in una determinata area geografica», si propone, attraverso il rinvio all'art. 452-quater c.p., una definizione di impianto penalistico¹³⁰, che, ancora una volta, veicola una visione prettamente occidentale delle potenziali dinamiche in grado di rendere l'habitat naturale fortemente inospitale, o addirittura inabitabile.

Tuttavia, i punti che appaiono maggiormente critici di queste decisioni sono, da un lato, la necessità dell'individuazione del nesso tra evento climatico avverso (e sue conseguenze) e ripercussioni sulla modificazione delle condizioni di vita del singolo, che diverrà poi il richiedente la misura di protezione; dall'altro lato la modalità con cui i giudici individuano tale nesso: sulla base di quali osservazioni della realtà del Paese di provenienza del richiedente protezione e di quali valutazioni di tali condizioni. In questa direzione Cass. SS.UU., richiamando precedenti decisioni della stessa Corte, ha osservato che il diritto alla concessione della protezione non può essere affermato «in considerazione del contesto di generale e non specifica compromissione dei diritti umani accertato in relazione al paese di provenienza...Si prenderebbe altrimenti in considerazione non già la situazione particolare del singolo soggetto, ma piuttosto quella del suo paese di origine, in termini del tutto generali ed astratti, di per sé inidonea al riconoscimento della protezione umanitaria»¹³¹.

In sintesi, leggendo in filigrana le decisioni della Corte sul tema, con il proposito di

¹²⁹ C. Scissa, *The Climate Changes*, cit.; E. Fornalé, *À l'envers*, cit.

¹³⁰ Cass. sez. lav. 22/6/2022 n. 20121 che richiama Cass. sez. II 24/2/2021 n. 5022 e Cass. sez. lav. 8/6/2021 n. 15961, orientamento poi confermato dalla successiva decisione Corte Cass. sez. III 15/7/2021 n. 20218.

¹³¹ Cass. SS.UU. 13/11/2019 n. 29459.

individuare un filo conduttore di una politica migratoria governata attraverso le decisioni giurisprudenziali, dovrà essere dapprima valutata una rilevanza delle mutate condizioni per cause riconducibili ad un habitat reso ostile da eventi climatici avversi, che devono incidere sulla vulnerabilità del soggetto: o determinandola, o aggravando una situazione di vulnerabilità pregressa. In quali termini però non è facilmente desumibile: alcune decisioni individuano come parametro di valutazione un nucleo minimo di diritti fondamentali che integrano la dignità delle condizioni di vita del soggetto, nucleo che però non è definito; altre richiedono un rischio per la sopravvivenza del singolo individuo. Una generale condizione di povertà indotta (o aggravata?) dai fenomeni climatici, oltre che ardua da dimostrare, non è ritenuta un parametro sufficiente per la concessione della protezione, almeno fino a che non raggiunge «la soglia della carestia», da accertare sulla base di fonti attendibili ed aggiornate. Quest'ultima espressione, per la verità singolare, con cui talune decisioni della Cassazione vorrebbero ricondurre la mancanza o grave scarsità di derrate alimentari, soprattutto di cereali, dovuta a cause naturali (siccità, piogge, grandine, gelo, insetti, locuste, pestilenze, ecc.) o a guerre, rivoluzioni, errori economici, che riguarda la collettività, in quanto determina l'incremento della mortalità della popolazione dell'area colpita, o di particolari sottogruppi¹³², ad una condizione individuale (oggetto, quest'ultima, di una valutazione del giudice che appare davvero ardua). Se tale posizione, recentemente espressa dalla Cassazione, diventerà mainstream nella giurisprudenza la valutazione della condizione di vulnerabilità del singolo, determinata o aggravata dell'evento climatico avverso, o dalla sperimentazione di un ecosistema reso ostile da tale evento, dovrà essere affiancata da un'ulteriore valutazione delle tutele approntate dallo Stato nei confronti dei propri cittadini, e di come, eventualmente, tali tutele (se previste nel quadro del sistema politico) si siano rivelate inefficaci per il mantenimento delle condizioni di vita del singolo richiedente protezione, e conseguentemente di un catalogo dei suoi diritti fondamentali. La tutela di questa specifica categoria di migranti è, evidentemente, una scelta politica, che incontra una peculiare difficoltà proprio a causa della particolare sensibilità degli strumenti giuridici già disponibili e nella predisposizione di nuovi: in particolare l'attribuzione dello status di rifugiato, che implica una condizione oppressiva assente nel caso delle migrazioni climatiche, anche se in letteratura è stata indagata la figura dei rifugiati climatici, peraltro individuando un'accezione discriminatoria di tale etichetta, che starebbe a sottolineare la provenienza di questa tipologia di migranti da Paesi in condizioni di sottosviluppo.

Gli esempi trattati mettono infatti in luce come l'impianto dei diritti umani, o fondamentali, sconti la tradizione europeo-continentale del pensiero giuridico probabilmente molto più di altri strumenti e tecniche, con il rischio di (ri)proporre un punto di vista etnocentrico e «post-coloniale» sulla questione delle migrazioni ambientali, per quanto attenuato in una forma di neo-colonialismo paternalistico, carattere che comunque le strutture di law and governance non hanno perso, né riescono a nascondere¹³³. Si tratta di un problema ancor più delicato nel momento in cui tale prospettiva si connette con l'ineludibile matrice coloniale delle teorie sulle migrazioni e

¹³² (voce) *Carestia*, in Enciclopedia Treccani online, <https://www.treccani.it/enciclopedia/caresia#:~:text=Mancanza%20o%20grave%20scarsit%C3%A0%20di,di%20piante%20e%20animali%2C%20guerre.>

¹³³ B. Mayer, *Environmental Migration in the Asia-Pacific Region*, cit.

sulla mobilità umana¹³⁴, (di cui si è detto anche supra, § 1), e si vorrebbe utilizzare per governare un fenomeno fortemente improntato dalla transizione dal colonialismo alle politiche migratorie che, realizzando quella che è stata definita «condizione permanente della contemporaneità coloniale europea»¹³⁵, inevitabilmente caratterizza numerosi paesi europei¹³⁶ e numerosi paesi di provenienza dei migranti. Si tratta, per esempio, dei paesi in cui in nome del processo di formazione dello Stato, ossia di una struttura politica e giuridica alloctona, tipica dell'Occidente, imposta nel quadro di una politica di assimilazione tipica dell'imperialismo¹³⁷ la colonizzazione ha costretto alla stanzialità popolazioni autoctone che tradizionalmente praticavano il nomadismo come strategia di adattamento all'ostilità dell'ecosistema, in definitiva rischiando di riproporre e riprodurre, anche se in una versione aggiornata, analoghe dinamiche post e decoloniali¹³⁸. In altri termini, le condizioni di compatibilità tra la cornice marcatamente occidentale dei diritti umani¹³⁹ come strumento di protezione e le culture giuridiche delle popolazioni non occidentali¹⁴⁰ dovrebbero costituire, a loro volta, oggetto di riflessione e dibattito, quantomeno a partire dall'esigenza di una «tradizione interculturale tra la narrativa eurocentrica dei diritti umani...e le concezioni indigene...»¹⁴¹.

4. Le protezioni per i migranti climatici tra amministrazione e giurisdizione. Nel quadro delineato, a cui non difettano i tratti problematici, la costruzione giuridica della figura e delle tutele dei migranti climatici è costretta a sfruttare spazi normativi minimi: nell'ordinamento italiano gli articoli 20 del T.U. Immigrazione, che fin dalla ridondanza degli aggettivi contenuti nel titolo, Misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali, sottolinea l'assoluta unicità delle tutele¹⁴², una ridondanza a cui però non corrisponde la trasposizione di termini quali «contingente», «eccezionale», «seria» in criteri di valutazione oggettiva da parte degli operatori, come osserva Trib. L'Aquila¹⁴³; e

¹³⁴ S.P. Mains, M. Gilmartin, D. Cullen, *Postcolonial migrations*, in *Social & Cultural Geography*, 2013, 14, 2, 131-44.

¹³⁵ B. de Sousa Santos, *Decolonizzare la storia*, cit.

¹³⁶ T. Ricciardi, *The transition from colonialism to the migration policies in Europe*, in G. Laschi, V. Deplano, A. Pes (a cura di), *Europe between migrations, decolonization and integration*, London, 2020, 28-38; J. Mahoney, *Colonialism and post-colonial development. Spanish America in comparative perspective*, Cambridge, 2010.

¹³⁷ L.M. Hunter, J.K. Luna, R.M. Norton, *Environmental Dimensions of Migration*, in *Annual Review of Sociology*, 2015, 41, 377-397; M. Raiteri, *Gli Ajar. Note a margine di una esplorazione antropologico-giuridica*, in M. Verga (a cura di), *Quaderno del Quinto seminario di Sociologia del diritto, Capraia Isola 2009*, Messina, 2009, 119-129.

¹³⁸ Sulle differenze cfr. B. de Sousa Santos, *Decolonizzare la storia*, cit.

¹³⁹ R. Panikkar, *Is the notion of human rights a Western concept?*, in *Diogenes*, 1982, 30, 120, 75-102; D. Zolo, *I diritti umani, la democrazia e la pace nell'era della globalizzazione*, in *Jura Gentium*, 2011, <https://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/braga.htm>; B. de Sousa Santos, *Decolonizzare la storia*, cit.

¹⁴⁰ W. Capeller, T. Kitamura (a cura di), *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales. Autour de Masaji Chiba*, Bruxelles, 1998.

¹⁴¹ B. de Sousa Santos, *Decolonizzare la storia*, cit.

¹⁴² 1. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato d'intesa con i Ministri degli affari esteri, dell'interno, per la solidarietà sociale, e con gli altri Ministri eventualmente interessati, sono stabilite, nei limiti delle risorse preordinate allo scopo nell'ambito del Fondo di cui all'articolo 45, le misure di protezione temporanea da adottarsi, anche in deroga a disposizioni del presente testo unico, per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'Unione Europea.

2. Il Presidente del Consiglio dei Ministri o un Ministro da lui delegato riferiscono annualmente al Parlamento sull'attuazione delle misure adottate.

¹⁴³ https://www.meltingpot.org/app/uploads/2018/02/ordinanza_umanitaria_bangladesh.pdf.

20 bis, Permesso di soggiorno per calamità, un testo dal percorso accidentato¹⁴⁴. Tale costruzione è affidata alle amministrazioni e alla magistratura, secondo un modello ormai predominante nelle politiche pubbliche italiane, su cui riflettono le discipline sociologico-giuridiche e sociologico-politiche¹⁴⁵, ma sul quale altrove la riflessione della centralità delle decisioni amministrative nella costruzione delle politiche migratorie non sembra altrettanto diffusa¹⁴⁶. A tali istituzioni spetta il compito di riempire di contenuto per via interpretativa norme che, come avremo modo di osservare, concedono ampio spazio alla discrezionalità degli interpreti¹⁴⁷: discrezionalità che incide sia sulla concessione o il rifiuto della protezione, sia sull'eterogeneità delle posizioni e delle argomentazioni utilizzate a supporto dai decisori nelle diverse sedi territoriali.

Intanto non sembra casuale che non solo l'ordinamento sovranazionale, ma nessun ordinamento giuridico europeo, abbia ancora tipizzato né la figura del migrante climatico, scindendola, per esempio, da altre possibili motivazioni della decisione migratoria, né i fenomeni ambientali che potrebbero dare luogo alle corrispondenti misure di protezione. Soltanto tre Paesi europei, Svezia, Finlandia e Italia, avevano predisposto uno strumento giuridico idoneo alla costruzione di una specifica forma di tutela. Svezia e Finlandia hanno però preferito espungere la normativa in materia dai loro ordinamenti a fronte delle numerose «crisi» dovute ai processi migratori in atto¹⁴⁸, mentre l'Italia, come osserveremo tra poco, ha mantenuto un sia pur minimo spazio interpretativo per gli operatori dell'amministrazione dell'Interno. Infine, altri due Paesi del Nordeuropa, Norvegia e Danimarca, stanno sondando l'atteggiamento dei loro cittadini nei confronti della motivazione climatica dei flussi migratori¹⁴⁹.

In generale i diritti dell'immigrazione dei Paesi UE sono caratterizzati da due principi antitetici: da un lato le «soglie di eccezionalità»¹⁵⁰ di alcune misure, connesse a motivi di ordine pubblico; dall'altro lato una flessibilità degli strumenti giuridici idonea a ricomprendere «circostanze compassionevoli», che si può unicamente concretizzare consentendo un margine di discrezionalità agli operatori. Tuttavia in questo mix diventa complicato, se non irrealizzabile, abbassare le soglie di eccezionalità delle misure nel caso in cui l'immigrazione sia motivata da catastrofi o cambiamenti climatici, e decidere, in

¹⁴⁴ 1. Fermo quanto previsto dall'articolo 20, quando il Paese verso il quale lo straniero dovrebbe fare ritorno versa in una situazione di contingente ed eccezionale calamità che non consente il rientro e la permanenza in condizioni di sicurezza, il questore rilascia un permesso di soggiorno per calamità.

2. Il permesso di soggiorno rilasciato a norma del presente articolo ha la durata di sei mesi, ed è rinnovabile per un periodo ulteriore di sei mesi se permangono le condizioni di eccezionale calamità di cui al comma 1; il permesso è valido solo nel territorio nazionale e consente di svolgere attività lavorativa, ma non può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

¹⁴⁵ C. Pennisi, F. Prina, M. Quiroz Vitale, M. Raiteri (a cura di), *Amministrazione, cultura giuridica e ricerca empirica*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2018.

¹⁴⁶ L. Affolter, *Asylum Matters, on the Front Line of Administrative Decision-Making*, Cham, Switzerland, 2021; J. van der Kist, H. Dijkstra, M. de Goede, *In the Shadow of Asylum Decision-Making: The Knowledge Politics of Country-of-Origin*, in *International Political Sociology*, 2019, 13, 1, 68-85.

¹⁴⁷ E. Fornalé, A. Pénvers, cit.

¹⁴⁸ C. Scissa, *Estrema povertà dettata da alluvioni: condizione (in)sufficiente per gli standard nazionali di protezione?*, in *Questione Giustizia*, 14/2/2022: 1-6, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/estrema-poverta-dettata-da-alluvioni>

¹⁴⁹ T.F. Hedegaard, *Attitudes to Climate Migrants: Results from a Conjoint Survey Experiment in Denmark*, in *Scandinavian Political Studies*, 2022, 25, 1, 25-45; H.H. Bye, H. Yu, J. Sofa Portice, C.A. Ogunbode, *Interactions between migrant race and social status in predicting acceptance of climate migrants in Norway*, in *Climate Change*, 2023, 176, 46, 1-16.

¹⁵⁰ M. Scott, *Adapting to Climate-Related Human Mobility into Europe*. cit.

concreto, entro uno scenario in cui l'ecosistema è divenuto ostile rispetto alle condizioni di vita pregresse, quali condizioni abbiano reso inevitabile una migrazione che implica l'attraversamento dei confini e l'arrivo in un Paese di destinazione; o, viceversa, se esisteva la possibilità di restare, o di fare ritorno, nel proprio habitat; o, ancora, procedere ad una migrazione interna, con uno spostamento in un'altra parte del territorio ma senza attraversamento dei confini. Questo perché l'effettiva praticabilità di queste due ultime strategie di adattamento non giustificerebbe la concessione di una misura di protezione, a meno che una maggiore elasticità nell'applicazione delle misure di protezione da parte del Paese di destinazione, e quindi un più ampio margine di discrezionalità dei decisori, non siano il risultato di una scelta politica orientata ad offrire protezioni ai migranti in fuga da catastrofi ambientali, o comunque vittime di altri impatti negativi dei cambiamenti climatici¹⁵¹.

Per quanto riguarda l'Italia il compito di adottare con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato d'intesa con i Ministri degli affari esteri, dell'interno, per la solidarietà sociale, e con gli altri Ministri eventualmente interessati misure di protezione temporanea per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non UE è, tutto sommato, meno complesso – si vedano per esempio le misure adottate a seguito del conflitto in Ucraina – del compito, certamente più delicato, di rapportare gli effetti negativi prodotti dai cambiamenti e dagli eventi climatici nei territori di provenienza e sulle popolazioni alla condizione del singolo migrante (richiedente asilo, protezione speciale, sussidiaria, o altra misura prevista dall'ordinamento) assegnato ai Questori, alle Commissioni territoriali e ai giudici.

Il Questore deve infatti individuare nella situazione addotta dal richiedente la misura di protezione (permesso di soggiorno) una «situazione di contingente ed eccezionale calamità che non consente il rientro e la permanenza in condizioni di sicurezza», oltre a procedere all'accertamento, richiesto dal successivo comma 2, in ordine al permanere di tali condizioni di eccezionale calamità nel caso di richiesta di rinnovo della misura. L'espressione riportata nel testo dell'articolo non è di immediata operatività, ma implica comunque una graduazione di intensità dell'evento avverso che può essere valutata attraverso una sorta di check list: occorre stabilire se l'evento addotto, che fa parte di un «catalogo aperto» di situazioni di vulnerabilità¹⁵², a cui dovrebbe corrispondere una natura «elastica» della protezione umanitaria¹⁵³, integri una calamità; in caso affermativo se questa sia, o meno, contingente ed eccezionale; e, ancora, se tale evento consenta, o meno, il rientro e la permanenza in condizioni di sicurezza. La normativa non fornisce alcuna indicazione né sul peso specifico della motivazione climatica rispetto ad altre possibili motivazioni (che solitamente emergono in sede di ricorso contro i dinieghi di rilascio del permesso), né su quello che è sicuramente il passaggio più complesso della decisione, ossia le modalità con cui il carattere dell'ambiente reso ostile dall'evento climatico avverso ha potenzialmente o concretamente inciso in modo negativo sulla condizione personale e sullo stile di vita del richiedente, ossia sulla sua condizione di «sicurezza»: unico elemento che, una volta rilevato, giustificerebbe la concessione di una protezione che – in ogni caso – l'ordinamento configura come assolutamente straordinaria. Viceversa, si tratta di elementi completamente affidati ad una valutazione

¹⁵¹ M. Scott, *Adapting to Climate-Related Human Mobility into Europe*. cit.

¹⁵² Trib. Genova sez. XI, 11/6/2020. Cfr. anche i contributi di D. Gracia e di F. Passarini in questa *Rivista*.

¹⁵³ Corte App. Brescia, sez. III, 18/6/2021 n. 768.

soggettiva dell'Amministrazione (nel caso del provvedimento del Questore ex art. 20 bis), dei componenti le Commissioni territoriali, e dei giudici dell'impugnazione: insomma di una valutazione che viene assorbita dalla «machinery of the state», entro la quale il rischio di far prevalere le preferenze individuali sulla «capacità amministrativa» dei decisori è elevato¹⁵⁴, anche se vi sono studiosi che, al contrario, ritengono che gli usi delle informazioni, tendenzialmente ripetitivi, possono improntare la decisione ad una «uniformità» ed «efficienza» che servirebbero anche a depotenziare il ruolo e l'apporto del decisore¹⁵⁵. In effetti questo affidamento può talvolta presentare anche risvolti positivi, se riflettiamo per esempio sul fatto che la «machinery» che ha fatto da cornice alle decisioni in materia di politica ambientale ha prodotto nuovi diritti in tema di fruizione dell'ambiente, e nel caso italiano dell'art. 9 Cost., ha portato a modificare la nozione stessa di ambiente, nella precedente versione estremamente connotata in senso paesaggistico, proprio in vista del completo riconoscimento di quei diritti; e anche nuovi ambiti del diritto: si pensi, per esempio, al diritto penale ambientale¹⁵⁶.

In sintesi, le decisioni mostrano due ordini di questioni, in entrambi i casi connesse alla selezione delle informazioni relative al Paese di provenienza da utilizzare a supporto delle motivazioni. Si tratta delle cosiddette COI, acronimo di Country Origin Information¹⁵⁷, recentemente definite «illusioni di obiettività»¹⁵⁸ perché presentate come uno strumento di valutazione che si avvale di informazioni oggettive. Viceversa, sono, appunto, il risultato di operazioni di selezione di fonti e dati che risentono delle prospettive degli autori dei rapporti e dei loro inquadramenti teorici e che, a loro volta, sono oggetto di ulteriori scelte – anche orientate in funzione dell'implementazione di una specifica politica migratoria – in sede di elaborazione della decisione.

La prima questione riguarda una selezione per così dire «a monte», che riguarda il flusso informativo che giunge al decisore¹⁵⁹. È per esempio il caso delle COI allegate dalla difesa del migrante richiedente protezione di cui tratta la decisione della più recente pronuncia della Cassazione sul tema¹⁶⁰. Il rapporto COI è, in realtà, la sintesi di varie fonti documentali «di pubblico dominio» elaborata nell'ambito della Clinica legale in tema di immigrazione e asilo dell'Istituto Dirpolis della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa¹⁶¹. Nella quarta di copertina si legge: «Il rapporto non è e non deve considerarsi esaustivo né in senso assoluto né rispetto al merito di alcuna richiesta individuale di riconoscimento di protezione internazionale... Per ulteriori informazioni si prega di leggere i documenti citati nella loro interezza». Viceversa, le COI sono presentate come il principale strumento informativo – certamente integrabile d'ufficio su disposizione

¹⁵⁴ P.G. Van Wollegheem, H.G. Sicakkan, *Asylum seekers in the machinery of the state: administrative capacity vs. preferences. Recognition rates in EU member states*, in *European Union Politics*, 2023, 24, 2, 348-369.

¹⁵⁵ E. Bodström, *Illusions of objectivity*, cit.

¹⁵⁶ D. Rind, *The decision-making machinery behind environmental policy*, in *Georgetown Law Journal*, 2005, 93, 2, 717-732.

¹⁵⁷ T.M. Liodden, *The Map and the Territory: The Use of Country Information in Asylum Assessments*, in *International Migration Review*, 2022, 56, 1, 296-322.

¹⁵⁸ E. Bodström, *Illusions of objectivity*, cit.

¹⁵⁹ E. Bodström, *Illusions of objectivity*, cit.

¹⁶⁰ A. Lacchei, E. Zavanella, *Pakistan. Rapporto COI*, in www.santannapisa.it/it/area-di-ricerca-dream.

¹⁶¹ Un analogo approccio alla redazione delle schede COI è, per esempio, quello della Regione Emilia-Romagna Assessorato al welfare e alle politiche abitative: cfr. la scheda *COI-Notizie sui Paesi di Origine dei richiedenti protezione internazionale presenti in Emilia Romagna* dedicata a Camerun, Mali, Nigeria e Pakistan.

del giudice, a condizione che le fonti siano pubblicizzate¹⁶² – che garantisce ai decisori gli elementi a sostegno delle loro argomentazioni.

Nello specifico documento qui citato, dedicato al Pakistan, la sezione dedicata ai danni ambientali, oltre ad essere molto sintetica (poco più di una pagina), non fa cenno alla necessità di intraprendere migrazioni climatiche che travalichino i confini nazionali. Viceversa, si descrive sommariamente una serie di processi di migrazione interna, pur nel quadro di una complessiva criticità delle misure messe in atto dal governo, evidenziando il «successo» delle politiche di reinsediamento degli sfollati nei luoghi di provenienza, benché i beni essenziali – acqua potabile, abitazioni, educazione e sanità – continuino ad essere carenti o mancanti.

Qui entra inevitabilmente in gioco quello che è stato definito il carattere intertestuale dei rapporti COI, che selezionano, operando scelte, anche rispetto alle fonti, con una predominanza di dati provenienti da organizzazioni governative, think tank ideologicamente orientati, che in alcuni casi esprimono quella visione securitaria della questione delle migrazioni climatiche di cui si è detto supra¹⁶³, e media mainstream¹⁶⁴, e fanno riferimento ad altri testi, dando luogo alla formazione di catene intertestuali o a reti di intertesti¹⁶⁵. E, soprattutto, entrano in gioco le funzioni di tali rapporti che sono, da un lato, quella di strumento di valutazione della fondatezza della narrazione dei richiedenti protezione (cfr. infra); e, dall'altro lato, la funzione di valutazione della complessiva condizione di sicurezza e della tutela dei diritti umani nel Paese di provenienza, a cui si aggiunge un «uso simbolico» indicativo del modo in cui si configura la politica di protezione del Paese di accoglienza. Ancora una volta, quindi, la prospettiva dei diritti umani è posta al centro della valutazione e, parallelamente, data acriticamente per scontata. Per di più, l'esercizio e le tutele di tali diritti richiedono una valutazione da parte di decisori culturalmente distanti dall'oggetto di valutazione.

La seconda questione si riferisce alla selezione dei flussi informativi che potremmo definire «a valle», e che riguarda la chiave di lettura che il decisore assume. Nel caso del Tribunale di Ancona, per esempio, la chiave di lettura della condizione di sicurezza socio-politica del Pakistan ha prevalso, oscurandola, sulla condizione di sicurezza climatica del Paese¹⁶⁶, ragione per cui la Cassazione ha rinviato con l'indicazione che la vicenda del richiedente protezione dovrà essere riesaminata alla luce delle condizioni climatiche del Paese di provenienza¹⁶⁷.

¹⁶² Cass. sent. 9/5/2023 n. 12321 ha sancito la violazione dell'obbligo di cooperazione istruttoria in un caso in cui il Tribunale non aveva menzionato le fonti aggiornate consultate per analizzare le condizioni nel paese di provenienza della ricorrente che avrebbe potuto (se del caso) contestarle allegando fonti alternative ritenute idonee a prospettare un esito diverso del giudizio. Sul punto cfr. anche G. Michellini, *COI e protezione sussidiaria. Il difficile equilibrio tra oneri di allegazione e doveri di cooperazione istruttoria ufficiosa*, 21/11/2022, asgi.it/notizie/coi-e-protezione-sussidiaria-il-difficile-equilibrio-tra-oneri-di-allegazione-e-doveri-di-cooperazione-istruttoria-ufficiosa/.

¹⁶³ I. Boas, C. Farbotko, H. Adams, H. Sterly, S. Bush S.K. van der Geest *et al.*, *Climate migration myths*, in *Nature Climate Change*, 2019, 9, 801-903.

¹⁶⁴ E. Giacomelli, *Panicocene. Narrazioni su cambiamenti climatici, regimi di mobilità e migrazioni ambientali*, Milano, 2023.

¹⁶⁵ E. Bodström, *Illusions of objectivity*, cit.

¹⁶⁶ Trib. Ancona, decr. n. 3821/2021.

¹⁶⁷ Come sottolineato dalla Cassazione nelle COI allegate dal ricorrente a proposito delle condizioni climatiche del Paese di provenienza si osservava, tra l'altro, che «[i]l Pakistan... è il settimo paese al mondo più colpito dagli effetti del cambiamento climatico e negli ultimi 20 anni... ci sono stati 150 incidenti dovuti a alluvioni, incendi, inquinamento, scioglimento dei ghiacciai, una delle principali cause di flussi interni di

Come mostra l'esempio riportato il decisore opera un'ulteriore selezione delle informazioni ritenute rilevanti per la valutazione dell'attendibilità della narrazione del richiedente, e quindi del suo diritto alla protezione. Questa selezione, però, presenta un ulteriore punto problematico, che consiste nella necessità di contestualizzare l'informazione – anche selezionandola opportunamente da un insieme più ampio – nella vicenda umana del singolo individuo. Quindi non si tratta unicamente di controllare la veridicità dell'evento climatico avverso (che è soltanto il presupposto della motivazione), ma, soprattutto, il decisore dovrà individuare un significativo rapporto causale tra l'evento, o più spesso le sue conseguenze, che possono prodursi anche a distanza di tempo, e l'inasprimento delle condizioni di vita del richiedente, per queste ragioni indotto alla decisione migratoria, sul modello della decisione del Tribunale di Bologna, che ha indagato l'impatto diretto dell'esposizione del richiedente all'evento climatico avverso sulla decisione migratoria¹⁶⁸. Attraverso l'analisi della suddivisione dei paragrafi in cui si articolano le decisioni è stata evidenziata una cesura tra narrazione del richiedente protezione, ricognizione delle informazioni rilevanti e valutazione del caso concreto.

Un esempio di decisione che formalmente esamina le condizioni del Paese di provenienza, ma di fatto non procede all'individuazione di un nesso causale con la decisione migratoria del soggetto richiedente protezione è rappresentato dal decreto Trib. Genova 27 luglio 2022. La motivazione contiene una dettagliata disamina delle «condizioni di invivibilità dell'area di provenienza», ossia della situazione di inquinamento ambientale e di sfruttamento delle risorse petrolifere del Delta del Niger, definendola «profilo oggettivo», che viene tenuto separato dalla successiva ricostruzione del «profilo soggettivo» che nulla ha a che vedere con il concreto impatto dei problemi ambientali sulla vicenda migratoria del richiedente protezione (poi accordata): al riguardo, deve darsi atto della grave crisi ambientale che affligge tutta l'area del Delta del Niger, di cui fa parte anche il Delta State... Qui è presente l'olimpico del mercato del petrolio internazionale: Shell, Totale, Eni, Repsol, Bp, Chevron, Exxon Mobile, sono solo alcuni dei grandi nomi del settore operanti in quest'area... Un'immensa ricchezza di riserve che non corrisponde però ad altrettanto immensi vantaggi per la popolazione locale. Al contrario, quest'ultima vede soltanto briciole dall'attività estrattiva e, per giunta, deve anche convivere con un inquinamento ambientale sempre più evidente e deleterio.

Il Delta, dagli anni '50, assiste ad un progressivo deterioramento del proprio ecosistema, con ricadute tragiche per la popolazione dovuto non solo ai giacimenti, ma anche alle condutture vecchie ed inadeguate, alle dispersioni di greggio nel sottosuolo, alle emissioni di gas nell'aria. Malattie alla pelle, leucemie, tumori, un'aspettativa di vita più bassa rispetto al resto del paese, sono soltanto alcune delle più gravi conseguenze. Già nel 2011 il rapporto dell'UNEP, evidenziava come i nigeriani residenti nell'area del delta del Niger bevano acqua contaminata da benzene e che molti pozzi sarebbero ormai del tutto inquinati, ipotizzando che per bonificare l'area sarebbero necessari dai 25 ai 30

persone: ad esempio durante le alluvioni del 2010-2011 il 10% della popolazione del Pakistan ha dovuto spostarsi in altre zone interne al paese. La questione è più che mai attuale in quanto le alluvioni e gli allagamenti sono sempre più frequenti, come dimostrano gli eventi dell'aprile 2019 che hanno interessato la regione del Balochistan provocando diversi morti. Nelle stesse giornate sono state colpite anche l'area di Karachi e la provincia del Punjab».

¹⁶⁸ E. Fornalé, *À l'envers*, cit. Trib. Bologna n. 7334/2014 R.G.

anni. Le attività associate al settore petrolifero hanno avuto e continuano ad avere significativi effetti negativi sull'atmosfera, sul suolo, sulle acque superficiali e sotterranee, sull'ambiente marino e sugli ecosistemi terrestri. Lo smaltimento degli idrocarburi del petrolio e degli altri rifiuti derivati dalla produzione dello stesso causano inquinamento ambientale, con effetti dannosi per la salute umana, problemi socioeconomici e degrado nei nove Stati produttori di petrolio situati nella regione del Delta del Niger. I problemi associati alla ricerca ed alla produzione del petrolio includono fuoriuscite di petrolio, combustione di gas, gas metano liberato nell'aria anche senza combustione, discariche di rifiuti derivati dalla produzione di petrolio, contaminazione di sorgenti d'acqua, contaminazione del suolo, distruzione dei terreni agricoli e dell'ambiente marino.... Un approfondimento condotto nelle comunità degli stati Ondo, Delta e Rivers rivela come i conflitti legati al petrolio abbiano in realtà numerose sfaccettature. Il conflitto iniziale tra le comunità petrolifere, le compagnie petrolifere ed il governo nigeriano si è intensificato fino a diventare un conflitto all'interno e tra le comunità petrolifere stesse. Le persone sono messe l'una contro l'altra nella ricerca di benefici o di mezzi di sussistenza legati al petrolio. I benefici derivanti dal petrolio possono assumere la forma di contratti per la pulizia delle fuoriuscite di petrolio, sorveglianza degli oleodotti e di progetti di sviluppo. Alcuni attori locali controllano i pochi benefici che arrivano alle comunità dalle compagnie petrolifere e dal governo. Ma la maggioranza della popolazione è emarginata e cerca modi per combattere la propria esclusione da questi benefici e per poter sopravvivere. Le comunità locali escluse da questi benefici tendono a devastare ulteriormente l'ambiente già fragile e le risorse marine compiendo atti di vandalismo degli oleodotti. Altre invece sottraggono il petrolio e lo raffinano artigianalmente per venderlo al mercato nero. Queste attività provocano un circolo vizioso di degrado ambientale, povertà e conflitti¹⁶⁹.

Quello del Tribunale di Genova non è un caso isolato: tutte le rilevazioni empiriche condotte sulle decisioni¹⁷⁰ evidenziano che l'anello mancante è proprio l'individuazione del nesso causale tra incidenza del fenomeno climatico, inasprimento delle condizioni di vita e decisione migratoria del singolo, in assenza del quale la «scelta intertestuale» è configurata in modo da giustificare la decisione, e non in modo da orientarla, riassegnando così alla discrezionalità del decisore uno spazio che va ad incidere sulla legittimità del provvedimento; o, peggio, favorendo l'implementazione di uno specifico indirizzo politico in sede amministrativa e giurisdizionale.

5. Conclusioni. Dal punto di vista sociologico-giuridico il tema delle migrazioni climatiche si colloca all'intersezione di due prospettive, raramente sovrapponibili a causa dei diversi background, che in questo saggio si è cercato sommariamente di delineare: i diritti umani, di matrice eurocentrica, e le culture giuridiche non occidentali. Al centro di questo crocevia si collocano alcuni processi, quali il colonialismo, la modernizzazione, il progresso e la costruzione stessa dello Stato, estrinsecazione di una visione occidentale del mondo che ha storicamente determinato forti disuguaglianze sul piano economico e sociale, ed è stata riprodotta e, anzi, accentuata, dal più recente processo di globalizzazione.

¹⁶⁹ Decr. Trib. Genova 27/7/2022 <https://www.meltingpot.org/2022/09/protezione-speciale-a-richiedente-nigeriano-per-invivibilita-della-zona-di-provenienza-delta-del-niger-e-durissimo-percorso-migratorio/>.

¹⁷⁰ E. Bodström, *Illusions of objectivity*, cit.

Tale visione, che ha, anche involontariamente, improntato le strategie di governo dei flussi migratori messe in atto dai Paesi di destinazione, nel caso delle migrazioni climatiche, e della gestione sostenibile degli ecosistemi, è connotata da un ulteriore elemento, l'influenza del pensiero occidentale relativo al rapporto tra natura, umanità e società sui processi decisionali: un pensiero che è stato di volta in volta influenzato dai processi menzionati o, viceversa, ne è stato l'ispiratore, e che, anch'esso, non può essere acriticamente dato per scontato.

Il tentativo condotto in queste pagine ha inteso mostrare come la costruzione giuridica della questione delle migrazioni climatiche, al di là delle difficoltà di ordine tecnico, qui sommariamente messe in luce ma ampiamente trattate in altri contributi raccolti in questo stesso volume, abbia scontato, e rischi di continuare a scontare, una interpretazione «razionalizzata», antropocentrica e tipicamente occidentale del rapporto dell'uomo con l'habitat naturale e con il suo ambiente. Come tale, questa visione non solo non tiene in conto, ma di fatto trascura, o quantomeno sottovaluta, le concezioni non occidentali, espressioni di un pensiero centrato sulla natura che ha consentito alle popolazioni di sviluppare peculiari strategie di adattamento e resistenza a fenomeni climatici avversi che implicano forme di cooperazione e predisposizione di sistemi normativi che privilegiano le strumento delle norme sociali¹⁷¹ e che, grazie all'importanza che le comunità attribuiscono al «living in balance with the natural world» e a pratiche culturali che «are dependent on the continued health of the river»¹⁷², permette una gestione sostenibile delle risorse – nel senso della compatibilità del loro uso con i tempi riproduttivi, informazione tanto più preziosa quanto più consente a queste comunità di prevenire la maggior parte delle catastrofi ambientali – che la natura mette a disposizione.

Si tratta di concezioni caratterizzate da tratti fortemente comunitari e da principi distributivi che fungono da dispositivi di controllo sociale esterno perché fatti derivare da un'origine trascendente, mistica o propriamente religiosa delle risorse naturali: il dono come elemento distintivo e attributivo di un ruolo di preminenza all'interno della comunità, e il dono evocativo di un meccanismo distributivo egualitario ed esogeno, simbolizzato dalla «Natura», che determina condizioni ambientali favorevoli all'insediamento della comunità, archetipo, quest'ultimo, delle trasformazioni delle forme primitive di organizzazione sociale. In questo scenario anche i riti cerimoniali si sovrappongono ai cicli produttivi, in una fusione di spiritualità e «tecnologia» che riverbera i suoi effetti sull'ambiente e sui sistemi sociali. Un'interpretazione del peculiare rapporto di quelle comunità con l'habitat naturale, in primo luogo con gli eventi climatici, ma in definitiva con lo stesso concetto di «ostilità», alla luce di un apparato concettuale che appartiene in via esclusiva al diritto occidentale, e si estrinseca nelle sue strutture e nelle sue tecniche, appare oltremodo problematica, quando non fuorviante. Le molteplici criticità evidenziate nelle pagine che precedono appaiono tali perché si scontrano con un'oggettiva difficoltà di catalogare quei «diritti», dalle dimensioni –

¹⁷¹ R. Boelens, F. Apollin, *Irrigation in the Andean Community. A Social Construction*, Colombo, Sri Lanka, 1999, <http://www.iwmi.cgiar.org/respages/PGW/andeanbook.htm>. Gli studiosi descrivono in questo modo la costruzione sociale dei sistemi di irrigazione: «...il sistema di irrigazione...è una costruzione sociale in cui i gruppi, spesso portatori di interessi diversi, cooperano per costruire l'infrastruttura, organizzare e al contempo definire le norme per l'uso delle acque irrigue in base alle condizioni della zona e alle specifiche attitudini delle popolazioni».

¹⁷² H. Tanana, *Protecting tribal health from climate change*, cit., 124

individuale, collettiva, sociale, politica, culturale e ambientale – composite, ma comunque collettive, non orientate all'immediata soddisfazione materiale di bisogni individuali, ma che si configurano come pretese ad una equa condivisione di risorse prodotte con il metodo cooperativo, alla luce di una visione del mondo tipicamente occidentale, e quindi secondo una tipologia di diritti – umani, politici, economico-sociali, di terza generazione (parte integrante del diritto allo sviluppo, all'ambiente, ecc.), all'autodeterminazione politica e culturale della comunità – che di tale visione è il prodotto.

Abstract. Il saggio intende proporre una riflessione critica sull'applicazione degli apparati giuridici di matrice occidentale all'analisi del fenomeno delle migrazioni climatiche, di cui è sinteticamente ricostruito il background storico e socio-politico, quest'ultimo contestualizzato in epoca vittoriana. In particolare, sono messe in luce alcune criticità connesse alla chiave di lettura dei diritti umani, riconducibili alla mancata corrispondenza tra il pensiero giuridico occidentale, le culture giuridiche non occidentali e alla concezione del rapporto tra uomo, natura e società che esse esprimono, e le strategie di resistenza e adattamento che le popolazioni autoctone hanno sviluppato nei confronti di un habitat naturale reso ostile da eventi climatici avversi. Tali criticità sono analizzate nel contesto di alcune decisioni amministrative e giurisdizionali che riguardano migranti climatici richiedenti protezione, mettendo al contempo in evidenza il rilievo di questa modalità di decision making nell'implementazione delle politiche di gestione dei flussi eco-migratori.

Abstract. The essay aims to suggest a critical reflection on the claim of Western legal tools to the analysis of climatic migrations through their historical and socio-political background, formerly the Victorian era. In detail, some critical issues related to the key of human rights are discussed, in the light of the misalliance between Western legal thought, non-Western legal cultures and the outset of the relationship between man, nature and society that they express, and the strategies of resistance and adaptation that native communities have developed towards a natural habitat which has been made hostile by adverse climatic phenomena. These findings are scrutinized in the light of some administrative and judicial decisions concerning climate migrants seeking protection, while highlighting the status of this decision-making method in the implementation of eco-migration management policies.

Parole chiave. Migrazioni – clima – ambiente – colonialismo – modernizzazione – epoca vittoriana.

Key words. Migrations – climate – environment – colonialism – modernization – Victorian era

LE MIGRAZIONI AMBIENTALI E AL FEMMINILE IN PROSPETTIVA SOCIOLOGICA. ISTANZE DI SOSTENIBILITÀ, DIRITTI E VULNERABILITÀ DELLE DONNE MIGRANTI*

di Giulia Messere** e Maria Letizia Zanier***

Sommario. 1. Una lettura sociologica di genere dei processi migratori contemporanei. – 2. Migrazioni ambientali al femminile e *Agenda 2030*: gli obiettivi di sviluppo sostenibile nei diritti delle donne migranti. – 3. Il quadro socio-giuridico delle migrazioni climatico-ambientali. – 4. Il genere è neutro? La doppia vulnerabilità delle donne migranti climatiche.

589

1. Una lettura sociologica di genere dei processi migratori contemporanei. La sociologia delle migrazioni – in quanto parte della sociologia che si occupa dell'indagine e dell'analisi delle caratteristiche, delle cause e degli effetti che sottendono agli spostamenti di popolazioni nel tempo e nello spazio geografico – inquadra i fenomeni migratori sia come processi dotati di un'evoluzione (in cui sono insiti una serie di adattamenti e modifiche nel tempo) sia come sistemi di relazioni, siano queste tra le aree di partenza, di transito e di destinazione o tra le moltitudini di attori e istituzioni che in esse sono coinvolti¹. In questo senso, anche le migrazioni ambientali possono presentare caratteristiche che intersecano le differenti interpretazioni sui fenomeni migratori che insieme formano la cornice teorica della disciplina².

Nel corso degli anni, i percorsi migratori hanno mutato le loro direzionalità da fenomeni strettamente dettati da motivazioni di tipo economico a processi più specificamente individuabili in ragioni di spostamento dovute a spinte di sopravvivenza, molto spesso conseguenti a cause sovrastrutturali drammatiche tra cui guerre, conflitti e, non da meno, cause ambientali e climatiche.

Soprattutto negli ultimi decenni, i processi di globalizzazione in atto³ hanno imposto nuove

* *Sottoposto a referaggio*. Questo contributo fa parte del dossier di studi *La sfida della migrazione climatica*, a cura di Susana Borrás Pentinat e Angela Cossiri ed è frutto del Progetto CLIMOVE, finanziato dal programma di ricerca e innovazione Horizon 2020 dell'Unione Europea con l'accordo di sovvenzione Marie Skłodowska-Curie (H2020-MSCA-IF-2020) n. 101031252 dell'Università degli Studi di Macerata (Italia). Gli articoli riflettono solo il punto di vista degli autori e la REA non è responsabile dell'uso che può essere fatto delle informazioni in esso contenute. Il saggio rappresenta la sintesi di una riflessione congiunta tra le due autrici. Nella redazione, i paragrafi 1 e 2 sono attribuiti alla Dott.ssa Giulia Messere e i paragrafi 3 e 4 alla Prof.ssa Maria Letizia Zanier.

** Dottoressa di ricerca in Human Science, Psychology Communication and Social Science – Università di Macerata.

*** Professoressa Associata di Sociologia giuridica, della devianza e mutamento sociale – Università di Macerata.

¹ M. Ambrosini, *Sociologia delle migrazioni*, Bologna, 2020; M.L. Zanier e G. Messere, *Politiche migratorie e politiche sociali per gli immigrati*, in I. Crespi, M.L. Zanier (a cura di), *Migrazioni, processi educativi e percorsi di cittadinanza*, Busto Arsizio, 2020, 113-130.

² L. Zanfrini, *Introduzione alla sociologia delle migrazioni*, Bari, 2016; G. Albertini, *Migranti ambientali*, CESTIM, 2020.

³ U. Beck, *Che cos'è la Globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1997; J. Stiglitz, *Globalization and Its Discontents*, Torino, 2002; Z. Bauman, *Modernità liquida*, Bari, 2011.

classificazioni e nuovi parametri per definire l'immigrato non più solo come una sorta di *homo oeconomicus*⁴ migrante, generalmente lavoratore, maschio, inesperto e solo; al contrario, altre contingenze e circostanze hanno fatto emergere altrettante nuove forme di migrazioni tra cui, non minoritarie, le migrazioni ambientali e quelle al femminile, entrambe categorie che, nel corso degli ultimi anni, stanno configurandosi come centrali.

Seguendo la distinzione operata da Maurizio Ambrosini⁵, al fine di comprendere le migrazioni nel tempo e nello spazio, è utile ricorrere a una lente di osservazione che guarda alle tipologie di cause e di fattori che le generano in base a tre differenti prospettive: macro, meso e microsociologiche.

Le spiegazioni macrosociologiche, di tradizione e derivazione strutturalista e neomarxista, hanno inquadrato le migrazioni attraverso uno sguardo sistemico di cause strutturali che definiscono gli equilibri politico-economici tra le varie aree del pianeta in modo tale da determinare gli spostamenti degli esseri umani da zone del mondo svantaggiate a zone viste come più soddisfacenti in termini di bisogni e obiettivi economici e di sostentamento. In sostanza, queste teorie vedono nella «dipendenza» del Sud del mondo (inteso in termini economici e non necessariamente geografici) dal Nord del mondo⁶ la causa principale dell'approdo di intere popolazioni di lavoratori dalle periferie al centro economico del pianeta⁷.

A tali visioni macro-sistemiche si affiancano le teorie di matrice microsociologica, che individuano nelle scelte individuali la spinta a partire, prediligendo un meccanismo di valutazione dei costi-benefici che la migrazione può generare nella vita dei singoli individui o delle famiglie migranti⁸. Nell'intersezione tra queste due prospettive (macro e microsociologiche) si colloca un insieme intermedio di teorie meso che guardano al ruolo svolto dalle relazioni (familiari, amicali, di contatto, lavorative, e così via) e dalle reti, o *network*⁹ tra i soggetti migranti. Queste ultime possono innescare e fare da catalizzatore per progetti migratori individuali e/o collettivi, creando ponti sociali attraverso le frontiere in prospettiva transnazionale¹⁰.

All'interno di questa cornice, le cause della migrazione al femminile possono essere collocate nell'intreccio tra le tre matrici teoriche sopradescritte, dal momento che vengono dettate da fattori di spinta soggettivi, ma, allo stesso tempo, sono conseguenti a condizioni di vita economica non soddisfacenti o messe in crisi proprio dalle contingenze di natura climatica. L'insieme di questi fattori determina molteplici condizioni di vulnerabilità che caratterizzano le migrazioni al femminile nelle loro peculiarità, in quello che viene definito come il «doppio svantaggio» delle donne immigrate, in quanto donne e in quanto migranti¹¹.

⁴ J. S. Mill, *Saggi su alcuni problemi insoluti dell'economia politica*, 1844, ed. it. a cura di S. Parrinello, Milano, 1976.

⁵ M. Ambrosini, *Sociologia delle migrazioni*, cit.

⁶ S. Amin, *Accumulation on a World Scale: A Critique of the Theory of Underdevelopment*, New York, 1974; S. Amin, *Lo sviluppo ineguale. Saggio sulle trasformazioni sociali del capitalismo periferico*, Torino, 1977.

⁷ I. Wallerstein, *Il Sistema mondiale dell'economia moderna*, Bologna, 1982. Tra le prospettive strutturaliste vi sono anche quelle che considerano l'equilibrio tra domanda e offerta di lavoro immigrato nei paesi sviluppati che genera un dualismo nel mercato del lavoro, il quale tende ad attrarre i movimenti migratori o, ancora, della centralità delle città globali – da cui l'approccio teorico di S. Sassen – in cui l'attenzione viene rivolta alle metropoli globali, quali nodi strategici dell'economia internazionale. Si vedano in proposito: M. Piore, *Birds of Passage: Migrant Labour and Industrial Societies*, Cambridge, 1979 e S. Sassen, *Le città nell'economia globale*, Bologna, 1995.

⁸ J. Arango, *Explaining migration: A critical view*, in *International Social Science Journal*, 2000.

⁹ D. S. Massey, *Economic Development and international migration in comparative perspective*, in *Population and Development Review*, vol. 14, 3, 1988, 383-41.

¹⁰ M. Ambrosini, *Sociologia delle migrazioni*, cit.

¹¹ C.B. Brettel, R.J. Simon, *Immigrant women: An introduction*, in R.J. Simon e C.B. Brettel (a cura di), *International Migration. The Female Experience*, Totowa, 1986.

Nelle società contemporanee, il fenomeno della vulnerabilità sociale, che può colpire sia gli autoctoni sia le persone dal *background* migratorio, si connota per la sua complessità e non riguarda in modo esclusivo gli aspetti economico/materiali, dal momento che coinvolge diverse sfere della vita quotidiana di individui e famiglie. Complessivamente, la vulnerabilità si ricollega spesso al senso di insicurezza e alla percezione del rischio sociale e materiale, e le nuove forme di instabilità tendono a investire una quota sempre più ampia di cittadini¹². Tra le categorie sociali particolarmente deboli, gli immigrati – soprattutto quelli irregolari che non hanno accesso a uno status legale certo che ne riconosca la titolarità del soggiorno nel paese di destinazione – si distinguono dalle consuete fasce della popolazione autoctona a rischio di esclusione per la peculiare fragilità delle condizioni contingenti vissute. Questa situazione rende, di fatto, più arduo il percorso verso un riconoscimento dei diritti collegati alla cittadinanza sociale¹³. Le tematiche della cittadinanza, intesa come condizione *de jure*, ma anche, appunto, *de facto*, si ricollegano alla questione più generale delle pratiche di inclusione sociale e, in ultima analisi, all'eguaglianza formale e sostanziale dei cittadini per l'accesso e il godimento dei diritti umani, sociali e politici. «Essere e sentirsi» inclusi vuol dire essere e sentirsi membri di una comunità e, pertanto, partecipare attraverso pratiche di cittadinanza (*lived citizenship*)¹⁴.

In questo quadro, le donne con *background* migratorio nella loro vita quotidiana si trovano ad affrontare problematiche ancora più complesse e gravose rispetto agli uomini poiché l'appartenenza di genere funge da amplificatore della vulnerabilità e può comportare processi di esclusione che le relegano ai margini nell'accesso ai diritti sociali, che sono già intrinsecamente diritti «fragili»¹⁵.

2. Migrazioni ambientali al femminile e Agenda 2030: gli obiettivi di sviluppo sostenibile nei diritti delle donne migranti. Le vulnerabilità di genere¹⁶ sono particolarmente riscontrabili nelle migrazioni al femminile nel momento in cui si considerano i riferimenti alla tutela dei diritti legati al clima e al cambiamento climatico¹⁷.

Al fine di definire la migrazione ambientale (e con essa la sua dimensione di genere) e i diritti

¹² U. Beck, *Risk society: towards a new modernity*, London, 1992, trad.it *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

¹³ Per una discussione sul rapporto dialettico tra cittadinanza formale e cittadinanza sociale, si può fare riferimento a M. Ambrosini *Cittadinanza formale e cittadinanza dal basso. Un rapporto dinamico*, in *SocietàMutamentoPolitica*, 7(13), 2016, 83-102. Un esempio applicativo dell'esercizio della cittadinanza dal basso in un contesto abitativo ad alta densità immigratoria del nostro Paese si trova in M. Scocco, M. L. Zanier *Vulnerabilità e territorio. Uno studio sulla condizione dei residenti stranieri all'Hotel House di Porto Recanati tra questione abitativa, strutture familiari e reddito*, in *FuoriLuogo*, 2, 2022.

¹⁴ I. Camozzi, *Sociologia delle relazioni interculturali*, Bologna, 2019; M.L. Zanier, *Inclusione, discriminazione istituzionale e vulnerabilità sociale. Gli immigrati di fronte alla questione abitativa*, in L. Salvadeo, M. Savino, E. Scotti (a cura di) *Migrazioni e vulnerabilità. La rotta del Mediterraneo centrale*, Torino, 2021, 251-259.

¹⁵ La fragilità dei diritti sociali in relazione alla questione migratoria è data dal fatto che possono facilmente restare diritti «di carta», e cioè non superare o, addirittura, non arrivare alla fase dell'implementazione che li tradurrebbe in misure di politiche pubbliche fruibili da parte dei soggetti che ne sono i beneficiari, e questo si verifica in modo peculiare nel nostro Paese. Si veda in proposito F. Prina, *I processi di implementazione delle norme: dai diritti di carta ai diritti sostanziali*, in A. Cottino (a cura di), *Lineamenti di sociologia del diritto*, Bologna, 2019, 303-340.

¹⁶ *Supra*, par 1.

¹⁷ N. Chindarkar, *Gender and climate change-induced migration: proposing a framework for analysis*, in *Environmental Research Letters*, 7, 2012, 1-7; A.H.X. Goh, *A literature review of the gender-differentiated impacts of climate change on women's and men's assets and well-being in developing countries*, CAPRI Working Paper, Washington, D.C., 106, 2012, 1-38; P. Lama, M. Hamza, M. Wester, *Gendered dimensions of migration in relation to climate change*, in *Climate and Development*, vol. 13, 4, 2021, 326-336.

messi in crisi dal cambiamento climatico che vi si ricollegano, occorre tenere in conto i fattori macro-sistemici, come le crisi economiche alimentari, le devastazioni e le carestie, che si verificano sempre più frequentemente in tutto il mondo e in modo drammatico nei paesi in via di sviluppo, al punto tale da portare all'inquadramento di questo tipo di migrante come un vero e proprio «eco-profugo»¹⁸.

La migrazione climatica si riconnette alla questione migratoria di genere in quanto: «in molte società, tradizioni, condizionamenti culturali e leggi impediscono alle donne di possedere la terra, di avere accesso a risorse finanziarie, di accedere alla scolarizzazione, a programmi di formazione tecnica»¹⁹ e, in secondo luogo, poiché le donne si ritrovano maggiormente private nell'accesso alle risorse e ai mezzi che sono in grado di garantire l'effettiva e dignitosa sopravvivenza, sia in termini soggettivi che in termini economici. Come sottolinea C. Xausa – citando i dati del Global Gender Office: «la dimensione della vulnerabilità femminile comporta il rischio delle donne di incontrare la morte a causa di disastri ecologici 14 volte superiore a quello degli uomini»²⁰.

Le migrazioni al femminile sono state interpretate innanzitutto in chiave strutturalista, individuando le disparità fra paesi sviluppati e paesi in via di sviluppo come causa, appunto, strutturale dei processi migratori, nonché focalizzandosi su di un'aggravante, per così dire, nella migrazione di genere, che vede «un impoverimento [...] sul piano personale, emozionale e relazionale, in particolare della popolazione al femminile, costretta per motivi economici a lasciare i paesi d'origine rinunciando spesso ad affetti familiari e amore filiale»²¹. In questa direzione si muove l'analisi delle cosiddette «famiglie transnazionali»²² in cui: «i membri dell'unità familiare, e in modo particolare gli adulti, vivono in paesi diversi rispetto ai figli» e dove le donne migranti «segnano una discontinuità nei confronti del passato, quando a emigrare da soli erano eventualmente i padri»²³.

Nelle famiglie transnazionali, il ruolo della donna diventa primario e denota uno *status* accresciuto o di autonomia, in quanto può determinare, di volta in volta, l'equilibrio familiare e i ricongiungimenti dei nuclei frammentati in diverse aree del mondo. In questa direzione si muove la definizione del ruolo di *breadwinner* della donna migrante, promotrice di «catene migratorie al femminile, come pure di ricongiungimenti familiari rovesciati, in cui sono i

¹⁸ Sulla definizione di eco-profugo, si veda V. Calzolaio, *Ecoprofughi. Migrazioni forzate di ieri, di oggi e di domani*, Rimini, 2010. L'OIM (Organizzazione Internazionale per le Migrazioni) nel *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* del 2018, individua tre tipologie di migranti ambientali: *Environmental emergency migrant*: persona che migra temporaneamente a causa di disastri ambientali quali, ad esempio, uragani, tsunami, terremoti, e così via; *Environmental forced migrant*: persona costretta a partire a causa del deterioramento delle condizioni ambientali, quali deforestazione, salinizzazione delle acque dolci, e così via; *Environmental induced migrant*: chi sceglie di migrare in risposta a problemi che si vanno intensificando, come chi parte in risposta alla diminuzione della produttività agricola causata dalla desertificazione.

¹⁹ C. Mangia, *Genere e cambiamenti climatici*, in M.L. Paciello, T. Arrigoni, C. Mangia, L. Martinelli (a cura di), *Scienza, genere e società. Prospettive di genere in una società che si evolve*, Roma, 2015, 219.

²⁰ C. Xausa, *Cambiamento climatico, genere e intersezionalità: narrazioni r-esistenti alla climate fiction apocalittica*, in M.M. Coppola, A. Donà, B. Poggio, A. Tusello, *Genere e r-esistenze in movimento. Soggettività, azioni, prospettive*, Trento, 2020, 99. Interessante, da questo punto di vista, è la rassegna sulle rivendicazioni femministe intorno alle questioni ambientali che hanno generato movimenti di monitoraggio, tutela e attenzione nei riguardi della vulnerabilità, anche delle donne migranti, in chiave climatica.

²¹ M.L. Zanier, *Migrazioni al femminile: lineamenti e dimensioni di un fenomeno in transizione*, in M. I. Macioti, V. Gioia, P. Persano (a cura di), *Migrazioni al femminile. Identità culturale e prospettiva di genere*, Macerata, 2006, 27.

²² R. Parreñas, *Servants of Globalization. Women, Migration, and Domestic Work*, Stanford, 2001; L. Banfi, P. Boccagni, *Transnational family Life: one pattern of many, and why? A comparative study on female migration*, in E. Kofman, M. Kholi, A. Kraler, C. Schmoll (a cura di), *Gender, Generation and the Family in International Migration*, Amsterdam, 2009.

²³ M. Ambrosini, *Sociologia delle migrazioni*, cit., 152.

mariti a raggiungerle all'estero»²⁴.

In altri casi, per contro, la femminilizzazione delle migrazioni può condurre a isolamenti e ghettizzazioni: un esempio emblematico di queste derive è descritto nell'ambito degli studi che hanno approfondito il tema del lavoro di cura e di assistenza delle donne migranti in Italia, che è andato costituendosi sempre più come una sorta di «welfare invisibile»²⁵, determinando stereotipi, confinamenti socioculturali e nicchie occupazionali poco premianti. Il fenomeno delle migrazioni ambientali al femminile si configura, invece, come più strettamente legato a caratteristiche di spinta verso una migrazione forzata, dettata da cause che esulano dalla volontà soggettiva e, dunque, più riconducibili alle teorie macrosociologiche che guardano ai divari esistenti tra le aree del pianeta – i quali sono dovuti, in questo caso, alla crisi climatica generale – come fattori che conducono allo spostamento di intere popolazioni di profughi ambientali.

Seguendo i rapporti di Legambiente Italia: «secondo l'*Internal Displacement Monitoring Centre* (IDMC) durante il 2020 si sono registrati 40 milioni e mezzo di nuovi sfollati interni, di cui 30 milioni e 700 mila persone sono state obbligate a fuggire a causa di disastri ambientali; 9 milioni e 800 mila persone a causa di violenze e conflitti»²⁶, mentre nel 2021 il *Global Trend* (il rapporto statistico annuale dell'UNHCR²⁷) registra che: «89 milioni e 300 mila persone nel mondo sono state costrette ad abbandonare le proprie case in fuga da guerre, violenze, persecuzioni e altre motivazioni»²⁸ con un incremento dell'8 per cento rispetto al 2020. Riuscire a individuare, in questo largo universo migratorio dovuto a cause climatiche, le caratteristiche che portano a definire le migrazioni ambientali di genere, risulta in questo momento storico assai complicato e, allo stesso tempo, di grande interesse per le discipline che si occupano di studio e analisi dei fenomeni migratori.

Probabilmente, un inquadramento specifico del migrante ambientale nel novero di definizioni aggiornate e contemporanee rispetto ai mutamenti globali in corso permetterebbe, contestualmente, di delimitare in modo più preciso il fenomeno anche al femminile, nelle connotazioni che definiscono le donne migranti per ragioni ambientali e climatiche. Su questo aspetto, le migrazioni ambientali, con le loro cause ed effetti, trovano un'interessante intersezione con gli obiettivi dell'*Agenda 2030* delle Nazioni Unite²⁹, poiché il mancato rispetto dei diritti fondamentali legati a tali obiettivi costituisce, in parte, la ragione della spinta a partire di migranti ambientali e di donne nello specifico, la cui migrazione produce effetti tanto nei fenomeni migratori in senso lato quanto nei mutamenti dei riferimenti contestuali (familiari, affettivi, socioculturali) dei paesi di partenza. Se si guarda, ad esempio, all'obiettivo 5 dell'*Agenda* delle Nazioni Unite rivolto al raggiungimento dell'uguaglianza di genere, si comprende come questo sia determinato, a sua volta, dal perseguimento di altri obiettivi dirimenti dello sviluppo sostenibile, in particolare quelli rivolti alla lotta alla povertà (obiettivo 1), alla fame (obiettivo 2), alla salute e al benessere (obiettivo 3) e quello rivolto all'istruzione di qualità (obiettivo 5). Sono, questi, ambiti esistenziali strettamente legati a ribasso nella determinazione della condizione delle donne in molti paesi del mondo, definendosi dunque alla base della spinta a migrare nei contesti fragili e

²⁴ Ibidem, 133.

²⁵ M. Ambrosini, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile. Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, Bologna, 2013.

²⁶ F. Brandoni (a cura di), *I migranti ambientali. L'altra faccia della crisi climatica*, 2021, 7.

²⁷ UNHCR, *Global Trend. Forced displacement in 2021*, 2022.

²⁸ F. Brandoni (a cura di), *I migranti ambientali. Gli impatti della crisi climatica*, 2022, 12.

²⁹ C. Marino, *Profughi ambientali: cambiamenti climatici e nuove forme di migrazione forzata*, Castrovillari, 2017; F. Santolini, *Profughi del clima. Chi sono, da dove vengono, dove andranno*, Soveria Mannelli, 2019; ISTAT (a cura di), *Rapporto SDGS 2020. Informazioni statistiche per l'Agenda 2030 in Italia*, in ISTAT, *Lecture Statistiche – Temi*, 14 maggio 2020; ASVIS (a cura di), *Agenda 2030: un viaggio attraverso gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile*, 2021.

disconnessi dal punto di vista della parità di genere. In quest'ottica, la vulnerabilità delle donne migranti si ripercuote soprattutto sugli indici di povertà, che si riscontrano ben più alti nella popolazione femminile dei paesi in via di sviluppo, prendendo in riferimento «sia le donne capofamiglia che le donne in famiglie considerate non povere con capofamiglia uomo, a causa di una diseguale distribuzione di potere e risorse sia dentro che fuori la famiglia»³⁰.

Le migrazioni al femminile si intrecciano ai temi legati alla sostenibilità ambientale non solo nell'analisi degli obiettivi dell'*Agenda 2030*, la quale, invitando a «ridurre le disuguaglianze all'interno dei paesi e tra di essi e a «facilitare una migrazione ordinata, sicura, regolare e responsabile» (Obiettivo 10.7), ha posto l'uguaglianza di genere tra gli obiettivi per raggiungere «lo sviluppo sostenibile», ma anche nel tema della tutela dei diritti delle donne migranti, che ha visto una particolare declinazione nel *Global Compact per le Migrazioni*, adottato nel 2018, secondo cui gli Stati devono garantire che «le leggi, le politiche, i regolamenti e i programmi in materia di migrazione promuovano e proteggano i diritti umani di tutti i migranti»³¹.

Sul piano delle vulnerabilità, se, da un lato, la condizione delle donne migranti può ingenerare, in taluni casi, forme di riscatto e aumento dei livelli di autonomia ed emancipazione³², dall'altra parte si registrano sempre più frequentemente discriminazioni che incrociano lo status sociale, la classe di appartenenza e la complessiva relegazione in traiettorie di approdo socioeconomico definite, quali il lavoro di cura in ambito domestico o assistenzialistico³³. Discriminazioni, queste, che possono avvenire anche nelle dimensioni di quell'assimilazione al ribasso (*downward assimilation*) che determina livelli di inclusione tendenti a sottostimare le possibilità di riscatto e miglioramento nello status sociale ed economico da parte delle stesse migranti (nel caso specifico delle migrazioni di genere)³⁴.

La condizione femminile migrante ha conosciuto un ulteriore declino a seguito della pandemia da Covid-19³⁵ in relazione alle condizioni di vulnerabilità e precarietà, sia nei percorsi migratori sia nell'approdo verso i paesi di destinazione³⁶. Se a definire la vulnerabilità ambientale sono anche le condizioni di salute delle persone (ivi incluse i migranti e le migranti) e della relativa tutela, sarebbe opportuno interrogarsi su quali siano stati gli effetti (e quali potrebbero essere le soluzioni) della pandemia sulle donne e sulle migrazioni al femminile. A questo proposito, si sta cercando di rispondere con tentativi di analisi e di lettura del fenomeno più strutturati e incisivi, al fine di comprendere le sfumature specifiche di un fenomeno in larga crescita³⁷.

³⁰ C. Mangia, *Genere e cambiamenti climatici*, cit., 220.

³¹ M. Giampaolo, A. Ianni, *Genere e migrazioni*, FOCSIV, 2020, 3.

³² N. Bonora, *Donne migranti. Protagoniste attive nei processi di trasformazione*, in *Ricerche di Pedagogia e Didattica*, 6, 2011; M. Giampaolo, A. Ianni, *Genere e migrazioni*, cit.

³³ M. Ambrosini, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile. Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, cit.; M. Ambrosini, *Sociologia delle migrazioni*, cit.

³⁴ Il concetto di *downward assimilation*, introdotto da A. Portes e M. Zhou, elaborato inizialmente nello studio dei livelli di integrazione delle giovani generazioni di origine straniera figlie dei primo-migranti, indica un tipo di assimilazione tendente all'adesione a stili di vita oppositivi tipici delle minoranze autoctone e degli strati più svantaggiati della popolazione in un determinato contesto di riferimento. Si veda, al riguardo, A. Portes, M. Zhou, *The new second generation: Segmented assimilation and its variants*, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 530, 1993, 74-96.

³⁵ A. Marano, *Migrazioni climatiche ai tempi della pandemia*, in IDOS, *Dossier Statistico Immigrazione*, 2020.

³⁶ F. Poya, *Undocumented migrant women in Europe in the post-covid period: cases of Ireland, Malta and Poland and eu-wide implications*, in *European Network of Migrant Women* (briefing paper), 2023.

³⁷ Si cita, fra le altre, l'iniziativa promossa da ASGI a febbraio 2023, di indagine sui cambiamenti climatici e le migrazioni, all'interno del progetto Le rotte del Clima, promosso dall'Associazione culturale Systasis – Centro Studi per la prevenzione e la gestione dei conflitti ambientali.

Tornando al riferimento all'*Agenda 2030* delle Nazioni Unite³⁸, è interessante notare come molte delle caratteristiche che connotano i migranti e le migranti ambientali intersecano l'istanza di tutela di diritti fondamentali che, in prospettiva di genere, risultano interrotti o non perseguiti in maniera paritaria rispetto alla migrazione al maschile. La tutela del diritto allo studio e all'istruzione equa, ad esempio, o – non da meno – il tema legato al rapporto tra clima, alimentazione, diritto al cibo³⁹ e migrazioni di genere⁴⁰ sono alcuni dei versanti in cui le donne risultano particolarmente vulnerabili a spinte migratorie dettate dalla scarsità di risorse alimentari.

Su questo versante, la FAO registra che «circa il 60% della popolazione africana vive nelle zone rurali, in un sistema di coltivazioni agricole che coinvolge quasi il 70% delle donne. Le attività di coltivazione, raccolto e gestione delle risorse alimentari da parte delle donne in queste aree geografiche viene messa seriamente in crisi a fronte delle emergenze ambientali e climatiche dove, durante una carestia, per esempio, a seconda della sua entità, della scarsità di risorse e delle strategie per fronteggiarla, il ruolo delle donne nel fornire cibo e assistenza alla famiglia diventa ancor più critico, mentre esse rimangono spesso escluse dalla proprietà delle terre»⁴¹.

In questi complessi processi migratori per cause climatiche, la condizione femminile conosce un «impoverimento patito anche sul piano personale, emozionale e relazionale»⁴², introducendo la necessità di guardare alla migrazione climatica femminile come a un fenomeno di grande rilievo per la tutela dei diritti fondamentali in prospettiva di genere.

Il paragrafo che segue ha l'obiettivo di restituire una lettura del fenomeno attraverso un excursus socio-giuridico dell'evoluzione in atto nell'inquadramento del migrante ambientale. Questo può rappresentare un utile punto di partenza per il percorso verso il riconoscimento della tutela dei diritti fondamentali che la migrazione ambientale mette in crisi (o tenta di risolvere verificandosi) e, in questo senso, anche verso la tutela dei diritti specifici di genere che andrebbe a caratterizzare le *migranti climatiche*.

3. Il quadro socio-giuridico delle migrazioni climatico-ambientali. Storicamente, il grande volume di migrazioni causato dai cambiamenti climatici è avvenuto all'interno degli stessi confini nazionali, facendo sì che i migranti moltiplicassero, con il loro stesso spostamento, gli effetti negativi sull'ambiente, quali per esempio l'elevata densità abitativa e l'intenso sfruttamento del nuovo suolo ospitante. Le migrazioni interne rappresentano ancora la maggior percentuale di movimenti dovuti a cause ambientali, anche se spesso restano in sordina rispetto all'attenzione rivolta al fenomeno migratorio su scala mondiale proprio perché non coinvolgono l'Occidente⁴³. In epoca attuale, le migrazioni, definitive o temporanee, collegate alla *climate crisis*/*climate change* vedono intere popolazioni costrette a spostarsi non più soltanto in migrazioni interne, ma anche all'esterno dei confini nazionali in cui i disastri ambientali si verificano⁴⁴. Sul piano socio-giuridico, emerge chiaramente la vulnerabilità dei migranti climatici, per i quali risulta tuttora incompiuto un riconoscimento

³⁸ ASVIS (a cura di), *Agenda 2030: un viaggio attraverso gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile*, 2021.

³⁹ A. Cossiri, G. Messere, *Il cibo dalla Costituzione alle pratiche educative nel quadro delle politiche per la sostenibilità in Agricoltura, Istituzioni e Mercati*, 1-2, 2019, 5-29.

⁴⁰ S. Altiero, G. Murgia, *La maggiore vulnerabilità delle donne ai fattori ambientali di migrazione: il caso del Corno d'Africa*, in S. Altiero e M. Marano (a cura di), *Crisi ambientale e migrazioni forzate. Nuovi esodi al tempo dei cambiamenti climatici*, Associazione A Sud e Cdca – Centro Documentazione Conflitti Ambientali, 2018.

⁴¹ F. Brandoni (a cura di), *I migranti ambientali. Gli impatti della crisi climatica*, cit., 15.

⁴² M.L. Zanier, *Migrazioni al femminile: lineamenti e dimensioni di un fenomeno in transizione*, cit., 27.

⁴³ C. Marino, *Profughi ambientali: cambiamenti climatici e nuove forme di migrazione forzata*, Castrovillari, 2017.

⁴⁴ *Ibidem*.

ad hoc nella categoria dei rifugiati definita dalla Convenzione di Ginevra del 1951. Come è stato anticipato, la fragilità nella tutela da parte delle politiche sociali attuative della protezione internazionale pone questi particolari migranti a rischio di esclusione in ragione di alcune condizioni intrinseche quali, per esempio, l'accesso ai diritti collegati alla cittadinanza sociale, che vanno a sommarsi alle condizioni formali legate al loro status legale/illegale⁴⁵.

Molta parte dei flussi immigratori verso i paesi occidentali viene spinta a migrare per motivazioni di ordine multifattoriale, che assommano alle questioni strutturali legate al divario socio-economico tra paese di origine e luogo eletto a paese di destinazione, cause di tipo politico, razziale, culturale, religioso, bellico e climatico, tanto che molti studiosi sono concordi circa l'evidenza che una categorizzazione dei *push factor* eccessivamente rigida possa compromettere la potenzialità euristica dei modelli interpretativi, non restituendo la complessità dei fenomeni oggetto di analisi⁴⁶. A ciò va aggiunto che le condizioni di «migrante volontario» e di «migrante forzato» non sono naturali né definitive, mentre si caratterizzano per la loro fluidità, dal momento che si collocano ai due estremi del *continuum* ideale di ogni progetto migratorio e possono mutare in modo repentino, tendendo a confondersi per ragioni contingenti e imprevedibili⁴⁷. I migranti forzati, ancor più di quelli volontari, per le loro ulteriori condizioni di debolezza, sono esposti al rischio di diventare facili prede di sfruttatori e trafficanti di persone.

Tornando alle migrazioni climatico-ambientali, l'aumento del numero delle persone costrette a emigrare per mettersi al riparo dai disastri collegati all'emergenza climatica che possiamo, a pieno titolo, ricomprendere nella categoria dei migranti forzati, rende urgente una riflessione approfondita sul riconoscimento formale da parte della giurisdizione di questa tipologia di profughi e di potenziali rifugiati. I migranti, infatti, non sono tutti uguali: a ogni categoria giuridica corrispondono regole diverse per l'ingresso e il soggiorno e, soprattutto, diritti e livelli di protezione diversi, in uno scenario in cui la posizione del migrante ambientale/climatico non risulta affatto chiara⁴⁸. Senza una tutela legale *ad hoc* né una protezione internazionale, queste persone sono condannate a rimanere in un limbo senza diritti e vengono, di fatto, escluse della tutela sancita dal principio di *non-refoulement*⁴⁹.

Nonostante la dimensione globale, non esiste ancora un *corpus* legislativo specifico e organico, mentre si rende necessario delimitarne lo status estendendo la Convenzione di Ginevra del 1951 ai cosiddetti «rifugiati climatici», che oggi rappresentano una categoria non riconosciuta

⁴⁵ M. Scocco, M.L. Zanier, *Vulnerabilità e territorio. Uno studio sulla condizione dei residenti stranieri all'Hotel House di Porto Recanati tra questione abitativa, strutture familiari e reddito*, cit.

⁴⁶ M. Ambrosini, *Sociologia delle migrazioni*, cit.

⁴⁷ M.L. Zanier, G. Messere, *Politiche migratorie e politiche sociali per gli immigrati*, cit.

⁴⁸ Si veda C. Scissa, *Migrazioni ambientali tra immobilismo normativo e dinamismo giurisprudenziale: Un'analisi di tre recenti pronunce*, in *Questione Giustizia*, 2, 2021, 6, dove l'Autrice effettua una rassegna sulla posizione giuridica del migrante ambientale in cui vengono discussi diversi casi di pronunce rispetto all'individuazione delle cause di tipo ambientale che possono determinare alcune migrazioni forzate. Ne è un esempio tra tutti, il caso del rigetto da parte del Tribunale di Ancona della richiesta di asilo da parte di un migrante di origine nigeriana, proveniente dal territorio della foce del delta del Niger. Questa zona del paese africano è rinomata per le grandi risorse di gas e petrolio prevalentemente sfruttate nell'ambito di sistemi economici di natura neocoloniale da paesi occidentali. Benché tali problematiche siano da tempo ben conosciute, dal momento che rendono difficile la vita locale e determinano un *push factor* verso le migrazioni, il giudice ha ritenuto irrilevanti le cause ambientali e ha rigettato la richiesta di asilo. Sul rigetto si è successivamente pronunciata la Corte di Cassazione (ordinanza n. 5022/21) accogliendo il ricorso e riconoscendo il diritto alla protezione umanitaria, ponendo l'accento sul disastro ambientale come violazione del nucleo inderogabile dei diritti fondamentali (diritto alla vita, alla libertà, all'autodeterminazione).

⁴⁹ L'articolo 14 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 sancisce il diritto di richiesta d'asilo al fine di evitare le persecuzioni nel proprio paese di origine: nessun rifugiato può vedersi respinto da un Paese nel caso in cui la propria vita e la propria libertà siano seriamente compromesse dal rientro nel Paese di origine.

ufficialmente né dalla Convenzione né dal rispettivo Protocollo supplementare del 1967. Sono state definite soltanto alcune aperture rispetto ai rifugiati ambientali, per esempio, attraverso la direttiva UE n. 55/2001, recepita dal nostro ordinamento giuridico attraverso il d.lgs. n. 85/2003 che, seppure non riporti un riferimento esplicito agli eventi catastrofici di natura ambientale come concausa ai fini del riconoscimento della protezione internazionale, ha ampliato la categoria di «flusso massiccio di sfollati» che ricomprenderebbe oggi anche i migranti climatici. All'immobilismo normativo in materia di migrazioni ambientali fa da *pendant* un relativo dinamismo giurisprudenziale con la creazione di un nuovo filone che ha portato all'ammissione di forme di protezione internazionale con un'interpretazione evolutiva e dinamica delle norme in materia di diritti umani⁵⁰. Più nel dettaglio, l'istanza per un riconoscimento giuridico del «rifugiato climatico», prodromico all'accesso ai diritti sociali e politici, ha conosciuto interessanti sviluppi nell'ambito di alcuni casi nazionali e internazionali recenti come, per esempio, un'ordinanza del Tribunale di l'Aquila del febbraio 2018, il caso *Teitiota v. Nuova Zelanda* presso il Comitato ONU dei diritti umani del 2020 e l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 5022/2021, che hanno trattato problematiche relative alla protezione dei rifugiati per motivi climatici, sancendo la legittimità dei rischi dovuti a eventi catastrofici globali come causa attuale o futura di lesione dei diritti umani. In particolare, il sopracitato – e paradigmatico – caso *Teitiota v. Nuova Zelanda* merita qui un approfondimento poiché, con la decisione del 7 gennaio 2020, il Comitato per i diritti umani dell'ONU ha ammesso che gli effetti del mutamento climatico possono determinare una violazione del diritto alla vita e del divieto a infliggere trattamenti inumani o degradanti; inoltre, in modo assolutamente innovativo, ha sancito che il rischio di subire tali effetti nel paese di provenienza comporta il divieto di respingimento da parte di paesi terzi⁵¹.

In estrema sintesi, la vicenda riporta al caso del sig. Teitiota, cittadino della Repubblica di Kiribati, un atollo del Pacifico, a cui la Nuova Zelanda aveva negato il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra, benché gli impatti diretti e indiretti dell'innalzamento del mare e le conseguenti continue e periodiche inondazioni impedissero a lui e alla sua famiglia di trarre i mezzi per un'adeguata sussistenza e ne mettessero a repentaglio la sopravvivenza, la sicurezza abitativa, l'esercizio della vita quotidiana e la salute. A seguito del rimpatrio nel paese di origine, Teitiota si è rivolto al Comitato ONU, che ne ha accolto il ricorso ritenendo che gli effetti del cambiamento climatico, in assenza di efficaci misure nazionali e internazionali, possano esporre gli individui alla violazione del diritto alla vita e al divieto di trattamenti inumani o degradanti, sancendo il divieto di respingimento⁵². Nell'approfondire ulteriormente, l'impatto della decisione *Teitiota* sulle prassi e sulla giurisprudenza nazionale e internazionale⁵³ rileva che il Comitato ONU ha riconosciuto che, senza interventi decisivi degli Stati, il cambiamento climatico renderà inabitabile l'arcipelago di Kiribati nell'arco di dieci o quindici anni a causa dell'innalzamento del livello del mare,

⁵⁰ C. Scissa, *Migrazioni ambientali tra immobilismo normativo e dinamismo giurisprudenziale: Un'analisi di tre recenti pronunce*, cit.

⁵¹ M. Castiglione, *La decisione del Comitato ONU dei diritti umani nel caso Teitiota c. Nuova Zelanda. Dal divieto di respingimento dei migranti ambientali al riconoscimento della categoria dei rifugiati ambientali?*, in *ADiM BLOG, Analisi e Opinioni*, marzo 2020, 1-8.

⁵² Ma, come osserva Castiglione: «deve ridimensionarsi, forse, il troppo ottimismo di coloro che hanno visto (o sperano di vedere) in questo precedente la possibilità per il riconoscimento della categoria (non giuridica) dei rifugiati ambientali: il Comitato ONU rende la sua decisione in un'ottica di diritto internazionale dei diritti umani e in alcun modo entra nel merito dei criteri per la qualifica di rifugiato secondo il diritto internazionale» (*Ibidem*).

⁵³ A. Del Guercio, *Una governance integrata della mobilità umana nel contesto del cambiamento climatico. Spunti di riflessione a partire dalla decisione Teitiota del Comitato per i diritti umani*, in *Diritto Pubblico Europeo. Rassegna online*, 1, 2022, 334-378.

dell'erosione delle coste e le delle inondazioni. Questa situazione globale andrà a ripercuotersi sulla vita delle persone che abitano in zone particolarmente esposte agli eventi climatici estremi, negando loro la possibilità di una vita sicura e dignitosa. «Il Comitato ammette che l'innalzamento del livello del mare renderà inabitabile l'arcipelago di Kiribati. Tuttavia, ritiene che il governo del Paese, con il supporto della Comunità internazionale, abbia a disposizione del tempo per adottare *«affirmative measures to protect and, when necessary, relocate its population»*⁵⁴. Dunque, la decisione ammette che, in assenza di misure adeguate a fronteggiare il cambiamento climatico, qualora esso esponga le persone al rischio di subire violazioni delle situazioni giuridiche soggettive sancite dall'*Accordo di Parigi*, potrà trovare applicazione il principio di *non-refoulement*. Inoltre, la condizione di estrema indigenza e, dunque, di vulnerabilità socioeconomica, del ricorrente viene a configurarsi un parametro di violazione della garanzia a una vita dignitosa, posto all'attenzione dal Comitato.

Nonostante i limiti temporali evidenziati, la portata innovativa del provvedimento risulta fuori discussione, dal momento che esso richiama l'attenzione sulla questione degli effetti dei cambiamenti climatici nella configurazione dei *push factors* delle migrazioni, oltre che sulla cooperazione internazionale come attore strategico per la promozione di interventi di mitigazione e di contrasto.

Sul piano nazionale, la questione del riconoscimento dei diritti dei migranti climatici trova un'interessante intersezione con l'evoluzione in materia di concessione del permesso di soggiorno per calamità naturali, presente prima nel d.l. n. 113/2018 (*Decreto Salvini*) e anziché che nelle successive modifiche apportate dal d.l. n. 130/2020 (*Decreto Lamorgese*). Entrambi i decreti hanno, infatti, esteso il riconoscimento del permesso di soggiorno ai cittadini di origine extracomunitaria per ragioni climatiche/ambientali. Mentre il primo consentiva queste possibilità a situazioni di calamità e crisi contingenti ed evidenti, a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 130/2020 la calamità è stata qualificata come grave anziché contingente ed eccezionale, consentendo così di dare rilevanza anche a situazioni ormai statiche e consolidate (desertificazione, innalzamento del livello del mare, e così via), oltre che a quelle repentine (alluvioni, inondazioni, uragani)⁵⁵.

In conclusione, la lotta al cambiamento climatico è in grado di consentire alla popolazione di esercitare un'opzione tra restare a vivere nel paese di origine o mettere in atto un progetto migratorio. Tuttavia, vanno ancora individuate soluzioni e messi a punto strumenti internazionali per regolamentare questo tipo di mobilità e non abbandonare i migranti climatico/ambientali in un limbo giuridico. Purtroppo, nello scenario nazionale e internazionale attuale, l'impianto normativo complessivo non sembra ancora giunto a una definizione specifica, integrata e definitiva della figura del migrante climatico/ambientale.

4. Il genere è neutro? La doppia vulnerabilità delle donne migranti climatiche. Alcune ricerche recenti si sono poste l'obiettivo di individuare i possibili collegamenti tra le istanze di sostenibilità, l'accesso ai diritti e la specifica vulnerabilità sociale delle donne migranti per motivi climatici⁵⁶. Infatti, la dimensione dell'appartenenza di genere non è influente rispetto

⁵⁴ Ibidem, 351.

⁵⁵ C. Scissa, *Migrazioni ambientali tra immobilismo normativo e dinamismo giurisprudenziale: Un'analisi di tre recenti pronunce*, cit.; E. Rossi, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in *Quaderni Costituzionali*, *Rassegna*, 1, 2021.

⁵⁶ N. Chindarkar, *Gender and climate change-induced migration: proposing a framework for analysis*, cit.; A.H.X. Goh, *A literature review of the gender-differentiated impacts of climate change on women's and men's assets and well-being in developing countries*, cit.; P. Lama, M. Hamza, M. Wester, *Gendered dimensions of migration in relation to climate change*, cit.

alle esperienze, ai bisogni e alle priorità di chi emigra sotto la spinta dei mutamenti climatici e degli eventi estremi collegati alle emergenze ambientali.

Come è stato discusso nel contributo, le donne migranti rientrano tra le categorie che si trovano a sperimentare condizioni di vita particolarmente soggette alla vulnerabilità sociale. La popolazione femminile e migrante può subire molteplici forme di discriminazione: mediamente le donne rispetto agli uomini – soprattutto quelle che vivono in contesti del mondo meno privilegiati – tendono a essere più povere e meno istruite, oltre ad avere uno status di salute più precario per problematiche legate all'accesso alle cure e alla condizione femminile in genere. Infine, di solito non dispongono liberamente delle risorse naturali e della relativa proprietà, che rappresentano prerogative maschili.

Gli eventi climatici estremi che si verificano nel Sud del mondo fungono da amplificatori di tali vulnerabilità, che sono diffuse prevalentemente, ma non solo, nei contesti culturali tradizionali, dal momento che le relazioni di genere improntate a forme più profonde di disparità limitano o, addirittura, impediscono l'accesso a risorse già intrinsecamente scarse. E ancora, le capacità adattive e reattive rispetto a situazioni di difficoltà dipendono da fattori come il reddito disponibile, l'istruzione, la salute, l'accesso alle risorse naturali. Per fare un esempio, il mutamento climatico presenta un impatto negativo sulla produzione del cibo e sulla disponibilità d'acqua, e tali carenze si riflettono più negativamente sulle donne e sulla loro nutrizione rispetto a quanto avviene per gli uomini, considerato il loro status di inferiorità in ambito familiare nelle economie agricole di matrice tradizionale⁵⁷. In questo modo, l'appartenenza di genere può influire sull'incremento dello status di vulnerabilità che determina, a sua volta, la probabilità di intraprendere un progetto migratorio – volontario o forzato – sulla spinta del cambiamento climatico. Come conclude in modo efficace Chindarkar⁵⁸, le migrazioni indotte dai mutamenti ambientali e climatici rappresentano un fenomeno fortemente condizionato dell'appartenenza di genere e incorporato (*embedded*) nell'ambito degli altri sistemi sociali. Un fenomeno, tra l'altro, fortemente proiettato al futuro come continuativo e inarrestabile, soprattutto laddove la migrazione ambientale sarà dettata da cambiamenti non più solo repentini e drastici, ma anche durevoli nel tempo e meno impattanti, ma non meno invasivi, come quelli generati dal progressivo surriscaldamento globale o dalla progressiva mancanza di risorse idriche⁵⁹, motivo per cui promuovere una riflessione sul riconoscimento giuridico del migrante (e della migrante) ambientale permette di individuare sistemi di protezione e tutela che possano perdurare nel tempo e riguardare tutte le forme di spinta alla migrazione dettata da ragioni climatiche e ambientali.

Allo stesso tempo, come sottolinea C. Mangia: «L'innovazione di genere nell'ambito della ricerca in campo ambientale richiede di intersecare il genere con altri fattori sociali quali la gestione del potere, il reddito, il percorso formativo, la posizione geografica e non può limitarsi ad una mera analisi di confronto tra i comportamenti di uomini e donne, tra la vulnerabilità di uomini e donne»⁶⁰. Ciò sta a significare che la migrazione ambientale, come tutte le migrazioni, produce effetti, conseguenze e cambiamenti non solo nei sistemi sociali di partenza, ma anche in quelli di destinazione⁶¹ e che anche in questi ambiti si gioca la sfida della tutela dei diritti e la lotta alle vulnerabilità. Su tale aspetto, uno sguardo alle politiche migratorie di genere europee e nazionali aiuta a comprendere l'importanza della considerazione dell'universo femminile migrante, soprattutto nel nostro Paese dove il destino

⁵⁷ G. Albertini (a cura di), *Donne, cibo e migrazioni ambientali*, Milano, 2021.

⁵⁸ N. Chindarkar, *Gender and climate change-induced migration: proposing a framework for analysis*, cit.

⁵⁹ *Ibidem*; A.H.X. Goh, *A literature review of the gender-differentiated impacts of climate change on women's and men's assets and well-being in developing countries*, cit.

⁶⁰ C. Mangia, *Genere e cambiamenti climatici*, cit.

⁶¹ M. Ambrosini, *Sociologia delle migrazioni*, cit.

nell'accoglienza e nell'integrazione è ancora spesso confinato in ambiti di welfare sociale e familistico⁶² poco considerevole di tutta una serie di istanze che emergono dall'essere donne, e oltre che donne migranti⁶³.

Le politiche sociali per i migranti, che rispondono agli obiettivi di inclusione socioculturale spesso più incisivamente delle cosiddette politiche migratorie ovvero istituzionali⁶⁴, potranno forse contribuire a colmare un vuoto definitorio e di analisi di un fenomeno in forte crescita da questo punto di vista, tenendo conto, non da ultime, delle innumerevoli possibilità di sviluppo di una società inclusiva a partire dal mondo migrante femminile, dal suo protagonismo sociale e culturale nonché politico⁶⁵. Nel rivalutare il ruolo attivo delle donne nel cambiamento dei processi sociali di inclusione, a partire dalla tutela dei diritti e dal contrasto alle vulnerabilità femminili, può essere determinante una definizione delle migrazioni ambientali che comprenda anche una tutela giuridica specifica, nonché una ridefinizione delle caratteristiche e delle istanze di bisogno, anche nei paesi di accoglienza, dei migranti e delle migranti ambientali,

A queste istanze può rispondere, tra gli altri settori interessati all'inclusione migrante in Italia, il Sistema di Accoglienza e Integrazione, considerando l'inflessione generata nella tutela dei rifugiati e richiedenti asilo (anche nella popolazione femminile di questa categoria di migranti) dalle recenti modifiche in materia di riconoscimento della protezione speciale internazionale apportate dall'ultimo d.l. n. 20/2023 (denominato *Decreto Cutro*), il quale ha confermato il venir meno del regime della protezione speciale o umanitaria (già abolita dal d.l. n. 113/2018), che riconosceva una protezione umanitaria anche alle donne, ad esempio, in stato di gravidanza o, in generale, ai migranti in condizioni di vulnerabilità specifiche non precisamente riconducibili al riconoscimento della protezione internazionale⁶⁶. Quanto tali restrizioni, rispondenti alle direzioni delle politiche normative che, negli ultimi anni, tendono sempre più verso un restringimento delle possibilità di apertura verso i migranti, potranno incidere sulle prospettive del riconoscimento delle migranti climatiche, dipenderà anche dall'evoluzione definitoria normativa e di prassi, nonché dall'implementazione dei sistemi di tutela rispetto alle criticità delle migrazioni di genere, degli anni a venire.

Abstract. Le migrazioni ambientali rivestono un grande interesse negli studi sociologici nell'inquadramento delle cause e dei fattori di spinta (*push factors*) che le determinano, di tipo climatico e ambientale, insieme alle diverse spiegazioni teoriche di tipo macro, micro e mesosociologico che la disciplina applica allo studio delle migrazioni. Allo stesso tempo, negli ultimi anni, le migrazioni al femminile hanno ricevuto un'ampia attenzione a seguito dell'incremento sostanziale della componente femminile, anche primo-migrante, che intraprende un progetto migratorio in prospettiva individuale e/ o familiare. Interessante è, da questo punto di vista, l'articolazione delle questioni di genere e dei diritti di genere a esse legati intorno agli obiettivi dell'*Agenda 2030* dell'ONU, che ben intersecano la condizione femminile alle istanze di sviluppo sostenibile, collegando i diritti fondamentali (istruzione, nutrizione, accesso alle risorse primarie, lavoro) al miglioramento delle condizioni di vita nei

⁶² *Supra*, par. 1 e 2.

⁶³ M. Giampaolo, A. Ianni, *Genere e migrazioni*, cit.; M. Ambrosini, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile. Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, Bologna, 2013.

⁶⁴ M.L. Zanier, G. Messere, *Politiche migratorie e politiche sociali per gli immigrati*, cit.

⁶⁵ M. M. Coppola, A. Donà, B. Poggio, A. Tuselli (a cura di), *Genere e r-esistenze in movimento. Soggettività, Azioni, Prospettive*, Trento, 2020.

⁶⁶ E. Rossi, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in *Quaderni Costituzionali, Rassegna*, 1, 2021.

paesi svantaggiati e nei percorsi migranti. Il contributo propone una rassegna delle principali teorie che spiegano le migrazioni al femminile, nello specifico, nel novero delle migrazioni ambientali al fine di integrare in prospettiva sociologica lo studio di un fenomeno contemporaneo complesso e di grande rilievo sul piano analitico. A ciò si coniuga una discussione di matrice socio-giuridica intorno alle dimensioni normative che possono incidere sulle pratiche dell'inclusione o dell'esclusione di una categoria sociale particolarmente esposta alla vulnerabilità.

Abstract. Environmental migrations are of great interest in sociological studies in the framing of their climatic and environmental causes and push factors, of climatic and environmental kind, along with the various macro, micro, and meso-sociological theoretical explanations that the discipline applies to the study of migrations. At the same time, in recent years female migrations have received wide attention following the significant increase in the female component, even the early migrant who undertakes a migration project from an individual and/or family perspective. Interesting, from this point of view, is the articulation of gender issues and related gender rights around the UN *Agenda 2030* goals, which well intersect the status of women with instances of sustainable development, linking fundamental rights (education, nutrition, access to primary resources, employment) to improving living conditions in disadvantaged countries and migrant pathways. The essay proposes a review of the main theories that explain female migrations, specifically environmental migrations, in order to integrate the study of a complex contemporary phenomenon of great analytical importance in a sociological perspective. This is coupled with a socio-legal discussion about the normative dimensions that may affect the practices of inclusion or exclusion of a social category particularly exposed to vulnerability.

Parole chiave. migrazioni ambientali – crisi climatica – diritti – sostenibilità – genere – vulnerabilità.

Abstract. environmental migrations – climate crisis – rights – sustainability – gender – vulnerability.

LE DONNE SEGUONO. CITTADINANZA DI SANGUE ED EMIGRAZIONE FEMMINILE NEL CODICE DELL'ITALIA LIBERALE. UNA RIFLESSIONE*

di Ninfa Contigiani**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. La cittadinanza di sangue nel Codice civile (e la sua assenza dallo Statuto). – 3. La famiglia tradizionale come *prius* logico e la parentela di sangue come modello identitario nazionale (art. 48 c.c. 1865). – 4. La cittadinanza di sangue e gli «Italiani stranieri». 5. Il conflitto di cittadinanza. 6. – I tratti permanenti dell'emigrazione femminile. 7. – Conclusione.

602

1. Introduzione. L'Italia liberale scelse come suo primo modello di cittadinanza lo *Ius sanguinis*.

Fu una scelta legata anche ai significati simbolici che il sangue poteva restituire come carattere originario ed elemento fondativo dell'«italianità», come giuristi e legislatori la definirono. Coerentemente anche il modello familiare adottato fu quello dei legami parentali di sangue. La cittadinanza di sangue fu certamente una scelta legata al momento dello *State building* ma con uno sguardo «statico», focalizzato prima di tutto su cosa eravamo in quel momento, mentre uno sguardo aperto sul futuro e le sue potenzialità economiche e sociali fu quello dei paesi che scelsero lo *Ius soli* che guarda al futuro dinamicamente, accettando la possibilità del cambiamento.

Collocata nel Codice civile del 1865 la disciplina della cittadinanza ebbe l'altra faccia della medaglia nella condizione giuridica dello straniero. Entrambe furono definite attorno alle libertà individuali borghesi, secondo i connotati propri dell'età liberale che spiegano anche il perché tale disciplina non si trovasse nello Statuto. Nella Costituzione c'erano le premesse a diritti veri e propri che, per diventare tali, avrebbero dovuto essere definiti in un'apposita legge ed inoltre il Codice ebbe valore costituzionale di fatto¹.

La scelta fu in parte astrattamente identitaria ma la valutazione dell'istituto della cittadinanza e della sua articolazione passò presto per il filtro ben invadente delle ricadute effettive sul fenomeno dell'emigrazione evidenziandone le contraddizioni. Ciò perché, per il combinato disposto delle politiche migratorie di altri Stati con quelle attuate con il Codice Pisanelli, molto spesso, successe che lo straniero fosse proprio l'italiano emigrato con tensioni tra ordinamenti giuridici e contrasti con i propri cittadini che perdurarono a lungo².

* *Sottoposto a referaggio*. Questo contributo fa parte del dossier di studi *La sfida della migrazione climatica*, a cura di Susana Borrás Pentinat e Angela Cossiri ed è frutto del Progetto CLIMOVE, finanziato dal programma di ricerca e innovazione Horizon 2020 dell'Unione Europea con l'accordo di sovvenzione Marie Skłodowska-Curie (H2020-MSCA-IF-2020) n. 101031252 dell'Università degli Studi di Macerata (Italia). Gli articoli riflettono solo il punto di vista degli autori e la REA non è responsabile dell'uso che può essere fatto delle informazioni in esso contenute. Il saggio mantiene lo stile di una riflessione interlocutoria. Un ringraziamento per l'occasione va alla Prof.ssa Angela Cossiri quale capofila.

** Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Macerata.

¹ M. Fioravanti, *Il valore della Costituzione: l'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, 2009, 3-62 *passim*.

² G. Tintori, *Nuovi italiani e italiani nel mondo. Il nodo della cittadinanza*, in P. Corti e M. Sanfilippo (a cura di), *Storia d'Italia*, Annali, vol. 24: Migrazioni, Torino, 2009, 743-764, spec. 743-745.

Il Regno d'Italia visse già dai primi anni dell'Unità una perdita di sudditi verso altri Stati continentali (verso la Francia, la Germania, la Svizzera per lo più) ma a fine secolo il fenomeno cambiò di dimensione e di significato in quanto si aprirono le rotte atlantiche e si ebbe la grande migrazione diretta verso le Americhe, prima l'Argentina e il Brasile alla ricerca di manodopera e poi gli Stati Uniti che avevano abolito la schiavitù.

Tra l'ultimo quarto dell'Ottocento e gli anni Settanta del Novecento il fenomeno migratorio portò fuori dal nostro Paese circa 30.000.000 Italiani che cercarono fortuna altrove, partendo da tutte le nostre Regioni per un'emigrazione di massa che coinvolse famiglie intere dando vita ad una emigrazione che per dimensioni e durata forse non ha avuto pari in altre esperienze nazionali. All'Unità la popolazione italiana era minore³.

Partirono milioni di contadini, espulsi dalla crisi agraria del 1887 e messi ancora più in difficoltà dalle politiche protezionistiche, ma anche piccoli artigiani e piccoli proprietari legati all'economia preindustriale, partirono girovaghi e braccianti per fuggire dall'estrema miseria. Partirono per lo più uomini, i capifamiglia o i figli maschi adulti ma in numero notevole anche minori. Lo sfruttamento del lavoro minorile fu anche in patria strutturale all'avvio del sistema industriale come ci dice la prima legge sociale del Regno d'Italia, quella legge Berti che nel 1886 fu dedicata alla tutela del lavoro fanciulli, impiegabili dai nove anni nelle cave, nelle miniere, negli opifici⁴.

In questo passaggio la cittadinanza di sangue, innervata di tradizionalismo – in un contesto di nazionalismo e colonialismo⁵, divenne prima lo strumento di una «riterritorializzazione» poi, in particolare con l'inizio del Novecento anche lo strumento per tentare politiche di espansione economica⁶.

Così, alla legge Crispi del 1888 che potrebbe esser in senso lato considerata la prima legge

³ La prima statistica che dichiara i numeri del fenomeno è del 1871, gli albori di quello che diverrà un vero e proprio esodo. Sulla stortura provocata dalle statistiche ufficiali dell'epoca che inserivano le donne sotto la generica dizione di «casalinghe» procurando nella storiografia fino agli anni Novanta del Novecento un *trompe l'oeil* per cui non si valutarono e riconobbero le tante diverse condizioni nel paese di partenza come nei paesi di arrivo delle donne italiane migranti, M. Tirabassi, *Trent'anni di studi sulle migrazioni di genere in Italia. Un bilancio storiografico*, in *Lontane da casa. Donne italiane e diaspora globale dall'inizio del Novecento a oggi*, Torino, 2015, 19-39, open access in <http://books.openedition.org/aaccademia/891>, 6 novembre 2023.

⁴ L.n. 3657/1886. Il limite d'età si legava, come chiaramente detto nel dibattito parlamentare, all'obbligo scolastico posto dalla Legge Coppino, riducendo drasticamente il limite profilato da altri progetti legislativi sull'argomento che proponevano 12 anni, con effetti paradossali rispetto allo scopo di tutela dichiarato, mentre già nel *Factory Act* inglese del 1833 i fanciulli al di sotto dei 10 anni non potevano lavorare, come non potevano lavorare quelli tedeschi fino a 12 anni con la *Gewerbe Ordnung* del 1869, limite elevato a 13 anni nel 1871.

Si consideri che nella pubblicazione ufficiale della *Statistica dell'emigrazione italiana degli anni 1884 e 1885*, Roma, Tipografia della Camera dei deputati, 1886, alla pagina IX, c'è il paragrafo dedicato agli «Emigranti divisi per sesso e per età». Il testo ci dice che «gli uomini emigrano in maggior numero delle donne e gli adulti più dei fanciulli nel decennio 1876-85 troviamo che i maschi sono da 90 a 92 per cento nell'emigrazione temporanea e da 63 a 79 per cento nella propria. I fanciulli fino a 14 anni sono da 13 a 28 per cento nella emigrazione propria e da 4 a 7 nella temporanea mentre la proporzione dei fanciulli d'ambo i sessi, al disotto di 14 anni secondo il censimento del 1881 è il 30 per cento della popolazione del Regno». Importante è tenere in conto che come dichiarato nelle linee metodologiche del volume le cifre tengono presente sia l'emigrazione legale che quella clandestina, poiché furono date esplicite raccomandazioni alle autorità comunali di pubblica sicurezza di guardare ai passaporti rilasciati ma anche alla pubblica notorietà.

⁵ Il collegamento tra il fenomeno dell'emigrazione e le politiche del colonialismo, considerando quest'ultimo la soluzione del primo ebbe un precursore in L. Carpi, *Delle colonie e dell'emigrazione degli italiani all'estero*, 4 voll., Milano, 1874, *passim*.

⁶ Nei primi anni della politica migratoria del Regno d'Italia il punto è quello colto precisamente da Tintori, *Nuovi italiani*, cit., p. 750: «L'obiettivo principale che le élites politiche italiane perseguirono fu di includere il più possibile, sotto il piano giuridico, gli emigrati e i loro discendenti entro i confini della Nazione e creare i presupposti per una riterritorializzazione della comunità politica», purché, mi sento di sottolineare, sia chiaro che quella ridefinizione avviene su una base sostanzialmente etnica.

sull'emigrazione successe quella che in effetti lo fu veramente, la *legge Giolitti* del 1901. È ormai noto che la prima non si fece davvero carico dello *status civitatis* del migrante, preoccupandosi al contrario delle condizioni con cui i mediatori e le compagnie di trasporto avrebbero dovuto portare avanti i loro affari senza problematiche o conflitti⁷.

Al contrario, la legge del 1901 guardò, chiaramente, agli italiani all'estero come un gruppo dall'identità predeterminata e indiscussa⁸ che alla fine del tragitto migratorio avrebbe potuto essere una testa di ponte commerciale per l'economia della Madre patria. Dunque, nelle politiche sulla cittadinanza di inizio secolo il migrante diventa uno strumento di espansionismo, prima commerciale poi anche politico, con una spinta che, in tal senso, si farà qualitativamente diversa con il Fascismo.

In tutto questo breve *excursus*, che racconta anni cruciali se pensiamo che ancora oggi siamo inchiodati a quel modello di cittadinanza indicato in *incipit*, ci pare interessante una riflessione sul ruolo che ebbero le donne.

Anche le donne partirono, in un orizzonte che le vedeva prendere una decisione solo in parte individuale perché sempre dentro un progetto familiare, in una percentuale che le fonti statistiche dell'epoca ci consentono di considerare nella misura del 20 per cento della grande migrazione, ovvero sul totale degli espatri che furono registrati⁹. Quando non partirono, rimasero a «conservare» la famiglia, il piccolo patrimonio posseduto quando c'era, ma sempre a fornire comunque cooperazione a che il progetto migratorio avesse avuto successo¹⁰.

2. La cittadinanza di sangue nel Codice civile (e la sua assenza dallo Statuto). Su questo sfondo, a voler tenere lo sguardo sul profilo femminile della questione della cittadinanza - legata come dicevamo a quello della migrazione e delle politiche migratorie - bisogna considerare che il punto di partenza è inequivoco «è cittadino il figlio di padre cittadino» come recita l'art. 4 del Codice Civile Pisanelli per il Regno d'Italia. A seguire l'art. 7 considera anche la madre in effetti, ma limitatamente alla circostanza che il padre sia ignoto. Dunque, solo quando il sangue paterno non fosse stato utile emergeva la possibilità di considerare la madre, che però a sua volta poteva essere ignota per cui solo in ultima *ratio* emergeva l'indicazione della cittadinanza territoriale (*ius soli* per nascita sul territorio italiano con residenza e possibilità di mantenerla o lasciarla)¹¹.

⁷ D. Freda, *Governare i migranti. La legge del 1901 e la giurisprudenza del Tribunale di Napoli*, Torino, 2018, *passim*.

⁸ *Codice civile* 1865, art. 11. La cittadinanza si perdeva per rinuncia esplicita ma comunque il percorso era irto di ostacoli nella pratica. Sulla legge è interessante considerare il profilo che riguarda la giurisdizione speciale a cui ne fu demandata l'attuazione, «condotti dalla necessità» come ebbe a dire il Guardasigilli Gianturco, in accordo con il Relatore Luzzatti, nella discussione che si aprì al riguardo con l'on. Gallini il quale avrebbe voluto le sentenze del pretore non appellabili a tal riguardo, mentre al primo sembrava molto più vicina «agli interessi del migrante» la Commissione arbitrale istituita, O. Abbamonte, *Il potere dei conflitti: testimonianze sulla storia della magistratura italiana*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2017, p. 148; in nota l'autore rinvia a F. Perrone, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione speciale in materia di emigrazione: dottrina errata della Corte suprema di Roma (sezioni riunite)*, Napoli, 1908.

⁹ M. Sanfilippo, *Tipologie dell'emigrazione di massa*, in P. Bevilacqua, A. De Clementi, E. Franzina (a cura di), *Storia dell'emigrazione italiana. Partenze*, Roma, 2001, p. 83. Complessivamente partirono tra il 1876 e il 1915, registrate, 14.027.000 persone di cui 7.622.650 andarono oltreoceano, mentre 6.137.250 restarono in Europa, *ivi*, p. 79. In prospettiva di genere l'autore segnala che per esempio dalle Marche partirono anche intere famiglie e donne sole. I flussi registrati ci dicono che comunque la percentuale femminile oscilla nei quinquenni ma sostanzialmente è tra il 17 per cento e il 20 per cento di quella maschile negli anni fino alla Prima guerra mondiale, *ivi*, p. 82.

¹⁰ B. Maida, *Quando partivamo noi. Storie e immagini dell'emigrazione italiana 1880-1970*, Torino, 2015, *passim*.

¹¹ Un volume puntuale e capace di cogliere la prospettiva profondamente discriminante di questa scelta per le italiane, in tutto il lungo periodo che va dal Regno d'Italia alla nostra contemporaneità, è M. Mellone, *Disciplina*

In principio, dunque, soprattutto venne il sangue.

Da allora, nonostante diverse leggi successive che hanno temperato il principio e la Costituzione democratica che ha parificato i genitori, continuiamo ad essere italiani prima di tutto perché di sangue italiano, non perché sottoposti alle leggi dello Stato italiano, se posso usare un'espressione forte¹². Un elemento quest'ultimo non indifferente, perché il sangue è l'origine e la legge solo la conseguenza.

Per capire meglio, può essere utile ripercorrere sintetizzandolo enormemente il discorso dei giuspubblicisti di inizio secolo, se cioè la cittadinanza italiana fosse da considerare nel profilo della forma, uno *status* inteso come qualità e posizione del soggetto nei confronti dello Stato, secondo un'ottica soggettiva e di rapporto verticale, oppure uno *status* che esprimesse piuttosto un espediente tecnico, una finzione che descrive il legame dell'individuo con lo Stato, come mera sintesi della pluralità dei rapporti tra personalità del soggetto e personalità giuridica statale nell'ottica oggettiva¹³. Oppure ancora, se non dovesse essere considerata fondamentale anche una dimensione orizzontale, che mettesse i con-cittadini nella condizione di riconoscersi tra pari, quella della «coscienza nazionale» definita da Pasquale Stanislao Mancini come dimensione di consapevolezza e volontà di appartenenza alla comunità nazionale seguendo un elemento spirituale, quasi religioso¹⁴.

La discussione giuspubblicistica ci fu anche rispetto alla collocazione o meno della disciplina della cittadinanza nel livello costituzionale piuttosto che nel Codice, ma l'assenza materiale dallo Statuto si può considerare frutto sia della sua origine quarantottina (che lo ha ovviamente segnato anche nei contenuti) sia un elemento che riconduce alla convinzione ancora profonda negli anni dell'Unità del valore costituzionale del *Codice civile*, così che ci si risolve per inserirla in quest'ultimo¹⁵.

Il Codice civile, infatti, poteva essere considerato la vera «intima identità della comunità di riferimento» a maggior ragione dopo esservi tornati nonostante l'abolizione di tutta la legislazione francese con la Restaurazione. In effetti, il «modello-codice» si era affermato da sé oltre le contingenze storiche degli interessi politici e dei monarchi. L'ordine politico che lo aveva generato nei suoi contenuti indietreggiò, ma i contenuti rimasero a partire dalla centralità dei diritti liberali, soprattutto borghesi, con la proprietà a sovrastare tutti gli altri¹⁶. Una scelta ulteriormente chiarita proprio dalla disciplina stessa, che all'art. 1 dichiara la cittadinanza presupposto del riconoscimento dei diritti civili ai Regnicoli, ma coerentemente

della cittadinanza italiana e donne cittadine. *Una discriminazione mai terminata*, Napoli, 2023, per le origini storiche della questione in particolare si vedano 11-80.

¹² La l. n. 123/1983, art. 5, introduce i figli adottivi, ma dopo la l. n. 1912 di Giolitti la prima vera riforma del diritto di cittadinanza è del 1992, la c.d. *legge Martelli*.

¹³ F. Colao, L'«Idea di Nazione» nei giuristi italiani tra otto e novecento, in *Quaderni fiorentini*, 30, 2001, 255-360.

¹⁴ P.S. Mancini, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, Torino, 1951, *passim* su cui una lettura puntuale rispetto al nostro profilo è quella di L. Nuzzo, *Da Mazzini a Mancini: il principio di nazionalità tra politica e diritto*, Macerata, 2007.

È ancora assai utile per la chiarezza con cui pone le questioni riguardo all'ambiguità che era insita nell'identificazione del concetto di cittadinanza con quello di nazionalità operata dal dibattito giuspubblicistico di epoca liberale, E. Grosso, *La cittadinanza: appartenenza, identità e partecipazione dallo Stato liberale alla democrazia contemporanea*, in *Storia d'Italia*, vol. 29. *Legge, Diritto, Giustizia. I diritti, il mercato, la Pubblica amministrazione*, Torino, 107-142, spec. 108. «La nazionalità di Mancini, dunque, se non prescinde completamente dall'elemento etnico, ne limita il ruolo a quello di condizione materiale» mentre «il fattore decisivo e preminente della nazione, nel suo pensiero, consiste in un 'elemento psicologico', il *sentimento nazionale* o, meglio, secondo le sue parole 'la coscienza della nazionalità'», (112 e 115).

¹⁵ P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Torino, 2007, 88; è vero sempre che il codice civile rappresenta in modo particolarmente significativo non solo l'idea del monopolio delle fonti del diritto ma «il problema primario della connessione fra ordine giuridico e potere politico», lo è stato *a fortiori* nella storia d'Italia.

¹⁶ G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, Torino, 2011, 101 e *passim*.

con la centralità proprietaria dell'epoca, segnalando ex art. 3 che quegli stessi diritti civili saranno godibili anche dallo straniero.

3. La famiglia tradizionale come prius logico e la parentela di sangue come modello identitario nazionale (art. 48 c.c. 1865). Quale primo spazio di protezione dell'individuo e dunque elemento fondante del nuovo Stato, la famiglia tradizionale fu ripresa nel Codice Pisanelli anche perché rappresentava un tratto comune ad una parte importante degli Stati preunitari¹⁷. Lo Stato in costruzione rifuggì - con fermezza - l'esempio austriaco del 1811 che sulla scia della tradizione filosofica kantiana e di un ordinamento organizzato intorno alla capacità giuridica dei singoli, non antepose ad essi l'unità familiare se non nel caso dei sudditi di religione cattolica¹⁸. Una differenza importante per seguire la condizione femminile nella cittadinanza e nell'emigrazione tra Otto e Novecento.

Il capo IX, Sezione I del Codice civile per il Regno d'Italia 1865 dispose un articolato di diritti e dei doveri di coniugi tra loro che ripropose, appena attenuata, la famiglia gerarchica e diseguale del *Code Napoleon* (artt. 212 ss.). Se il matrimonio imponeva ad entrambi la coabitazione, la fedeltà e l'assistenza (art. 130), della famiglia il «capo» fu nitidamente il marito, tanto che la moglie fu obbligata ad accompagnarlo ovunque avesse ritenuto di risiedere (art. 131) e avrebbe dovuto mantenerlo se quello non avesse avuto i mezzi sufficienti (in Francia anche «obbedirlo» ex art. 213). Il marito la doveva proteggere e tenere presso di sé somministrandole il necessario alla vita (art. 132) ma quest'obbligo cessava se la moglie si fosse allontanata e non fosse tornata nel domicilio coniugale (art. 133). Inoltre, la moglie non ebbe capacità giuridica senza autorizzazione del marito (art. 134) tranne che in casi tassativi specificati dalla legge, tra i quali la mercatura (art. 135); la separazione si prevede solo nei casi della legge: per adulterio, volontario abbandono e sevizie ma poté essere domandata contro il marito solo per concubinato (150). Il divorzio nell'Italia liberale non fu previsto, nonostante la discussione ci fu e fu articolata¹⁹, d'altronde anche Napoleone quando occupò i nostri territori e portò le sue leggi non giudicò opportuno introdurlo.

Si trattava di una famiglia che volgeva lo sguardo indietro e ne rintracciava le permanenze pre-unitarie, sotto un testo apparentemente pedissequo del codice napoleonico²⁰. La cultura giuridica (e politica) italiana scelse la famiglia come «istituto d'ordine», ma le argomentazioni e gli interventi che i nostri giuristi-legislatori fecero sia in ambito dottrinale che durante i lavori parlamentari per l'approvazione del Codice, ci mostrano che il significato profondo dato a questo modello familiare fu diverso dai richiami politici francesi alla «petite Patrie»²¹. Riferendosi alla *patria potestas*, istituto che più d'ogni altro sintetizza in modo incontestabile il

¹⁷ «Il sistema che si ha per codice civile è molto semplice, perché si è seguita la purità del diritto di natura. [...] e perciò la famiglia civile risponde perfettamente alla famiglia naturale, avendo entrambi per base il vincolo del sangue» solo per esempio icastico G. Foschini, *Delle persone e del loro stato secondo il Codice civile italiano*, Napoli, 1886, 91.

¹⁸ v. *Codice Civile universale austriaco*, artt. 28 ss. sulla cittadinanza, spec. art. 32 sulla perdita della cittadinanza che è automatica per emigrazione; art. 40 ss. per la definizione di famiglia, gli obblighi coniugali, i diritti del marito-capo famiglia e della moglie; art. 111 ss. per l'impossibilità di divorzio per i cattolici.

¹⁹ Qualche anno fa, ha ricostruito in modo completo l'articolato dibattuto su quel nodo problematico che è stato il mancato divorzio in Italia fino alla fase democratica, C. Valsecchi, *In difesa della famiglia? divorzisti e antidivorzisti in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2004; di «consapevolezza di operare in ambiente ostile» per i fautori dell'istituto nell'Italia degli anni rivoluzionari e napoleonici pure quando fossero dalla parte del legislatore ha scritto P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia 1796-1975*, Bologna, 1974, 100.

²⁰ P. Ungari, *Le legislazioni familiari nell'800 italiano*, in G. Conti Odorisio (a cura di), *Salvatore Morelli 1824-1880. Emancipazione e democrazia nell'Ottocento europeo*, Napoli, 1992, 81-92.

²¹ Le stesse edizioni dei Codici a stampa dimostrano il legame stretto con il testo francese, un esempio tra tanti: *Codice civile del Regno d'Italia, col confronto del Codice Napoleone e delle leggi civili del già Regno delle Due Sicilie*, Palermo, 1865; l'espressione ancora efficace è in M. Cavina, *Il potere del padre*, Milano, 1995, 1.

peso tralatizio dei rapporti verticali nella famiglia sin dall'epoca romana, già nel 1863 Cassinis nella sua *Relazione al primo progetto del codice civile*» dichiarava che «La legge morale, ben più che la legge civile, governa la vita domestica» appigliandosi piuttosto a fondamenti moralistici (quando non velatamente religiosi)²².

Ma più ancora della stessa morale poté l'elemento del sangue rintracciabile come essenziale nella definizione del legame familiare «proprio» rispetto all'«improprio». Lo segnalò la dottrina penalistica preunitaria per i casi di parricidio. Giovanni Carmignani distinse chiaramente la pena tributata al parricidio proprio (che si consumava contro il padre ma tassativamente quando ci fosse il legame di sangue) da quello improprio (che si consumava quando il legame fosse di affinità)²³. Esemplare il caso del figlio adottivo che in Italia (diversamente che in Francia) non fu punito con il massimo della pena e dell'afflizione stabilita nei tre codici penali che furono in vigore fintanto che prese vigenza il primo Codice penale italiano, il Codice Zanardelli del 1890²⁴.

Il legame parentale di sangue diventò così un modello identitario coerente tanto nel privato quanto nel pubblico, segnando la giusta autonomia dal codice-modello d'oltralpe. Al contempo, mantenne (mantiene ancora?) la famiglia italiana – in quanto tradizionale – pervicacemente in uno spazio particolare, privatistico finché ci si occupa delle relazioni intrafamiliari, pubblicistico quando le sue gerarchie o il suo ordine interno vengano lesi. In un certo senso la famiglia fu descritta in uno spazio concettuale che precedeva la legge positiva e lo stesso codice civile il quale la definiva per dargli la capacità di produrre effetti giuridici.

Con queste condizioni di partenza dell'ordine familiare è evidente che la politica familiare dell'emigrazione la decideva il capo-famiglia e che la moglie ne seguisse le indicazioni, per necessità se non per virtù. Anche quando a partire furono i figli maschi non si può certo pensare che non fosse il padre a decidere di questa soluzione, perché tutte le partenze erano chiaramente regolate da una logica familiare in cui la maggior parte delle volte prioritario fu aumentare gli introiti e diminuire le bocche da sfamare.

Non furono pochi i minori che migrarono. Diversamente che per le migrazioni dei padri, in cui le fonti importanti sono quelle epistolari che hanno spesso restituito quanto l'ordine gerarchico familiare non si interrompesse nella distanza²⁵, per le migrazioni dei minori e le assenze dei figli una documentazione utile sono i *report* dei Consolati, che ci dicono che nel 1901 il 18 per cento della manodopera nelle cave del Canton Ticino è costituita da minori di anni 18, che nelle attività alberghiere di Londra addirittura erano il 33 per cento, che nelle vetrerie francesi all'inizio del Novecento circa 1600-1700 erano i bambini italiani²⁶. Le condizioni poste dalla proprietà fondiaria, o i caratteri dei contratti mezzadri da ben prima dell'unità d'Italia avevano costretto la pratica di allontanare i minori di casa²⁷.

Tuttavia, nel caso di famiglie di piccoli possidenti, gli esiti del «rimanere» cui erano indubbiamente costrette le donne divennero imprevedibilmente per loro emancipanti, come

²² *Progetto di Codice civile italiano comunicato al Parlamento dal Ministro di Grazia e Giustizia Cassinis in conformità della Relazione per esso presentata alla Camera dei Deputati ed al Senato nella tornata del 19 e del 21 giugno 1860*, Napoli, 1861, p. XI; il dibattito dottrinale in tutta la sua ricchezza e sul lungo periodo in P. Passaniti, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della "società coniugale" in Italia*, Milano, 2011, 205-267 *passim* e spec. 213.

²³ G. Carmignani, *Elementi di diritto criminale del professore Giovanni Carmignani*, Milano, 1863, 343; G. Giuliani, *Istituzioni di diritto criminale col commento della legislazione Gregoriana*, 2 voll., Macerata, 1841, to. II, 203.

²⁴ *Codice penale per il Regno d'Italia*, 1889, Artt. 364-366.

²⁵ A. Palombarini, *Relazioni affettive e ruoli femminili nella famiglia dell'emigrante marchigiano da un epistolario bilaterale (1906-1912)* in E. Sori (a cura di), *Le Marche fuori dalle Marche. Migrazioni interne ed emigrazione all'estero tra XVIII e XX secolo*, Quaderni monografici di «Proposte e ricerche» 4 voll., 24, 1998, to. IV, 888.

²⁶ P. Corti, *Famiglie transazionali*, in *Storia d'Italia. Annali*, vol. n. 24, Torino, 2009, 305.

²⁷ P. Passaniti, *Mezzadria. Persistenza e tramonto di un archetipo contrattuale*, Torino, 2017 *passim*.

hanno messo in mostra i primi studi sull'emigrazione femminile degli anni Novanta. Il capofamiglia partiva e certo non si poteva abbandonare tutto, dunque che emigrassero entrambi i coniugi insieme fin da subito fu l'eccezione di chi non aveva davvero nulla e nemmeno nessuna minima rete²⁸.

Rimanere diventò per le donne sposate l'occasione di esperienze impensabili in condizioni normali. Debitamente autorizzate dal marito furono costrette a prendere in mano gli affari di famiglia, a parlare con altri padroni, con eventuali braccianti necessari al raccolto, persino con gli istituti bancari diventando il referente della famiglia verso l'esterno²⁹. Senza rendersene conto avvicinarono saperi e ambienti che mai avrebbero potuto, da sole, con il marito presente in terra natia, o con il figlio grande in casa³⁰.

Risalente e profondo era infatti l'ordine della disuguaglianza che aveva strutturato nei secoli precedenti la disparità di ruolo e di stato della donna e non era cambiato neppure nel mutare delle condizioni sociali del matrimonio e della struttura familiare. Con la Rivoluzione francese si innovò l'asse successorio comprendendovi le figlie femmine e si inaugurò il matrimonio degli affetti e dell'uguaglianza dei coniugi, ma la ragione fu la volontà prepotente di affrancarsi dal passato d'Antico regime. L'innovazione fu di taglio economico-libertario non di riconoscimento inclusivo, a dirla con il linguaggio di oggi. Ne furono prova il mancato riconoscimento del diritto di voto alle donne che proprio la Francia rivoluzionaria mantenne³¹ ma anche, negli anni successivi, l'accettazione silente del modello napoleonico di famiglia sia nella stessa Francia che nel nostro codice civile unitario del 1865: per i rapporti interni un vero e proprio modello reazionario e volto indietro. Lo ha spiegato molto bene Pietro Costa quando ha rintracciato nel giusnaturalismo egualitario il significato di «uomo» come predeterminato e scontato nella direzione dell'essere umano maschile e non dell'essere umano generico. Il discorso della cittadinanza femminile giusnaturalistico è frutto delle ascendenze filosofiche legate all'idea familiare di Aristotele de «La Politica»³². La famiglia borghese cambiò di conformazione ma non nella struttura gerarchica e convergente sull'uomo, padre o marito che fosse³³.

4. La cittadinanza di sangue e gli «Italiani stranieri». Il valore della metonimia del sangue italiano, proprio perché fondativo dentro un modello familiare tradizionale che assunse un significato identitario, non rimase confinato nello schema dei rapporti di discendenza e innervò anche il discorso sulla cittadinanza³⁴. Tutto il Risorgimento si era eretto anche

²⁸ M. Tirabassi, *Trent'anni di studi*, cit., §24.

²⁹ *Codice civile del Regno d'Italia*, 1865, art. 134 sull'autorizzazione maritale.

³⁰ P. Corti, *Famiglie transazionali*, cit., 310-312.

³¹ Nell'Italia unitaria, a contrasto con questa più che condivisa mentalità si staglia, per modernità e consapevolezza, la figura di Salvatore Morelli che nella seconda metà dell'Ottocento fu, forse, il più limpido sostenitore del riconoscimento della piena cittadinanza femminile compreso il diritto di voto, quale inevitabile segno e al contempo realizzazione dell'idea di Progresso, G. Conti Odorisio, *Pensiero politico e questione femminile*, in Salvatore Morelli (a cura di), *La donna e la scienza di Salvatore Morelli*, in Ead. (a cura di), *Salvatore Morelli 1824-1880*, cit., spec. 41-79, una voce la sua che si levava tenace ma per lo più inascoltata anche in Parlamento, non fuori però dove, ispirata da simili ideali, a quella voce si riallacciava Anna Maria Mozzoni, F. Taricone, *Salvatore Morelli e Anna Maria Mozzoni*, in G. Conti Odorisio (a cura di), *Salvatore Morelli 1824-1880*, cit., 180 e *passim*.

³² P. Costa, *Il discorso della cittadinanza e la differenza di genere*, in A. Di Clementi (a cura di), *Il genere dell'Europa. Le radici comuni della cultura europea e l'identità di genere*, Roma, 2003, *passim*.

³³ Ancora utile per una rappresentazione sintetica ma chiara G. Montroni, *La famiglia borghese*, in P. Melograni (a cura di), *La famiglia italiana dall'Ottocento ad oggi*, Roma-Bari, 1988.

³⁴ Mirabile sintesi più volte riedita quella sul punto di P. Costa, *Cittadinanza*, Roma-Bari, 2005, spec. 75-88 in particolare riguardo al discorso sulla cittadinanza dello Stato-nazione come modello ottocentesco; sul significato profondo, legato innanzitutto all'effettività dei legami in antico regime è ancora adamantino M. Bloch, *I vincoli di sangue*, in A. Manoukian (a cura di), *Famiglia e matrimonio nel Capitalismo europeo*, Bologna, 1974, 57 ss.

sull'immagine icastica della terra-madre da un lato e dei padri e dei figli della patria dall'altro. Furono presentati come figure eroiche, letterarie e non, che ebbero il ruolo di «com-muovere» verso l'obiettivo comune dell'Unità³⁵.

In questo contesto simbolico, quale significato assunse la condizione giuridica di chi la patria la voleva abbandonare (o meglio doveva) in cerca di fortuna? Nel contesto italiano il legame tra normativa sulla cittadinanza e il fenomeno della migrazione venne in evidenza già dagli anni Ottanta dell'Ottocento, in quella fase che mostrava l'inizio di una espansione industriale pur tuttavia non sufficiente a nutrire la massa di manodopera disponibile, mentre già con Crispi la politica colonial-nazionalistica dell'Italia liberale si indirizza proprio «alle esigenze di sviluppo dell'emigrazione popolare dell'Italia del Sud verso gli ex possedimenti eritrei, negli anni Novanta a tutti gli effetti Colonia»³⁶.

L'abbraccio simbolico della madre-patria non fa emergere una rottura del nesso tra sovranità e territorio ma pone in luce le tensioni fra *ius migrandi* come diritto universale e categorie giuridiche dello Stato-nazione, tra fatto emigrazione (determinato dalla fame, dalla necessità di sopravvivere) e diritto statale³⁷.

Già dalla prima legge organica in materia, l'Italia sviluppò una visione dello *Status civitatis* che servì anche da «strumento di enfattizzazione dell'identità nazionale» e che si evidenziò a contrasto anche attraverso la molteplicità di *status* riservati ai sudditi delle Colonie (Albania, M. Oriente, Eritrea, Libia)³⁸.

Tornando alla normativa, la purezza del modello di sangue, si stemperava minimamente di fronte alla volontà dimostrata di appartenere alla Nazione italiana: Il figlio dello straniero, se è nato in Italia diventa cittadino dopo un domicilio ininterrotto di dieci anni (la residenza per commercio non è domicilio) mentre può scegliere in caso di permanenza minore *ex artt.* 7-8 c.c. La donna straniera acquista la cittadinanza con matrimonio, senza perderla in caso di vedovanza (artt. 9 e 14). La naturalizzazione si concede per legge o decreto reale, nonostante risulti il domicilio e il giuramento, ma vale anche per moglie e figli se c'è la residenza. Peraltro, come forse è immaginabile, non la moglie, ma i figli hanno una possibilità in più, quella di rimanere stranieri se lo dichiarano (art. 5).

In conclusione, la cittadinanza liberale è di diritto e di fatto il legame, il vincolo che lega – verrebbe da dire a doppia mandata – l'individuo allo Stato perché in concreto, come il rapporto col fenomeno migratorio ha mostrato bene, ciò significò che l'individuo fu sottoposto allo Stato e alle sue politiche senza esserne affatto protagonista.

Il modello inerato dalle politiche successive al Codice è quello della cittadinanza-identità, invece che dell'appartenenza cosciente alla comunità di origine secondo l'idea di Mancini. L'appartenenza, dicono durante il dibattito nella formazione del codice, è tipica della famiglia come primo nucleo del diritto pubblico e dalla famiglia discende l'appartenenza alla Nazione³⁹.

³⁵ A.M. Banti, *Sublime madre nostra. La nazione italiana dal Risorgimento al fascismo*, Roma-Bari, 2011 *passim*.

³⁶ «Afflitto dalla necessità di dare ancora più corpo allo Stato a pochi lustri dall'unificazione» sintetizza efficacemente L. Tedoldi, *Storia dello Stato italiano dall'unità al XXI secolo*, Roma-Bari, 2018, 73 e 81; sulla prima esperienza coloniale italiana, ricercandone la cifra tipica di un «metissage» che ha offerto in controcultura l'immagine di una madrepatria che cercava di risolvere i suoi problemi fuori da sé, I. Rosoni, *La colonia Eritrea. La prima amministrazione coloniale italiana, 1880-1912*, Macerata, 2006.

³⁷ G. Cazzetta, *Patria senza territorio. Emigrazione e retorica dello Stato-Nazione*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. 3. I multiformi profili del pensiero giuridico, Napoli, 2014, 147; interamente dedicato al diritto coloniale tra Otto e Novecento è il doppio volume dei *Quaderni fiorentini*, 33-34, 2004-2005.

³⁸ L. Tedoldi, *Storia dello Stato*, cit., 74 ss.

³⁹ F. Colao, L'«Idea di Nazione», cit., *passim*; parlare di identità nazionale non è la stessa cosa di parlare di carattere nazionale ma come escludere che proprio non avere avuto 'coscienza' comune delle leggi della Patria abbia poi influenzato il nostro carattere? v. S. Patriarca, *La costruzione del carattere nazionale*, Roma-Bari, 2014, *passim*.

Il legame tra individuo e Stato è forte perché imposto ma non è originario.

Lo Stato, non la terra natia semplicemente. I detrattori dello *Ius soli* lo declamano come di tono medievale proprio perché lega alla terra, in una sorta di riedizione dell'inchiodamento del passato. Un argomento per contrastarlo che suona ancor più forte nel passaggio allo Stato nuovo e tale linea, sostenuta anche da Crispi, risultò perdente. La linea vincente è quella che afferma Sechi: «questione di razza e le diverse razze si trasmettono col sangue e non dipendono dal caso [...il luogo] della nascita»⁴⁰.

Questo approccio, rafforza ancora di più l'impressione di una cittadinanza che vale come identità, ma certo non per «comun sentire». La cittadinanza è decretata dall'Ordinamento prima del sentimento e della volontà del singolo individuo.

In questo contesto non deve quindi stupire che la donna straniera diventi cittadina italiana e ci rimanga, anche da vedova. La donna, nel nostro contesto giuridico, segue. Segue il marito se questi lo decide, anche fosse in un paese straniero (come abbiamo detto sopra), segue la strategia familiare della migrazione decisa anche per lei, segue anche per la legge che non le lascia nessuna possibilità decisionale.

Ci aiuta a capire la disciplina della perdita della cittadinanza (valorizzata nel recupero dello stato di cittadino o cittadina *ex artt.* 13-14). L'art. 11 del Codice dichiara che perde la cittadinanza colui che vi rinuncia, chi ne ottiene una estera, o chi accetta senza autorizzazione governativa un impiego o il servizio militare all'estero⁴¹. Nella prassi tale perdita della cittadinanza sappiamo che fu resa assai difficile e ostracizzata in aperta contraddizione con la presunta libertà individuale su cui si erano costruite le forme dell'ordinamento e che avrebbe dovuto essere anche libertà di migrare. Il dominio dell'interesse statale su quello individuale è tale che con la perdita di cittadinanza non va insieme la perdita dell'obbligo militare, né si scampa dalle pene per l'uso di armi contro la Patria (art. 12).

Se tale disciplina di cittadinanza poteva in qualche modo giustificarsi all'origine dello Stato italiano, già durante la grande migrazione degli anni Ottanta dell'Ottocento dimostra tutta la sua inadeguatezza imponendo agli espatriati una condizione esistenziale sospesa tra le esigenze personali di sopravvivenza e quelle della Patria, sentita sempre più lontana.

Guardando però la condizione femminile si può riscontrare, proprio in questo ambito, una coerenza di fondo che non si incrina. Con la perdita di cittadinanza del marito-capofamiglia indicata nell'art. 11 anche la moglie diventa straniera insieme ai figli minori⁴², fa eccezione solo colei che abbia mantenuto la residenza nel Regno, sempre appaiata ai propri figli minori. Senza filtri e mediazioni l'art. 14 del c.c. Pisanelli dichiara che «da cittadina che si marita ad uno straniero, diventa straniera» acquisendo la cittadinanza del marito mentre da vedova, al

⁴⁰ O. Sechi, *Cittadinanza*, in *Digesto Italiano. Enciclopedia metodica e alfabetica di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, vol. VII, p. II, diretta da L. Lucchini, Torino, 1897-1902, 221, citato da P. Bonini, E.W. Di Mauro, G. Iovino, *Immigrazione e Cittadinanza. Riflessione su alcuni aspetti giuridici e politici*, Roma, 2019, disponibile open in <https://www.google.com/search?tbm=bks&q=Immigrazione+e+cittadinanza>, 6 novembre 2023.

⁴¹ Verrà chiarito con Circolari che solo i lavori di livello nazionale valgono, non i comunali o simili.

⁴² Comincia anche da qui quella lunghissima parabola non ancora giunta nella sua fase discendente che vede lo schiacciamento della condizione (giuridica, lavorativa, sociale) della donna adulta su quella del figlio minore in termini di tutela sociale dedicata ad entrambi come fossero uguali. Tale identificazione, completamente fuorviante, ha rappresentato la donna sotto la tutela (più o meno strumentale) proprio come fosse un minore, etichettandone l'esistenza tutta nella dimensione della categoria sociale. Ancora oggi – *mutatis mutandis* – continuamente è dato vedere nei testi normativi di legislazione sociale come le donne siano inserite in elenchi di soggetti sociali attenzionati, da prendere in carico, insieme a minori, disabili ed altri. Sembra incredibile doverlo chiarire ma tutte quelle condizioni esistenziali possono essere declinate al femminile, ma non dovrebbero essere affiancate all'essere donna in quanto tale, perché essere donna è ontologicamente semplicemente metà del genere umano. Al contrario, proprio per questo, spesso le categorie sociali sono doppiamente discriminanti quando siano femminili.

contrario, potrebbe recuperare la cittadinanza originaria ma solo a condizione che rientri nel Regno o vi si risieda. Tuttavia, la non centralità della questione dal punto di vista pubblico è tradita in modo lampante dal procedimento che non è automatico, perché ci vuole la dichiarazione di domicilio davanti all'ufficiale civile, condizione che fa intuire valutazioni di profilo economico-patrimoniale.

Pertanto, formalmente dichiarati liberi di emigrare (*ex art. 1, l. n. 5866/1888*) gli «Italiani di sangue», benché maschi adulti, scontarono sia l'ostruzionismo dovuto alla paura di perdere manodopera a basso costo per le industrie del nord-Italia, perché è soprattutto dall'arco alpino e appenninico settentrionale che espatriavano a livello continentale, sia il timore che l'emigrazione fosse proprio un motivo per evitare la leva obbligatoria⁴³.

Nei vent'anni a cavallo tra fine e inizio secolo espatriò verso varie regioni tedesche (poi anche svizzere) anche la manodopera femminile. Tra i migranti la presenza maschile fu comunque preponderante, ma è significativo che il dato si invertiva quando si trattava di migrazione minorile per cui tra i minori (sotto i 14 anni) le fanciulle potevano essere anche il quadruplo dei coetanei maschi. Le donne, adulte e non, partivano senza davvero sapere cosa le aspettasse e finivano spesso nell'ambito dei più disgraziati mestieri girovaghi (fioraie, venditrici di gelati o castagne a seconda della stagione) per le loro tradizionali competenze nel tessile, ma addirittura nelle fornaci o nella filiera del settore minerario o metalmeccanico, nonché nella manifattura degli orologi. Erano richieste perché lo sfruttamento poteva essere maggiore con i salari di almeno la metà rispetto agli uomini e che diventavano di un terzo se si trattava di bambine. Non mancarono i casi di prostituzione, una necessità conseguenza della condizione miserevole che però rinfocolava i timori moralistici e i pregiudizi che in patria già stigmatizzavano pesantemente la decisione di andarsene⁴⁴.

Nel 1888, il Governo Crispi nel mentre cercava di strutturare il sistema istituzionale, si preoccupò di portare all'Italia maggiore sviluppo economico per imprenditori e proprietari terrieri. Senza troppa attenzione per la libertà dei cittadini di second'ordine, la sua politica legislativa fu di regolamentare le condizioni minime del viaggio concependo l'emigrazione come un problema piuttosto di ordine pubblico. Già dal titolo della legge l'indicazione era molto chiara: «Disciplina della figura dell'agente e dell'emigrazione come ordine pubblico». Non si trattò in fondo che di una nuova versione dell'irrisolvibile conflitto tra ordine e libertà che percorse lo Stato liberale evidenziandosi ciclicamente ad ogni momento di cambiamento o di crisi, una versione per cui si fecero prevalere anche in questo ambito le ragioni dell'ordine costituito su quelle per cui i migranti erano partiti a cercare altre possibilità altrove. La moglie, come abbiamo detto, spesso era rimasta in Patria ma la necessità non lasciava troppo spazio ai desideri.

Un chiaro passo avanti lo fece, riguardo al suo scopo, la legge del 1902 di epoca Giolittiana, la prima organica sulla materia emigrazione e che lo Stato italiano non ha rovesciato per quasi un secolo, fino al 1992.

Gli Italiani di sangue, in massa, avevano cominciato ad emigrare non più solo entro il continente ma anche oltreoceano tra America del Nord e America del Sud, oltre che in Africa. Le cifre sono ancora oggi spaventose. Nei primi anni del secolo XX, tra il 1901 e il 1914, si è calcolato che lasciarono l'Italia 9.000.000 di persone. Tra gli anni Ottanta dell'Ottocento e i primi Settanta del Novecento furono 25/30.000.000 milioni gli Italiani che se ne andarono, più di quanti l'Italia ne contò appena unificata e furono, almeno nei primi vent'anni, praticamente solo uomini.

⁴³ L. n. 23/1901, in particolare art. 1, c. 1: «L'emigrazione è libera nei limiti stabiliti dal diritto vigente» e Capo IV «Disposizioni speciali sul servizio militare e sulla cittadinanza», artt. 33-36.

⁴⁴ L. Mazzi, *Donne mobili. L'emigrazione femminile dall'Italia alla Germania (1890-2010)*, Isernia, 2012, 30 e 43 ss.

5. Il conflitto di cittadinanza. Nonostante ciò, gli italiani di sangue che arrivarono a *Ellis Island*, dove venivano registrati gli immigrati appena sbarcati, trovarono negli Stati Uniti (li prendiamo ad esempio) un paese che invece aveva scelto la cittadinanza territoriale, lo *Ius soli*. Gli Usa avevano avviato il proprio sviluppo in una cornice di profonda autonomia dai legami precedentemente avuti con la Madre Patria e coerentemente scelsero di far contare l'essere nato nel territorio dello Stato. Tale modello, valido anche per i migranti, si espliciterà nel tempo come assimilatorio ma certo prepotentemente alternativo a quella barriera giuridica eretta dall'Italia liberale in difesa di una identità nazionale etnica. Questa serviva davvero poco all'Italiano migrato, ma al contrario fu fondamentale per lo sviluppo della Patria. Le rimesse, un vero «fiume di denaro», svolsero un ruolo determinante nell'economia del primo quarto del Novecento (esse furono circa 10 miliardi, il 25% della bilancia dei pagamenti) e paradossalmente divennero motivo ulteriore di interesse, negli Usa, per considerare l'italiano immigrato proprio dal punto di vista della sua potenzialità e intraprendenza, così da superare l'iniziale diffidenza legata all'abitudine del rientro nel paese natio, che andava infatti scemando⁴⁵.

In questo contesto di politica nazionale dell'emigrazione che sembra essere cambiata notevolmente orientandosi verso scopi e ragioni sempre più economiche, il profilo femminile del fenomeno rimane ancora legato alla cifra della «secondarietà». La donna segue la strategia del capofamiglia ed è costretta a fare ciò che deve, senza velleità. Per la Patria ciò è un bene. Se i nostri migranti si fossero considerati cittadini americani avrebbero chiamato a sé – forse – le loro famiglie smettendo di inviare le rimesse. Si trattò di un rischio che il nostro Paese non volle correre⁴⁶.

Vari furono per i nostri concittadini i problemi conseguenti. Con la norma sull'obbligo militare che veniva mantenuto dal paese natio l'esito fu dello *status* diffuso di «disertore». Nei fatti i nostri migranti non erano affatto liberi di scegliere a quale cittadinanza vincolarsi, tanto più che nel contesto dello spirito di espansione nazionalistica del tempo, sempre più dentro una visione poco interessata alla reale adesione dei sudditi ai valori della Patria, i governi liberali finirono persino per vedere le comunità immigrate all'estero come vere e proprie «teste di ponte» dell'ingresso commerciale italiano nelle Americhe, o comunque come *lobbies* di pressione a favore della Nazione di origine.

Fin dall'inizio, la politica migratoria italiana non ha guardato alle cause della migrazione dei suoi sudditi, ma ne ha invece valutato quella funzione poterono svolgere di fatto, anche senza nessuna consapevolezza.

6. I tratti permanenti dell'emigrazione femminile. In un contesto che, come abbiamo descritto, delimita fortemente anche la strategia del maschio capofamiglia dotato di poteri veri e propri di direzione sul resto del nucleo familiare, alla donna condizionata e limitata nella capacità giuridica dal Codice Pisanelli (*ex art. 134*) rimane lo spazio residuale delle proprie tradizionali competenze o dei propri saperi.

La possibilità di un suo contributo straordinario alla condizione economica familiare entra in gioco con la scelta migratoria solo quando le occasioni lavorative prima dai paesi di confine,

⁴⁵ Sull'intrinseca contraddittorietà del diritto liberale americano ed italiano rispetto alla ben limitata dallo Stato libertà di emigrare (o immigrare come altra faccia della stessa medaglia) è puntuale il lavoro di M. Pifferi, *Ius peregrinandi e contraddizione dell'età liberale. Qualche riflessione sulla "falsa" libertà di migrare in Italia e negli Usa*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, 2012, 253-273, 255-256.

⁴⁶ Sistematico il lavoro di E. Sori, *Mercati e rimesse: il ruolo dell'emigrazione nell'economia italiana*, in *Storia d'Italia, Annali*, 24, cit., 249-282, ha definito «unanime» la storiografia sul ruolo delle rimesse.

poi oltreoceano sono dirette a funzioni e ruoli tipicamente femminili.

Le italiane partono per la tessitura in Francia o per i servizi domestici nelle città del nord tra la fine del secolo e i primi del Novecento. Sono le figlie di un mondo rurale, soprattutto del sud ma non solo, che non riesce a sfamare tutti i suoi componenti. Tuttavia, magari quando i mariti coinvolti da lavori stagionali sono a casa, si apre anche per le mogli più giovani la possibilità di un'esperienza dolorosa ed emancipatoria insieme, quella del baliatico⁴⁷.

La storiografia ha condotto un lavoro più profondo e più diffuso sulle vicende delle italiane all'estero solo negli ultimi vent'anni anche a causa di una certa strutturale difficoltà di reperire le fonti del lavoro femminile, per ragioni plurime molto spesso rimasto misconosciuto formalmente⁴⁸.

Del baliatico abbiamo notizie già come rimedio presso le istituzioni di carità nella tarda età moderna. Gli orfanotrofi o Istituti assistenziali pagavano le balie per poter crescere i trovatelli e consentirono così alle donne di avere un ruolo nell'economia domestica segnando, in alcuni casi, anche le dinamiche della comunità⁴⁹.

Ben dopo l'antico regime però ci fu il fenomeno del baliatico italiano nella Francia meridionale del XIX secolo, in particolare le donne della Garfagnana⁵⁰, ma anche quello presso le famiglie inglesi trapiantate in Egitto durante il XIX secolo verosimilmente trainate dalle lavoratrici domestiche e dalle operaie tessili, come ha ricostruito Antonio Cortese⁵¹, poi ci fu un fenomeno di grande rilievo quando si aprì la strada dell'emigrazione oltreoceano dove la fama della ricchezza del latte materno delle italiane le aveva precedute⁵².

La scelta del baliatico fu foriera di una condizione femminile di emancipazione impreveduta e indiretta, sia riguardo alle altre donne migrate, sia rispetto alla condizione che si era avuta o si tornava ad avere tornando a casa. La condizione di lavoro della balia era infatti legata a notevoli privilegi perché lei entrava nell'orizzonte familiare della padrona, mangiava e si vestiva bene perché necessario per la salute sua e di conseguenza dei lattanti, oltre che per l'onorabilità della famiglia datoriale.

Era comunque una condizione dettata dalla necessità perché le donne partivano sole lasciando a casa i propri figli prima ancora che tutti gli altri oneri familiari. Una scelta emotivamente dolorosa ma anche stigmatizzata pesantemente da uomini e donne. Non era cambiato con l'unità d'Italia l'orizzonte culturale che in passato includeva le donne solo in quanto madri e mogli devote, non era affatto superato il giudizio moralistico che non giustificava – neppure per bisogno – le donne che osavano muoversi da sole lasciandosi alle spalle la protezione maschile, sulla lunga scia di un antico regime che ha fatto molto fatica a

⁴⁷ A. Dadà, *Balie, serve, tessitrici*, in *Storia d'Italia*, Annali, vol. 24, cit., 107-121.

⁴⁸ Fin dal Settecento i mestieri femminili sono quelli non segnalati spesso nelle parrocchie, dove le donne di servizio erano semplicemente indicate come donne appartenenti a questa o quella famiglia, nobile o borghese, nel corso del XIX secolo, non come lavoratrice autonoma. Inoltre, sono spesso caratterizzati da alta mobilità, il lavoro domestico, il piccolo commercio, la manifattura, cfr. A. Dadà, *Balie, serve, tessitrici*, cit., 111.

⁴⁹ S. Cavallo, *Strategie politiche e familiari intorno al baliatico. Il monopolio dei bambini abbandonati nel canavese tra sei e settecento*, in *Quaderni storici*, a. 18, 1983, 53 (2), 391-420; A. Dadà, *Balie da latte: istituzioni assistenziali e privati in Toscana tra XVII e XX secolo*, Trapani, 2002; tuttavia proprio lungo l'antico regime non erano mancate le opinioni fortemente critiche verso il baliatico; filosofi e medici si erano prima concentrati sui possibili esiti nefasti per il bambino, dal Settecento invece anche sulle conseguenze sulla madre, come ricordava M. Barbagli, *Sotto lo stesso tetto. Mutamenti della famiglia in Italia dal XVI al XX secolo*, Bologna, 1984, 367-387 occupandosi delle trasformazioni dei modi di allevare i figli.

⁵⁰ S. Salsi, *Immigrazione italiana delle donne in Francia* in *Dialoghi Mediterranei*, n. 22, 2016.

⁵¹ A. Cortese, *Il baliatico tra otto e novecento*, s.d., <https://www.altreitalie.it/pubblicazioni/rivista/n-53/acquista-versione-digitale/il-baliatico-nellemigrazione-italiana-tra-ottocento-e-novecento.kl>.

⁵² C. Falletti, *L'esodo. L'emigrazione italiana nelle Americhe dal 1861*, Formigine, 2021 *passim*, nota che ad un certo punto fu creato, nel 1913 un ufficio di collocamento femminile che si occupò anche di organizzare corsi di economia domestica.

passare⁵³. Non deve stupirci perché un trattamento simile subirono sempre a ridosso dell'Unità d'Italia le prime Maestre che seppero cogliere l'occasione della scuola dell'obbligo della legge Coppino per uscire da quelle pareti domestiche che avrebbero segnato il loro destino⁵⁴. Eppure, ci sembra innegabile che il baliatico è stata l'eccezione del lavoro femminile dell'epoca, perché decisamente ben pagato rispetto a tutte le altre occasioni (le lavandaie, le cameriere) e in quel contesto davvero prestigioso. Spesso la balia aveva due, tre, volte tanto del salario della servitù della casa.

Dei mestieri tipicamente femminili, per antonomasia quelli domestici, si evidenziava oltretutto lo squilibrio di salario con i lavoratori maschi che fino a tutto il Settecento e i primi anni dell'Ottocento avevano i ruoli più importanti anche nei servizi di domesticità. Persino nel tessile, che si considera in genere settore tipicamente femminile lo sfruttamento ha pesato due volte sulle donne. Anche l'emigrazione tessile si è diversificata con le donne nell'invisibilità del lavoro a domicilio, soprattutto dedite alla fase della filatura (di seta o altro) meno pagata e più precaria, e gli uomini nelle prime industrie con salari di almeno il doppio, finché si fa più importante la richiesta dell'industria pesante che li richiama in altri settori⁵⁵.

Le madri migranti pagarono la scelta di cogliere un'occasione di sopravvivenza familiare fatta con coraggio con la conseguenza anche dell'estraneità sostanziale dei figli lasciati. Sono quelli che oggi chiamiamo «gli orfani bianchi», rimasti con i nonni o affidati ad altre donne che rimanevano⁵⁶. Una condizione che ha caratterizzato anche i flussi contemporanei delle badanti, messe nelle identiche condizioni se non per la possibilità di oggi di un ricongiungimento familiare a volte possibile.

I mestieri profondamente legati alla «natura materna» della donna come unica rappresentazione femminile accettata socialmente, ancora per tutto il XIX secolo, sono stati anche la cifra di un'emigrazione femminile che caratterizzò la fase che dall'Unità d'Italia va fino alla Prima guerra mondiale. Solo dopo quella frattura cambierà davvero moltissimo, a partire dall'abrogazione dell'autorizzazione maritale che, in Italia, la fine della guerra portò con sé⁵⁷.

Le donne rimaste senza l'uomo autorizzante, perché disperso, morto, o tornato incapace per i traumi delle bombe, incappavano in tantissimi limiti per via della loro incapacità giuridica e l'economia del paese – volenti o nolenti – con loro doveva ripartire. Non per convinzione

⁵³ Si pensi che con l'età della Controriforma la fuoriuscita della donna dalla sfera di controllo maschile, da sempre malvista, si esacerba e che le istituzioni caritatevoli al tempo non garantivano la dote alle donne che facevano il mestiere della serva, A. Dadà, *Balie, serve, tessitrici*, cit., 115 ss. In effetti, la dote era una delle obbligazioni di tutela possibili per il datore di lavoro previste dal contratto.

⁵⁴ «Sparsa di tanti triboli» fu la condizione delle prime maestre d'Italia come ha mostrato a partire da un caso marchigiano A. Palombarini, *Storie magistrali. Maestre marchigiane tra Otto e Novecento*, Macerata, 2009; la c.d. *legge Coppino* è la l. n. 3961/1877 che introdusse, diversamente che la c.d. *legge Casati* del 1859, un quadro sanzionatorio in caso di non rispetto dell'obbligo di istruzione elementare.

⁵⁵ A. Dadà, *Balie, serve, tessitrici*, cit., 119-121 ma anche A. Pescarolo, *Il lavoro delle donne nell'Italia contemporanea*, Roma, 2020 per l'imprinting della manodopera femminile a basso costo nella nostra rivoluzione industriale, oppure P. Passaniti, *Diritto di famiglia*, cit., 309, nt. 113 che ci ricorda che anche lo stipendio della Maestra, per lo più rurale, dipendeva da tante variabili e poteva prendere anche solo un quarto di quello del Maestro urbano.

⁵⁶ G. Del Grande, *Donne italiane immigrate in Francia: il mestiere baliatico*, in *Altritaliani*, 8 ottobre 2017, <https://altritaliani.net/donne-italiane-immigrate-in-francia-il-mestiere-baliatico/>, 6 novembre 2023.

⁵⁷ Sull'ampio spettro delle limitazioni di diritto e di fatto imposte attraverso tale istituto alle donne, quali cittadine «mediate» o «incompiute» mi permetto di rinviare al mio N. Contigiani, *La forzatura delle pareti domestiche e la cittadinanza 'mediata'* in P. Passaniti (a cura di), *Lavoro e cittadinanza femminile. Anna Kuliscioff e la prima legge sul lavoro delle donne*, Milano, 2016, 99-121 ed al più recente S. Bartoloni (a cura di), *Cittadinanze incompiute: La parabola dell'autorizzazione maritale*, Roma, 2021.

dunque, ma per necessità, il 17 luglio 1919 si arrivò all'abolizione⁵⁸.

7. Conclusioni. La Prima guerra mondiale prima e poi il Fascismo bloccarono l'espansione migratoria. Per quest'ultimo l'emigrazione divenne un segno di debolezza e di contraddizione con l'immagine di potenza e di crescita demografica che il Regime promuoveva. Sapientemente esso seppe far sparire l'emigrazione per sostituirla con i numeri della presenza del Fascismo nel mondo, i connazionali «straccioni», manodopera della prima ora, divennero «italiani all'estero», rappresentanti del «genio italiano». Le leggi razziali del 1938 fecero il resto⁵⁹. La crisi economica del 1929 aveva scosso gli Stati Uniti e il mondo intero, per cui dopo il blocco d'ingresso agli analfabeti sancito nel 1917, arrivarono anche gli inasprimenti del sistema delle quote. Ciò nonostante, durante il secondo conflitto mondiale molti italiani combatterono con le truppe americane, liberando l'Italia, molti, che ancora non erano americani, furono considerati cittadini di un paese nemico e internati (specie in California)⁶⁰. L'esperienza che vissero fu di un vero e proprio conflitto di cittadinanza con la relativa riproduzione degli squilibri presenti nel paese di origine, ma gli italiani e le italiane di allora vi furono costretti da uno spirito identitario imposto della Patria che poco o nulla tenne conto dei molteplici fattori sociali del fenomeno migratorio.

Il fenomeno dell'emigrazione femminile, però, ci pare di poter dire fu in certo modo ambivalente. Le donne subirono anche oltre i confini della terra patria le oppressioni disciplinanti che le volevano conformi ai modelli tradizionali nativi da un lato, lo smisurato sfruttamento lavorativo e salariale dall'altro, ma le loro esistenze vennero definitivamente stravolte dall'esperienza della migrazione, anche quando fu solo stagionale. Basti solo pensare alla mobilità e all'arricchirsi della dimensione dell'associazionismo nel lavoro, per di più internazionale.

Il velo fu squarciato e la tutela maschile a cerniera del confinamento domestico sempre meno possibile ed efficace oltre gli spazi privati perché le occasioni di ripensarsi, a poco a poco, si venivano comunque moltiplicando.

Abstract. L'Italia liberale affronta i processi migratori, europei ed extracontinentali, condizionata dalla politica della cittadinanza fondata sul modello *ius sanguinis*. Il valore tradizionale del sangue fu scelto come fondativo della cittadinanza liberale e dell'ordine familiare diseguale per ragioni identitarie e di *State building*.

In particolare, gli italiani migranti (adulti e minori) non ebbero garanzie e protezione da parte della madre patria ma doveri ed obblighi da rispettare come quello alla leva obbligatoria.

⁵⁸ G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale, percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, 2011, *passim*, ha spiegato molto chiaramente come il nostro codice civile abbia avuto funzioni che sono andate ben al di là del contenitore legislativo che distrugge e i contenuti del passato e che è stato sostenuto anche con argomenti diretti a negare la centralità della legge, la sua supremazia indiscussa tra le fonti del diritto; in coerenza la discussione sulla presenza o meno dell'autorizzazione maritale nel Codice fu articolata, tanto che l'istituto non era presente nel *Primo Progetto Cassinis* del 1860, ma con la forza anche delle autorità giudiziarie che dettero parere contrario all'abrogazione e nonostante lo spirito di laicizzazione della famiglia voluto da Pisanelli, la forza della tradizione prevalse nell'occasione dell'Unità passando attraverso la voce della Commissione Senatoria che il progetto di quest'ultimo quasi riscrive. L'autorizzazione inserita nel Codice del 1865 finirà, dunque, per essere scalzata solo dalle drammatiche conseguenze del primo conflitto mondiale che portarono con sé le «Norme circa la capacità giuridica della donna». Fu pragmatismo, non spirito d'uguaglianza. Il dibattito si era legato tutto alla relazione patrimoniale con i beni di famiglia che la donna avrebbe potuto o non potuto gestire senza autorizzazione e dal medesimo punto ripartì dopo la guerra, quando senza gli uomini furono le sole a poter/dover fare atti giuridici sui beni, cfr. P. Passaniti, *Diritto di famiglia*, 216-242.

⁵⁹ Il r.d. n. 1381/1938 non fu mai convertito in legge venne ripreso dal r.d. n. 1728/1938.

⁶⁰ S. Sacco, *Noi a casa loro. I migranti italiani in America*, Firenze, 2018, *passim* e M. Petrelli, *L'emigrazione italiana negli Stati Uniti*, Bologna, 2011.

Spesso, il modello dello *ius sanguinis* creò loro una condizione critica: stranieri nei paesi di migrazione e sospetti per l'Italia. In questo contesto, le donne italiane seguirono le politiche familiari di migrazione perché prive di autonomia giuridica ex codice civile 1865. Tuttavia, inaspettatamente, gli esiti delle migrazioni femminili furono di emancipazione.

Le donne emigrate sperimentarono difficoltà ma anche autonomia e riconoscimenti salariali importanti, come nel caso delle balie. Le donne rimaste sole in Italia assunsero compiti e ruoli volti all'esterno della famiglia per l'assenza maschile anche nella gestione patrimoniale con sempre maggiore presenza anche nello spazio pubblico.

Abstract. Liberal Italy faces migratory processes, both European and extracontinental, conditioned by the politics of *ius sanguinis* citizenship model. The traditional value of blood was chosen as the foundation of liberal citizenship and unequal family order for reasons of identity and State building.

Italian migrants (adults and minors) did not have guarantees and protection from the motherland but duties and obligations to be respected. One example was the conscription. Often, this '*ius sanguinis*' model created a critical condition for them. They were foreigners for the new Countries, and they were suspicious citizens for Italy. In this context, Italian women followed family migration policies because they had no legal autonomy under the Civil Code 1865. However, the results of women's migrations were emancipatory, unexpectedly.

The migrated women experienced difficulties but also autonomy and important wage awards, as in the case of nannies. Women who were left alone in Italy took on tasks and roles outside the family. The absence of men became necessary an increasing presence in the public space, also in asset management.

Parole chiave. Italia liberale – codice civile – *ius sanguinis*/*ius soli* – cittadinanza – migrazioni femminili – baliaio.

Key words. Liberal Italy – civil code – *ius sanguinis*/*ius soli* – citizenship – female migrations – wet nursing.

INTRODUZIONE. DALL'EUROPA DELLE REGIONI ALLE PICCOLE PATRIE

di Alberto Lucarelli*

617

Il progetto di Altiero Spinelli¹ era quello di un'Europa che fosse, da un lato, un'Unione federale di Stati e, dall'altro, però, anche un assetto con un forte decentramento interno nei singoli Stati membri.

Pluralismo accentuato all'interno degli Stati. L'unità federale bilanciata da un pluralismo istituzionale delle Regioni, che ovviamente risentiva del passato recente e dell'esigenza di realizzare un'articolazione dei poteri su base territoriale. L'obiettivo sarebbe stato quello di riuscire a tenere insieme un'Europa di Stati federati e un'Europa di Regioni e comunità locali, in grado di coniugare il moto centripeto, unificante, con quello centrifugo, di valorizzazione delle autonomie territoriali. Ovviamente, da stabilire sarebbe stata la questione del potere da attribuire alle Regioni: se politico-legislativo o unicamente a carattere amministrativo. Oggi questi temi sono di grande attualità e tornano ancor più di attualità laddove la discussione del rafforzamento politico dell'UE² impone di dare ad essa una struttura federale quindi un tipo di Stato nel quale siano rappresentati i cittadini europei, ma, altresì, i territori.

È evidente che si tratta di capire se, in una logica federale, i territori debbano essere gli attuali Stati membri, o, piuttosto, le attuali articolazioni regionali. Insomma, quello che appare, in una visione prospettica federativa, è che, pur nella valorizzazione del pluralismo, le articolazioni periferiche debbano essere assunte progressivamente dai singoli Stati. La competizione su piani globali non consente frammentazioni di centri di decisione politica. Occorre, quindi, indirizzarsi verso un modello che sia in grado di garantire centri di decisione unitari, nel rispetto delle periferie.

Ma tale processo ha bisogno di un obiettivo chiaro e diretto: andare oltre la tirannia delle autarchie statali, oltre la dimensione inter-statale e intergovernativa, fondata sulla mediazione tra Stati e, ancora, sul concetto di Nazione; proprio quello che, degenerando in nazionalismo, ha provocato, nel XX secolo, le due guerre mondiali. L'idea che l'Europa sia governata più dal Consiglio europeo, che dalla Commissione o dal Parlamento europeo indebolisce la stessa idea di un'Europa politica.

In sostanza, potrà parlarsi di Europa delle Regioni, anche per contrapporsi all'idea di piccole patrie identitarie, soltanto in uno Stato realmente federale.

* Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II.

¹ A. Spinelli, E. Rossi, *Per un Europa libera e unita. Progetto per un manifesto*, 1941, rinvenibile qui: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/Per_unEuropa_libera_e_unita_Ventotene6.763_KB.pdf. Si v. altresì: https://european-union.europa.eu/document/download/87057bd7-0c9f-492a-80a4-5c5f7a702cd0_it?filename=eu-pioneers-altiero-spinelli_it.pdf.

² In tal senso, si rinvia da ultimo al Rapporto sul mercato interno dell'Unione europea di E. Letta, *Much more than a market, Speed, security, solidarity, Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*, April 2024, nonché al discorso di Mario Draghi alla Conferenza di alto livello sul Pilastro europeo dei diritti sociali del 15 aprile a La Hulpe, <https://www.radioradicale.it/scheda/726406/lintervento-di-mario-draghi-alla-conferenza-di-alto-livello-sul-pilastro-europeo-dei>.

Il separatismo emergente in diversi Paesi (Scozia, Spagna, Italia, Europa dell'Est) ripropone un'idea di Europa, quella delle piccole patrie, che poco o nulla ha a che vedere con una concezione veramente federalista, a partire da quella inizialmente elaborata dal pensiero di Spinelli, ma anche di Cattaneo, Salvemini, Mazzini³. Lo stesso progetto Calderoli sul regionalismo differenziato⁴ in Italia è sostanzialmente un progetto antieuropeo, o sicuramente contrario alla cessione di sovranità rispetto ad un'Europa federale e politica.

Cattaneo riteneva che la valorizzazione delle tradizioni locali dovesse essere solo il primo passo della costruzione di entità unitarie più ampie⁵. Il processo di costruzione europea non poteva non fondarsi su un principio di uguaglianza, che si concretava nella comprensione e nella piena accettazione dell'altro. E allora ci si domanda, ma quale empatia verso gli altri popoli può essere anche lontanamente individuata nelle istanze che vengono dai movimenti indipendentistici ed identitari?

In Italia, è sotto gli occhi di tutti, come, proprio nei territori più ricchi, stia prevalendo l'idea di poter meglio fronteggiare la crisi separandosi politicamente e economicamente dal resto dello Stato.

La mappa dei movimenti autonomistici e secessionistici, al di là di differenze non sempre nette, mostra quanto diffusi siano i focolai indipendentistici in Europa e quali rischi corra il progetto dell'unità europea⁶. L'indipendentismo, con l'eccezione del leghismo italiano, non si presenta sempre, formalmente, con i caratteri del populismo anti-europeo.

Tuttavia, non essendo, oggi, più legato all'irredentismo ed essendo motivato da ragioni economiche di parte, assume i caratteri del micro-nazionalismo ed irroria il progetto europeo di valori poco compatibili con la struttura inclusiva e democratica che dovrebbe avere. E, per comprenderlo, bisogna ripartire dall'idea di Nazione. In proposito, Ernest Renan scriveva, nel 1882⁷, pagine, per molti aspetti, ancora insuperate.

Nella sua analisi, egli distingueva due approcci: il primo, includeva tutte le concezioni di Nazione a carattere etnico, religioso, linguistico, geografico ed economico; il secondo, che Renan giudicava adeguato, faceva riferimento ad una memoria condivisa e ai valori comuni.

Una Nazione si definisce tale quando il suo popolo si riconosce nelle vicende storiche passate e aderisce a comuni valori. Si comprende, quindi, che l'idea antica di Nazione identitaria debba uscire indebolita dalla storia recente dell'Europa, che, seppur tra tante difficoltà e contraddizioni, prova a caratterizzarsi con una dimensione politica unitaria, tesa all'affermazione dei principi della democrazia liberale. La proiezione è in una Nazione europea che sappia ritrovare i valori che uniscono nella storia e nelle tradizioni, piuttosto che quelli divisivi.

Ma se questo è l'obiettivo, a maggior ragione ne escono indeboliti il micro-nazionalismo ed il regionalismo degli egoismi, dei particolarismi, delle differenze, tesi a marcare le disuguaglianze, ben al di là di un regionalismo che, in una ottica di pluralità e solidarietà, prova

³ Cfr. G. Mazzini, *La Santa Alleanza dei popoli, Un nuovo scritto*, Roma, 1849; A. Chiti-Batelli (a cura di), G. Mazzini, *Il federalismo nella storia del pensiero*, in *Il federalista. Rivista di politica*, XLI, 1, 1999, 57 ss.; G. Salvemini, *Le più belle pagine di Carlo Cattaneo*, Roma, 1993; G. Galasso, *Da Mazzini a Salvemini: il pensiero democratico nell'Italia moderna*, Firenze, 1974; F. Canfora, *Federalismo europeo e internazionalismo da Mazzini ad oggi*, Firenze, 1954; S. Mastellone, *Il progetto politico di Mazzini: Italia-Europa*, Firenze, 1994; A. Levi, *La filosofia politica di Giuseppe Mazzini*, Bologna, 1917; G. Salvemini, *Mazzini*, Catania, 1915.

⁴ Si v. <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01372900.pdf>.

⁵ Cfr. C. Cattaneo, *Stati Uniti d'Italia. Scritti sul federalismo democratico*, Roma, 2010; L. Colucci, *Carlo Cattaneo nella storiografia. Studi su Risorgimento e federalismo dal 1869 al 2002*, Milano, 2004.

⁶ Sul punto, si v. T. Cerruti, *Istanze indipendentiste nell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3, 2015; A. Mastromarino, *Addomesticare la secessione: indipendentismo e integrazione europea in dialogo*, in *Percorsi costituzionali*, 3, 2014, 639 ss.

⁷ Cfr. E. Renan, *Che cosa è una nazione*, Conferenza tenuta alla Sorbona l'11 marzo 1882, Roma, 2004, rinvenibile qui: <https://www.democraziapura.it/wp-content/uploads/2015/10/1882-Renan.pdf>.

a coniugarli con autonomia e decentramento delle funzioni. Ciò anche quale legittima espressione di un modello che, nel rispetto delle eguaglianze economiche e sociali, prova ad affermare i giusti principi della democrazia di prossimità⁸.

In questa visione di unità e pluralità, le articolazioni territoriali non soltanto sono importanti per affermare pluralismo e democrazia della prossimità⁹, andando di più e meglio verso le esigenze dei diritti dei cittadini, ma possono, altresì, rappresentare un freno alle velleità identitarie delle piccole patrie, dove il *prins* è la differenziazione e l'affermazione della propria identità.

Se le antiche divisioni dell'Europa ottocentesca, perlomeno dell'Europa c.d. occidentale, sono in gran parte esaurite, a maggior ragione appaiono anacronistiche le visioni ancora più particolaristiche.

Il regionalismo, funzionale a un'Europa federale, oggi può costituire uno strumento di difesa per le popolazioni che ancora scontano una qualche forma di disparità: è il caso degli irlandesi nell'Ulster, dei baschi in Spagna e di altre comunità più piccole sparse per il resto d'Europa. In tutti gli altri casi, ed in particolare in Catalogna, Scozia, Fiandre e Nord Italia, non sussiste alcuna condizione di oppressione o discriminazione ed il micro-nazionalismo costituisce un pericolo per l'idea democratica dell'Europa e per il consequenziale progetto federativo.

E lasciatemi concludere con l'Italia, prima di aprire i lavori. Nel caso italiano, con il regionalismo differenziato, non stiamo discutendo di autonomia. Un concetto, a mio avviso, molto positivo, ma di processi politici che hanno l'ambizione di tutelare e creare «piccole patrie» identitarie, che nulla hanno a che vedere con i nobili principi dell'autonomia e del decentramento tipici del regionalismo.

Le autonomie, ancor più, hanno un significato positivo rispetto al tipo di Stato, all'interno del quale il potere è organizzato a più livelli.

La differenziazione è tutt'altro. Innanzitutto, è qualcosa che frenerà il progetto federale dell'Europa, che, al contrario, dovrà basarsi, come si è detto, sul ruolo importante delle Regioni in una logica di unità e pluralismo¹⁰. Ma, soprattutto, è tutt'altro, perché è un processo fondato su un obiettivo: ovvero che alcuni soggetti all'interno dello stesso Paese diventino più potenti e più ricchi rispetto ad altri. Si tratta di un progetto antistorico e anti europeo. L'auspicio è che le pulsioni identitarie non si pongano quale ostacolo ad un'Europa federale e liberal-democratica, il loro spazio va limitato e soprattutto marginalizzato.

Abstract. Il progetto di Altiero Spinelli era quello di un'Europa che fosse, da un lato, un'Unione federale di Stati e, dall'altro, però, anche un assetto con un forte decentramento interno nei singoli Stati membri. Pluralismo accentuato all'interno degli Stati. L'unità federale bilanciata da un pluralismo istituzionale delle Regioni, che ovviamente risentiva del passato recente e dell'esigenza di realizzare un'articolazione dei poteri su base territoriale. L'obiettivo sarebbe stato quello di riuscire a tenere insieme un'Europa di Stati federati e un'Europa di Regioni e comunità locali, in grado di coniugare il moto centripeto, unificante, con quello

⁸ In questo senso, sia consentito il rinvio a A. Lucarelli, *Il modello sociale ed economico europeo*, in Id., A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, in *Quad. Rass. Dir. pubbl. eur.*, 5, 2009, 279 ss.; A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, in *Quad. Rass. Dir. pubblico eur.*, 1, 2003, *passim*; A. Lucarelli, *Diritti sociali e principi "costituzionali" europei. Dalla Carta europea dei diritti fondamentali al Progetto di Trattato costituzionale*, in *Democrazia e diritto*, 3, 2003, 179 ss.

⁹ Cfr. L. Chieffi, *La dimensione statale tra integrazione europea e disarticolazione del sistema delle autonomie*, in Id. (a cura di), *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, in Id. (a cura di), *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, Torino, 2003, 16 ss.

¹⁰ In quest'ottica, A. Lucarelli, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Consulta online, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 7 luglio 2020, 1 ss.

centrifugo, di valorizzazione delle autonomie territoriali. Ovviamente, da stabilire sarebbe stata la questione del potere da attribuire alle Regioni: se politico-legislativo o unicamente a carattere amministrativo. Oggi questi temi sono di grande attualità e tornano ancor più di attualità laddove la discussione del rafforzamento politico dell'UE impone di dare ad essa una struttura federale quindi un tipo di Stato nel quale siano rappresentati i cittadini europei, ma, altresì, i territori.

Abstract. Altiero Spinelli's project envisioned a Europe that was, on the one hand, a federal union of states and, on the other hand, an entity characterized by strong internal decentralization within the individual member states. This entailed accentuated pluralism within the states. Federal unity would be balanced by institutional pluralism of the regions, influenced by the recent past and the need to achieve a distribution of powers on a territorial basis. The objective was to create a Europe consisting of both federated states and regions, and local communities, capable of combining the centripetal, unifying force with the centrifugal force that enhances territorial autonomies. The question of the power to be attributed to the regions would need to be resolved: whether it should be political-legislative or solely administrative. Today, these issues are highly topical, especially in the discussions on the political strengthening of the EU, which necessitates a federal structure – a form of state in which both European citizens and territories are represented.

Parole chiave. Europa – Regioni – piccole patrie – federalismo – autonomie territoriali.

Key words. Europe – Regions – small countries – federalism – territorial autonomies.

DALL'EUROPA DELLE REGIONI ALL'EUROPA DELLE PICCOLE PATRIE

di Franco Roberti*

621

L'art. 5 Cost. – conciliando mirabilmente principi tra loro apparentemente antitetici – identifica i caratteri della Repubblica che, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio «decentramento amministrativo»; adegua i principi ed i metodi della «sua» legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento.

In attuazione di questi principi, l'originario articolo 117 Cost. affermava il primato della legge statale sulle «norme regolative regionali» per assicurare che queste non fossero in contrasto con l'«interesse nazionale» e con quello di altre Regioni.

Spazzato via quest'ultimo principio con la riforma del 2001 – che ha lasciato, tuttavia, intatto l'articolo 5 – l'attuale articolo 116, c. 3, Cost., prevede, invece, che possano essere attribuite alle Regioni a statuto ordinario «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» concernenti le materie indicate dall'art. 117: le 23 di esclusiva potestà statale (limitatamente alla organizzazione della giustizia di pace, all'istruzione e alla tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali) e le 20 di potestà legislativa concorrente.

Le modifiche apportate al titolo V della Costituzione nel 2001 e la l. n. 42/2009, attuativa della riforma, legittimano le disuguaglianze tra i territori e il divario già esistente tra Nord e Sud quanto a ricchezza e a raccolta di tributi e, quindi, a servizi per i cittadini. L'autonomia diventerebbe strumento per trattenere le risorse tributarie sul territorio cristallizzando le diverse disponibilità finanziarie esistenti fra le Regioni: un conto è che i residui fiscali di tassazione regionale vengano ripartiti secondo un sistema di redistribuzione alle Regioni in difficoltà, «attraverso rigorosi criteri perequativi», altro è invece che restino a completa disposizione delle Regioni con maggiori entrate, in assenza della determinazione di livelli essenziali di prestazione garantiti «uniformemente» per tutto il territorio nazionale e della «clausola di supremazia» della legge statale, a tutela dell'interesse nazionale e di quello delle altre Regioni.

L'attuale proposta altera l'equilibrio istituzionale e rischierebbe, se approvata, di provocare una disgregazione dello Stato, trasferendo di fatto in maniera esclusiva il potere legislativo in ambiti fondamentali alle Regioni, tra cui la sanità, l'ambiente, il lavoro, la scuola, il commercio estero, le politiche di trasporti, tutti settori strategici e determinanti per realizzare i principi di solidarietà ed eguaglianza scritti nella Carta e da promuovere sull'intero territorio nazionale. Di fatto un decentramento che indebolirebbe la forza unitaria dello Stato e potrebbe alimentare forze centrifughe. Di sicuro ben lontano dal modello tedesco che ha realizzato una reale autonomia regionale ma regolata da un governo federale che mantiene interamente la prerogativa di guida nelle scelte di interesse comune e forte anche di una supremazia legislativa anche nei settori di normativa concorrente.

Si tratterebbe di una devoluzione a costo zero per lo Stato, che non prevede misure e risorse proprie non solo destinate a rimediare alle disuguaglianze territoriali esistenti e radicate storicamente, ma anche a gestire e a realizzare l'autonomia, obbligando tutte le Regioni, anche

* Già parlamentare europeo.

le più ricche, a cercare finanziamenti nel territorio.

Questo regionalismo differenziato potrebbe generare una progressiva deriva locale a danno della dimensione globale e nazionale delle politiche sociali ed economiche, tale da impattare negativamente molti settori della vita quotidiana dei cittadini: scuola, salute, ambiente, lavoro, sicurezza, servizi sociali, mobilità verrebbero pianificati ed erogati ai cittadini sulla base di standard regionali. In questo modo verrebbe travolta proprio la tutela dei diritti, civili e sociali, richiamati dall'art. 117, che diverrebbero dipendenti esclusivamente dal potere economico e tributario del governo regionale. Oltre alle ragioni storiche, politiche, linguistiche, culturali o utopiche nostalgie del passato, a supporto della richiesta di autonomia avanza in prima linea una forte motivazione di ordine economico. Si sostiene che i territori ricchi con l'autonomia avrebbero un guadagno netto perché sarebbero finalmente liberi dall'obbligo di contribuire al bilancio nazionale che dirotta il «disavanzo» fiscale verso le zone più povere. Inoltre, dietro queste pulsioni particolaristiche prevale l'opinione che, per fronteggiare meglio il futuro incerto, sia necessario liberarsi della zavorra delle Regioni in difficoltà. Tale argomento ruota su due pilastri valoriali: quello di merito e quello di colpa, mentre la retorica del discorso è tanto semplice quanto disarmante: se siamo più ricchi è merito nostro e delle nostre capacità, per cui è legittimo che i soldi ci appartengano e restino a noi. Un ragionamento chiaramente fallace costruito su un concetto, alquanto problematico, di meritocrazia individuale e territoriale, che assegna meriti e colpe sulla base di giudizi meramente soggettivi e di interesse in contrasto con il fatto evidente che molto spesso lo sviluppo di un territorio è frutto di condizioni oggettive, come per esempio una posizione geografica favorevole.

Ciò suggerisce una riflessione filosofica/giuridica sulla questione di equità e di giustizia territoriale da interpretare come componenti caratterizzanti la giustizia distributiva in generale. Da affiancare a una lettura politica per individuare i paradigmi utili ad analizzare il ruolo e la funzione di queste Regioni che assumerebbero sempre più le fattezze di Regioni-Stato con competenze amplissime, «ma con poche o nulle responsabilità istituzionali nello scenario internazionale».

Lo Stato centrale potrebbe conservare un potere legislativo solo su ambiti residuali, scompaginando le politiche strategiche nazionali ed internazionali e creando una seria problematica nel recepimento delle direttive comunitarie, che rischierebbero di arenarsi contro gli scogli della proliferazione normativa delle competenze regionali.

Così verrebbe meno il modello tradizionale di solidarietà inclusiva a livello nazionale e prenderebbe corpo la figura della solidarietà regionale competitiva, basata su un darwinismo istituzionale ed arroccata a proteggere le proprie basi impenabili e a gestirle senza alcun vincolo redistributivo. La mancanza di un quadro istituzionale ed economico generale a livello europeo darebbe vita a tanti piccoli staterelli diseguali e ultra-competitivi tra loro. Non è difficile immaginare l'effetto distruttivo per l'unità dello Stato e gli effetti devastanti per le Regioni meridionali, già deboli sul versante delle retribuzioni, dei servizi e della «tutela dell'ambiente». Non è da escludere che anche le Regioni ricche del Nord potrebbero subire, date certe condizioni come alluvioni, pandemie, disastri ambientali, un effetto negativo sul tenore di vita, qualità del lavoro e dei servizi generali erogati ai cittadini.

Vorrei ricordare che il concetto di solidarietà ha non soltanto un valore di impegno etico (è la traduzione laica della carità cristiana, a sua volta una ritrascrizione della pietas romana, con una differenza sostanziale di natura giuridica vincolante: il potere politico statale ha inverte l'idea tutelando l'eguaglianza mediante l'azione normativa pubblica e non più lasciata a comportamenti individuali e privati), ma rappresenta anche un indirizzo di scuola economica opposto al liberalismo competitivo ed individualistico.

Qui tocco un tema più vicino alla mia esperienza. Se vince l'indifferenza istituzionale riguardo

alla povertà e alle disuguaglianze territoriali c'è il rischio concreto che, oltre a prodursi un effetto devastante sui principi che governano la società, si confezioni un enorme regalo per le mafie locali e transnazionali, che potranno incrementare il loro volume di affari sostituendosi facilmente al welfare pubblico già in crisi.

Non per caso, le mafie hanno sempre appoggiato i movimenti separatisti, come i tentativi di svolta autoritaria nel governo del nostro Paese.

Le organizzazioni criminali beneficerebbero – più di quanto già fanno – della debolezza istituzionale, economica, sociale e politica di un paese frammentato in un regionalismo asimmetrico e competitivo.

Finché la narrativa di certe forze politiche considererà i differenti livelli di ricchezza regionali come naturali conseguenze dei comportamenti di coloro che vi abitano, sia per incapacità loro sia per incapacità della politica locale, le mafie di ogni tipo avranno ulteriori spazi d'azione per infiltrare la società e l'economia legale. A fronte di una certa politica che esorta a creare piccole patrie ed alzare muri, il welfare mafioso potrebbe insediarsi e presentarsi quale unica opportunità in un territorio abbandonato dalla politica e dalle istituzioni refrattarie ai principi di solidarietà e uguaglianza.

Devo, infine, ricordare che il principio di solidarietà contribuisce «ancora» a ispirare le politiche di coesione europee nei confronti delle Regioni con un reddito medio europeo più basso, benché tali politiche appaiano funzionali alla realizzazione del mercato unico in linea con la «*governance*» economicista che da sempre caratterizza l'Unione europea.

Purtroppo, anche in Europa spirano forti le opinioni critiche rispetto ai programmi di investimenti destinati alle Regioni meno favorite. Opinioni che raccolgono e diffondono una generalizzata insofferenza verso l'idea stessa di redistribuzione. Conseguenza forse di anni di politiche economiche e sociali europee all'insegna del richiamo delle sirene liberiste o di ricette ultraliberali: austerità fiscale e vincoli di bilancio a danno dei diritti acquisiti dei cittadini hanno minato la fiducia e il sostegno dell'opinione pubblica all'Europa delle riforme. Questo doppio movimento politico, ideologico, sociale, che a volte aggrega forze solidaristiche e a volte potenti spinte egoistico-autonomiste, lo si ritrova nel processo di integrazione politica europea. Infatti, nonostante i notevoli progressi verso un ampliamento delle competenze comunitarie, l'architettura istituzionale europea resta intergovernativa, basata sul principio dell'unanimità del voto in seno al Consiglio, che blocca ogni decisione che possa disturbare gli interessi nazionali dei singoli Stati membri.

Due differenti orientamenti politici frutto di due visioni di Europa diametralmente opposte: una sovranazionale, federale, fondata sulla solidarietà; l'altra intergovernativa, a trazione nazionale, dominata da interessi che si fermano alle frontiere degli Stati, simile a una alleanza di piccole patrie che condividono una concezione sovranista, suprematista, anti-europea.

Il tema di questo incontro va messo in prospettiva con quello dell'identità europea, della cittadinanza europea, centrale per il destino sia dell'Europa che degli Stati nazionali. Qui e ora è più urgente osservare che le richieste di autonomia mascherano forme politiche identitarie volte a proteggere il livello di benessere sociale ed economico delle Regioni più ricche da interferenze di ordine globale, producendo uno scivolamento di punti di riferimento che va dall'Europa alla Nazione alle Regioni fino alle piccole patrie. Il riconoscimento di forme di autonomia, se non persino di indipendenza, che alcuni territori europei proclamano – esemplare è il caso catalano – attraversa la politica europea e costituisce un fenomeno eterogeneo identitario o euroscettico che ingloba e mescola partiti, movimenti diversi e distanti tra loro. In contraltare a un'Europa tesa, sebbene a geometria variabile, a superare gli egoismi nazionali forieri di odii, guerre e distruzioni.

In conclusione, sembra sempre più diffusa la narrazione identitaria di piccole e grandi patrie che trova nell'invenzione di tradizioni il filo per annodare le spinte politiche e le aspettative

dei cittadini e nella creazione del nemico il collante ideologico per far fronte alle avversità. L'autonomia regionale differenziata – che qualcuno già definisce «sovranoismo regionale» – cambierebbe l'Italia in modo irreversibile, ma segnerebbe anche l'inizio della fine del sogno di integrazione politica europea verso un mondo libero dalle paure e dall'odio, più solidale, più giusto e più rispettoso della dignità umana.

Abstract. Il tema dell'incontro va messo in prospettiva con quello dell'identità europea, della cittadinanza europea, centrale per il destino sia dell'Europa che degli Stati nazionali. Qui e ora è più urgente osservare che le richieste di autonomia mascherano forme politiche identitarie volte a proteggere il livello di benessere sociale ed economico delle Regioni più ricche da interferenze di ordine globale, producendo uno scivolamento di punti di riferimento che va dall'Europa alla Nazione alle Regioni fino alle piccole patrie. Il riconoscimento di forme di autonomia, se non persino di indipendenza, che alcuni territori europei proclamano – esemplare è il caso catalano – attraversa la politica europea e costituisce un fenomeno eterogeneo identitario o euroscettico che ingloba e mescola partiti, movimenti diversi e distanti tra loro. In contraltare a un'Europa tesa, sebbene a geometria variabile, a superare gli egoismi nazionali forieri di odi, guerre e distruzioni.

Abstract. The theme of the meeting must be put into perspective with that of European identity and citizenship, which are central to the destiny of both Europe and the nation-states. Currently, it is crucial to observe that demands for autonomy often mask identity politics aimed at protecting the social and economic well-being of the wealthiest regions from global interference. This phenomenon results in a shift in reference points from Europe to the Nation, to the Regions, and ultimately to small homelands. The recognition of forms of autonomy, and even independence, proclaimed by some European territories – exemplified by the Catalan case – intersects with European politics and constitutes a heterogeneous identity or Eurosceptic phenomenon. This phenomenon encompasses and amalgamates diverse and distant parties and movements, contrasting with a Europe that strives, albeit in a variable geometry, to transcend national egoisms, which are the precursors of hatred, war, and destruction.

Parole chiave. Regionalismo differenziato – autonomie – piccole patrie – Europa – solidarietà.

Key words. Differentiated regionalism – autonomies – micro-nations – Europe – solidarity.

EUROPA DELLE REGIONI *VERSUS* PICCOLE PATRIE?*

di Gennaro Ferraiuolo**

Sommario. 1. Una premessa e qualche domanda. – 2. Delle nozioni «multiformi e porose». – 3. Il «patriottismo» (e la patria) come valori. – 4. Misurare le patrie. – 5. Oltre il pregiudizio statalista. – 6. Un lessico comune per distinguere.

625

1. Una premessa e qualche domanda. L'occasione di confronto da cui trae origine la presente riflessione¹ ci pone innanzi ai due orizzonti della «Europa delle regioni» e delle «piccole patrie». Essi generano alcuni interrogativi tra loro collegati, per alcuni versi sovrapponibili.

Ci si può chiedere, in primo luogo, se si tratti di prospettive tra loro compatibili oppure inconciliabili e dunque alternative. Detto in altro modo: in Europa – nell'Unione europea – vi è spazio solo per le «regioni» o anche per le «piccole patrie»?

La seconda domanda concerne il movimento che il titolo dell'iniziativa suggerisce: «dall'» Europa delle regioni «alle» piccole patrie. Questo andamento è soltanto rilevato o ad esso è sotteso un giudizio di valore, che intende cogliere una degenerazione, potenziale o in atto?

Assumendo la visione dominante sui temi che ci occupano, le domande appena poste risulteranno in larga misura retoriche. Le piccole patrie sono infatti diffusamente e indistintamente percepite quali manifestazioni di egoismo territoriale, incentrate per lo più su rivendicazioni di natura finanziaria; esse sono ritenute espressione di impulsi disgregativi (quando non tribali e reazionari), contrari al verso naturale della storia². Ne discenderebbe un'insanabile contraddizione tra le istanze delle piccole patrie (quando non addirittura tra la loro rivendicazione di esistenza e riconoscimento) e le sorti del processo di integrazione europea, per il quale le prime costituirebbero soltanto una pericolosa minaccia.

Le riflessioni che seguono non sono rivolte (quantomeno non direttamente e categoricamente) a fornire una diversa risposta agli interrogativi formulati, sconfessando la lettura *mainstream* cui si è fatto riferimento; più semplicemente, intendono mettere in luce alcune omissioni o fraintendimenti analitici, che potrebbero suggerire, nell'affrontare il tema, il ricorso ad approcci meno netti e generalizzanti.

2. Delle nozioni «multiformi e porose». Discorrendo di populismo, ci si è riferiti ad esso in termini di categoria «multiforme e porosa»³: ben evidenziando, attraverso un ricco

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II.

¹ Si tratta, precisamente, della tavola rotonda dal titolo *Dall'Europa delle regioni alle piccole patrie*, tenutasi il 26 ottobre 2023 presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Università degli studi di Napoli Federico II, in relazione alla quale cfr. A. Lucarelli, *Introduzione. Dall'Europa delle Regioni alle piccole patrie*, nel presente fascicolo di questa rivista.

² In tal senso v. F. Abbondante, S. Parisi, S. Prisco, *Note introduttive*, in F. Abbondante, S. Parisi, S. Prisco (a cura di), *Ritornano le piccole patrie? Autodeterminazione territoriale. Secessioni. Referendum*, Napoli, 2020, VIII ss.; A. Lucarelli, *Introduzione*, cit.

³ Così A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020, 46. Una idea analoga può ritenersi sottesa alla efficace immagine del «complesso di Cenerentola» utilizzata sempre in riferimento alla variegata

itinerario analitico, come sia possibile individuare, muovendosi nel tempo e nello spazio, un «populismo di destra, teso all'autoritarismo e all'etnicismo e [...] un populismo di sinistra, che pone l'accento sulle disuguaglianze sociali»⁴; un «populismo della partecipazione» e un «populismo di risultato, finalizzato al raggiungimento di atti decisori, a prescindere dal processo posto in essere»⁵; un «populismo liberista e sovranista» e uno «democratico, plurale, ecologista e sociale»⁶; un populismo che legge il territorio in termini «escludenti e proprietari» e un altro che ne fa invece «il luogo ove esercitare diritti di cittadinanza, senza logiche predatorie ed estrattive»⁷.

«Multiforme e porosa» appare – forse più dell'idea di populismo, in ragione di una stratificazione analitica particolarmente profonda – l'idea di «patria»; e altrettanto può dirsi per i suoi più noti succedanei – la «nazione» – e per i derivati di entrambi i termini: il «patriottismo» e il «nazionalismo». Si riscontra allora, anche in questo caso, l'urgenza di uno sforzo teso a pervenire a convenzioni stipulative coerenti, tese a scongiurare usi strumentali dei richiamati concetti che rischiano di condizionare aprioristicamente gli esiti ricostruttivi, minandone l'attendibilità. Uno sforzo che non può che essere condotto in chiave interdisciplinare, nel tentativo – dalla prospettiva giuridica – di restituire «nel mondo del diritto – del diritto costituzionale in specie – le costruzioni fattuali»⁸ elaborate su altri piani di indagine (nel caso che ci interessa, in primo luogo sul piano sociologico e politologico).

3. Il «patriottismo» (e la patria) come valori. Nella direzione indicata, un dato da cui partire può essere rappresentato dalla consistenza valorialmente positiva spesso attribuita al «patriottismo» e dunque – dovrebbe ritenersi – alla patria.

Senza entrare, per ora, sul versante dimensionale (le patrie grandi e le patrie piccole, i grandi patriottismi e i piccoli patriottismi) i «patrioti» sono ritenuti, in molte autorevoli ricostruzioni, il prezioso e irrinunciabile contraltare dei «nazionalisti»: «la storia insegna che contro il nazionalismo serve poco alzare la bandiera del cosmopolitismo, un ideale nobile che convince la ragione ma non tocca le passioni ed è sempre stato, e sarà sempre, principio di ristrette élites intellettuali». Un siffatto approccio – l'inadeguatezza del cosmopolitismo quale argine del nazionalismo, e la necessità dunque di far leva sul patriottismo per resistervi – è ripreso dagli studi di Maurizio Viroli⁹, ma trova in letteratura un riconoscimento ampio (per alcuni versi inatteso), più o meno esplicito, suggerito da molteplici prospettive analitiche¹⁰.

fenomenologia populista: proposta da Isaiah Berlin in una conferenza del 1967, essa è stata ripresa in Italia da M. Tarchi, *Italia populista. Dal qualunque a Beppe Grillo*, Bologna, 2015, 27.

⁴ A. Lucarelli, *Populismi*, cit., 45-46.

⁵ *Ivi*, 90.

⁶ *Ivi*, 99-101.

⁷ *Ivi*, 109.

⁸ Cfr. S. Staiano, *Prolegomeni minimi a una ricerca forse necessaria su forma di governo e sistema dei partiti*, in *Federalismi.it*, 3, 2012, 15-16.

⁹ Cfr., M. Viroli, *Nazionalisti e patrioti*, Bari-Roma, 2019, 16 ss. e 80 (da cui è ripresa la citazione testuale).

¹⁰ Cfr., ad esempio, D. Rodrik, *The Globalization Paradox. Democracy and the Future of the World Economy*, New York-London, 2011, trad. it. *La globalizzazione intelligente*, Roma-Bari, 2015, 324 (dove si legge: «la costruzione di comunità politiche transnazionali è un progetto di élites globalizzate sintonizzate largamente sulle loro esigenze»); F. Fukuyama, *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, London, 2018, trad. it. *Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi*, Milano, 2019, 106 (che nel contesto del liberalismo rileva come «il principio di riconoscimento universale e paritario si è mutato nello specifico riconoscimento di gruppi particolari»); M. Aime, *Comunità*, Bologna, 2019, 20-21; M. Revelli, *Populismo 2.0*, Torino, 2017, 39 ss.; G. Orsina, *La democrazia del narcisismo. Breve storia dell'antipolitica*, Venezia, 2018, 94; G. Scaccia, *Il territorio tra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 23; P. Bianchi, *Leggende e miti del costituzionalismo globale*, in *Nomos*, 3, 2023. In termini più generali, su questi temi, v. ora F. M. De Sanctis, *Nazione e cosmopolitismo*,

Quando si addentra in una più approfondita considerazione dei concetti in questione, lo stesso Viroli avverte però l'esigenza di operare una serie di distinzioni che paiono attenuare la nettezza dello schema di partenza (nazionalisti *versus* patrioti)¹¹: ad una patria «vera» se ne può infatti contrapporre una (falsa?) dal «significato prevalentemente culturale»¹². In termini analoghi, un «affetto patrio ben concepito» (ricondotto al pensiero di Mazzini a Dante)¹³, dovrebbe presupporre uno «mal concepito»; e alla «patria del popolo», ispirata dall'ideale dell'eguaglianza dei cittadini, fa da contraltare la «patria dei re», che nega quell'ideale¹⁴; in definitiva, vi potrà essere una patria che «agisce male», e pertanto «merita di scomparire», contrapposta a quella che va invece difesa¹⁵.

Allo stesso modo, gli elementi naturalistici non scompaiono mai del tutto dalle visioni ascrivibili al patriottismo: più semplicemente, retrocedono in secondo piano rispetto a quelli volontaristici (orientati, in una dimensione politica, agli ideali di libertà ed eguaglianza)¹⁶, continuando a vivificare, silenziosamente, le «nazioni inviolabili» e i «popoli liberi»¹⁷: «il 'sentimento di nazionalità' non è una costruzione artificiale, ma una genuina passione umana, particolarmente forte fra quei popoli che hanno conquistato tardi la loro indipendenza»¹⁸. D'altra parte, è diffusa – e autorevolmente prospettata – una duplicità di «modi di considerare la nazione: quello 'naturalistico', che fatalmente sbocca nel razzismo e quello 'volontaristico'»¹⁹; e sullo specifico terreno della dottrina costituzionalistica si è distinto un pensiero «nazionalitario», dal «respiro umanitario od universalistico», dall'«esclusivismo particolaristico» di un «nazionalismo in senso deteriore»²⁰. Va anche segnalato come non sia raro in letteratura il ricorso allo stesso concetto di nazionalismo in una valenza «neutra e descrittiva», che lo affranca dalla portata degenerativa che gli è comunemente associata²¹.

Dai passaggi richiamati, si ricava la complessiva sensazione che sia tutt'altro che infrequente il rischio di imbattersi in una patria dei nazionalisti o in una nazione dei patrioti.

Poco convincenti appaiono peraltro i tentativi di neutralizzare la carica identitaria del patriottismo riducendolo ad una dimensione esclusivamente individuale e procedurale: a ben vedere, finanche la nota restituzione habermasiana del patriottismo costituzionale²² – spesso ascritta a una siffatta visione neutralizzata – non rinuncia ad assumere quale presupposto di legittimità la «neutralità del diritto rispetto al pluralismo delle diverse comunità etiche», al fine di scongiurare le «usurpazioni di privilegi statali da parte della cultura di maggioranza» che possono compromettere «l'equiparazione delle altre forme di vita»; ciò in regione del fatto

Bologna, 2023; nonché le tendenze messe in luce già da M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, 1, 1996, 124 ss.

¹¹ Peraltro, lo studioso segnala l'incertezza che, nel corso della storia, circonda l'uso dei termini in questione nel linguaggio politico: M. Viroli, op. cit., 68 ss.

¹² *Ivi*, 13.

¹³ *Ivi*, 31.

¹⁴ *Ivi*, 36 e 44.

¹⁵ *Ivi*, 43.

¹⁶ *Ivi*, 30 ss., spec. 40-43.

¹⁷ *Ivi*, 47 ss.

¹⁸ *Ivi*, 70-71.

¹⁹ Così F. Chabod, *L'idea di nazione*, Roma-Bari, 1961 (edizione citata 2011), 68 ss. Agli ideali mazziniani di patriottismo e di nazione si è richiamata anche M.C. Nussbaum, *Political Emotions. Why Love Matters for Justice*, Cambridge, 2013, trad. italiana *Emozioni politiche. Perché l'amore conta per la giustizia*, Bologna, 2014, 252 ss.

²⁰ Cfr. V. Crisafulli, D. Nocilla, *Nazione*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977, § 1.

²¹ Cfr. F.M. De Sanctis, *Nazione*, cit., 77 ss.: è quanto si riscontra, come segnala l'autore, specialmente nella letteratura anglosassone (si pensi al fecondo filone di studi del cd. *liberal nationalism*).

²² Sulla nozione – ascrivibile a Dolf Sternberger oltre che di Jürgen Habermas – cfr. J.W. Müller, *Constitutional Patriotism*, Princeton-Oxford, 2007; sulla concezione di una *repubblica procedurale* v. pure M. Sandel, *Democracy's Discontent*, Cambridge, 1996.

che «[una nazione di cittadini] può tenere in vita i suoi istituti di libertà soltanto nella misura in cui riesce a produrre un certo grado di lealismo nei confronti del proprio stato – un lealismo mai giuridicamente coercibile»²³. La dimensione «culturale» di una «nazione di cittadini», in particolare nelle interrelazioni che vengono a prodursi tra le «forme di vita» di diverse «comunità etiche», non è dunque affatto fuori dal discorso di Habermas ma ne rappresenta, piuttosto, una irrinunciabile premessa. Coerentemente con questa idea, chi ha provato a rilanciare il patriottismo (contro il nazionalismo) lo ha fatto sottolineando la necessità di sganciarlo da una dimensione esclusivamente individuale e di attingere anche a quella delle identità collettive: «no podemos ignorar que ser español, o francés, o lituano [...] tiene una especificidad no fungible que se debe respetar. Si se desprecia esto es una agresión a una *dimensión esencial del sentido de la vida*»²⁴.

Il «patriottismo» (e la «patria») rivelano dunque, da una parte, una carica valoriale positiva diffusamente riconosciuta; dall'altra, la persistenza di un contatto con profili di matrice identitaria e collettiva insopprimibile, per quanto attenuato lo si voglia ritenere.

4. Misurare le patrie. A questo punto – e si giunge al tema che più direttamente impegna la presente riflessione – la discriminante tra patriottismo «buono» e patriottismo «cattivo» andrebbe rinvenuta sul piano dimensionale: sarebbero le patrie piccole – diversamente dalle patrie grandi – ad essere strutturalmente sprovviste del benefico patriottismo. Il tema diviene allora quello relativo alla misurazione delle patrie: quali strumenti andranno a tal fine utilizzati?

La tentazione più immediata sarebbe, evidentemente, di ricorrere ad indicatori di tipo quantitativo, tarati sulla consistenza demografica o territoriale delle patrie. Ma la inadeguatezza di una valutazione condotta su questo piano può essere ben colta attraverso alcune dichiarazioni di Jean-Claude Juncker in una intervista a *El País* del 2017²⁵, nella fase più intensa delle rivendicazioni dell'indipendentismo catalano. La principale preoccupazione dell'allora Presidente della Commissione era di evitare che nella UE «crescessero i nani», anche per scongiurare un effetto domino tra separatismi che avrebbe rischiato di portare gli Stati membri, «in quindici anni», da ventisette a «novantotto». Al di là della precisione di un siffatto pronostico, sorprende che un simile pericolo sia denunciato dal cittadino di una patria (quantitativamente) piccolissima: il Lussemburgo, con i suoi 530 mila abitanti, ha una consistenza demografica pari all'8 per cento dei residenti in Catalogna; quest'ultima, limitando lo sguardo agli Stati membri della UE, ha una popolazione più ampia di quella di Bulgaria, Danimarca, Slovacchia, Finlandia, Irlanda, Croazia, Lituania, Slovenia, Lettonia, Estonia, Cipro e Malta (oltre che del Lussemburgo).

Il discorso di Juncker è, dal canto suo, pienamente coerente con la cd. dottrina Prodi-Barroso

²³ Cfr. J. Habermas, *Kampf um Anerkennung im Demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1996, trad. italiana *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in J. Habermas, C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 2010, 94-95, 97. In tema, v. pure Id., *Communication and the Evolution of Society*, Cambridge, 1991, 178; nonché A. Lijphart, *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, New Haven, 1977, 24.

²⁴ In questi termini si è espresso Joseph Weiler in una intervista rilasciata al quotidiano *La Vanguardia* il 23 febbraio 2019 («*Millones de europeos ni son fascistas ni idiotas*»): «la visión del patriotismo liberal ha sido abolida muchos años y esta hambre de patriotismo liberal no ha sido satisfecha en los países europeos y ha permitido el auge del nacional-populismo. [...] Hemos abolido la palabra patriotismo de nuestro vocabulario político/cultural. Por razones que se pueden entender, incluso celebrar, porque la palabra patriotismo nos hacía pensar en los fascismos previos a la segunda guerra mundial. Por eso, durante décadas en Europa nadie podía llamarse abiertamente patriota porque eso significaba ser un nacionalista». Sul tema l'autore si è soffermato, in sede scientifica, in J. Weiler, *The Normative Dimension of the Three Waves of Judicial Review*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2020, 235 ss. (spec. 237).

²⁵ Cfr. Juncker: *Si dejamos que Cataluña se independice, también lo harán otros*, in *El País*, 13 ottobre 2017.

relativa ai movimenti separatisti interni alla UE: l'azione pacifica degli independentisti catalani, europeisti e già cittadini europei, se raggiungesse i propri obiettivi condurrebbe all'automatica estromissione del nuovo Stato dall'Unione. Così, non solo si è ritenuto di non dover intervenire per mediare quel conflitto politico-territoriale nella sua fase più tesa, in quanto considerato questione tutta interna allo Stato spagnolo, ma il Parlamento europeo ha anche rigettato la semplice proposta di realizzare un dibattito sul tema avanzata da un gruppo parlamentare²⁶.

Si tratta di un atteggiamento che rivela, da un lato, come la difesa della sovranità degli Stati membri sia ancora centrale nella costruzione dell'edificio europeo, non essendosi avviata una reale «messa in discussione» della stessa, secondo la prospettiva indicata oramai da oltre vent'anni da una nota opera di Neil MacCormick²⁷; dall'altro, come il criterio quantitativo di misurazione della patria sia, nei termini suggeriti, del tutto inservibile.

Muovendo da questo secondo assunto, si giunge agevolmente alla identificazione del metro (che è metro qualitativo) per dividere le patrie grandi dalle piccole comunemente utilizzato, per quanto in maniera sottintesa e non dichiarata: si è giganti o «nani» in ragione del fatto che la patria sia o meno personificata da una struttura statale già consolidata. Così, solo le nazioni-Stato potranno essere portatrici del virtuoso patriottismo, mentre le nazioni senza Stato – le piccole patrie, appunto – andranno meccanicamente ricondotte al campo del pericoloso nazionalismo.

5. Oltre il pregiudizio statalista. Una simile impostazione può essere valutata criticamente ricorrendo ad alcuni fondamentali studi di ambito sociologico dedicati al nazionalismo.

Michael Billig, ad esempio, evidenzia in maniera esemplare la portata fuorviante della dicotomia tra un patriottismo inteso quale prerogativa del *club* esclusivo degli Stati-nazione e il nazionalismo degli altri²⁸. Anche Benedict Anderson, partendo da una «evidente realtà» («la 'fine del nazionalismo', così a lungo profetizzata, non è minimamente in vista. Anzi la 'nazion-ità' è il valore più universalmente legittimato nella vita politica del nostro tempo»)²⁹, costruisce un approccio laico allo studio delle nazioni e dei nazionalismi. Questi sono assunti nella loro «artificialità», senza che a tale formula sia attribuita alcuna portata valutativa: le nazioni – tutte le nazioni, anche quelle che poggiano sulla forza di uno Stato – sono «manufatti culturali» frutto della creazione umana; non vi è dunque alcuna pretesa di distinguere i nazionalismi «veri» da quelli «falsi», le nazioni «autentiche» da quelle

²⁶ Si tratta della proposta del gruppo Verdi/ALE de 21 ottobre 2019, intesa a celebrare un dibattito sulla condanna dei dirigenti politici e sociali dell'indipendentismo catalano. Il Parlamento europeo ha rigettato l'iniziativa con 299 voti contrari (118 i favorevoli, 21 le astensioni).

²⁷ Il riferimento è a N. MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999, trad. it. *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, 2003, 32 ss.: ad avviso dell'autore, nel contesto europeo «le scelte inerenti alle rivendicazioni di nazioni tra loro differenti possono cessare di caratterizzarsi come scelte tra pretese antagonistiche alla statualità sovrana su territori e popolazioni oggetto di contesa. Possono trasformarsi in scelte nel campo dell'allocatione di livelli di autorità politica nell'ambito di un *commonwealth* transnazionale, che comprende molte nazionalità e molte tradizioni o aggregazioni culturali. [...] Il riconoscimento di una identità cesserà di imporre necessariamente il prezzo della negazione di un'altra identità». Nello stesso senso, più di recente e con specifico riferimento alle vicende catalane, cfr. N. Krish, *Catalonia's Independence: A Reply to Joseph Weiler*, in www.ejiltalk.org, 18 gennaio 2013; [<https://www.ejiltalk.org/catalonias-independence-a-reply-to-joseph-weiler/>]; E. Alberti Rovira, *Intervento*, in L. Cappuccio, G. Ferraiuolo (a cura di), *Il futuro politico della Catalogna*, in *Federalismi.it*, 22, 2014, 57 ss.

²⁸ Cfr. M. Billig, *Banal Nationalism*, London, 1995, trad. italiana *Nazionalismo banale*, Soveria Mannelli, 2018, *passim* (spec. 105).

²⁹ B. Anderson, *Imagined Communities. Reflection on the Origin and Spread of Nationalism*, London-New York, 1983, trad. italiana *Comunità immaginate. Origini e fortuna dei nazionalismi*, Roma, 1996, 22.

«immaginate»³⁰ (come talvolta si ritiene invece di fare in dottrina facendo leva proprio sul pensiero di Anderson)³¹. È anzi su questi presupposti analitici che lo studioso, nella parte conclusiva del suo lavoro, invita a superare uno dei più radicati «pregiudizi» relativi ai temi indagati: alla rappresentazione delle piccole patrie diffusamente offerta, viene contrapposta la denuncia di un «linguaggio della frammentazione» dietro cui «si nasconde sempre un conservatorismo che ama immaginarsi che ogni status quo sia graziosamente normale»³²; un conservatorismo che alimenta l'ideologia dei 'grandi paesi' collocati sempre «dalla parte del progresso e della pace, mentre i loro avversari starebbero dalla parte del 'meschino' nazionalismo»³³.

Condividendo l'approccio suggerito da Billig e Anderson, ai fini della misurazione delle patrie dovrebbe essere messo da parte il criterio statalista: d'altra parte, la storia mostra come le più tragiche degenerazioni nazionalistiche siano il prodotto di pretese egemoniche di soggetti statuali. La valutazione dovrà mantenersi sul piano qualitativo, seguendo però altre strade. Si potrebbe in tal senso valorizzare la distinzione tra nazionalismo «organico» (o «naturalistico») e nazionalismo «civico» (o «volontaristico»): in relazione ad essa convince l'idea che tutti i nazionalismi siano in realtà connotati elementi tanto del primo tipo (simboli, lingua, tradizioni, cultura, etnia) quanto del secondo; ciò che varia in ogni singola esperienza storica è il dosaggio e il rilievo delle due componenti, ma l'una non annullerà mai del tutto l'altra³⁴. È evidente che quanto più un nazionalismo si strutturerà su basi organiche, tanto più si verrà caratterizzando in senso escludente, con il rischio di assumere una portata incompatibile con i principi del costituzionalismo democratico; per converso, la prevalenza delle componenti civico-volontaristiche ne enfatizzerà la portata aperta ed inclusiva.

Volendo lasciare il piano teorico, è possibile prospettare alcuni esempi in cui una «piccola patria senza Stato» sembra incarnare chiaramente una visione di nazione più inclusiva e aperta rispetto alla «grande patria statale» con cui è in tensione.

³⁰ Ivi, 23.

³¹ Ad esempio, F. Abbondante, S. Parisi, S. Prisco, *Note introduttive*, cit., VII si richiamano al pensiero dello studioso (e di Hobsbawm) per ascrivere il carattere *immaginato* ai movimenti indipendentisti (che evidentemente reclamano uno Stato): sono essi che, «allo scopo di legittimarsi riscoprono, 'inventano', ovvero quantomeno enfatizzano, antiche radici differenziate di ordine linguistico-culturale, funzionalizzate in concreto al sostegno delle dette dinamiche separatiste: le "tradizioni inventate" di un'opera di Hobsbawm, che celebrano in questo caso 'comunità immaginate', nel senso di Anderson».

³² B. Anderson, op. cit., 219.

³³ Ivi, 221.

³⁴ Cfr. J. Cagiao y Conde, *Micronacionalismos. ¿No seremos todos nacionalistas?*, Madrid, 2018, 19-21; R. Máiz, *Nacionalismo y federalismo. Una aproximación desde la teoría política*, Madrid, 2018, 91 ss.; A. Cirulli, *Etnoregionalismi*, Milano, 2019, 63-66; F. M. De Sanctis, *Nazione*, cit., 56-57. Diversamente, in alcune analisi il concetto di nazionalismo è interamente schiacciato sulle componenti organiche e, dunque, su una dimensione naturale: così, ad esempio, nella già richiamata ricostruzione di M. Viroli, *Nazionalisti e patrioti*, cit., 4 ss., che definisce il nazionalismo attraverso il richiamo, in particolare, alle posizioni di Herder, definendolo in termini di «linguaggio che esalta l'omogeneità culturale o etnica» (p. 78). La figura di Johann Gottfried von Herder è richiamata in senso diverso, valorizzando la matrice illuminista del suo pensiero, da F. Fukuyama, *Identità*, cit., 75-77: «Herder condivideva molti punti di vista dell'illuminismo kantiano sull'uguaglianza dell'umanità [...]. afferma chiaramente che esiste una sola specie umana, e attacca altri autori che hanno cercato di fissare gerarchie tra le parti del mondo. Mostra pietà per le sofferenze degli africani e sostiene che le culture possano essere misurate in base al trattamento che riservano alle donne. [...] A differenza di Hegel, che si limita a ignorare l'Africa come irrilevante per la storia umana, Herder sviluppa una visione simpatetica verso le culture extraeuropee. Come un odierno antropologo culturale, è più interessato a descrivere che a valutare i popoli». Di recente, muovendo dal riconoscimento costituzionale del diritto all'interruzione volontaria di gravidanza operato in Francia, si è considerata «l'affermazione del presidio costituzionale delle libertà come elemento qualificante dell'identità nazionale francese»: così M. Cavino, *Francia 2024. Il diritto costituzionale alla interruzione volontaria di gravidanza*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2024, 12.

Si raffrontino, ad esempio, le diverse concettualizzazioni della idea nazionale nella Spagna della transizione democratica: da una parte, quella per cui «è catalano chi vive e lavora in Catalogna» (ascrivibile a Jordi Pujol, leader storico della destra conservatrice catalanista)³⁵; dall'altra, quella del «sangue nazionale che circola per la Spagna tutta», prospettata in uno dei primi commenti all'art. 2 Cost. spagnola del 1978, in termini polemi rispetto ad una disposizione – qualificata come «*singular precepto*» dalla «*alambicada redacción*»³⁶ – che, dalla prospettiva dei nazionalismi periferici, doveva invece rappresentare un fondamentale passo verso l'affermazione di una Spagna democratica intesa quale «nazione di nazioni», di «un nuovo modello di Stato, non più vincolato al concetto di nazione unica»³⁷. È sin troppo evidente quale delle due visioni nazionalistiche – «vita e lavoro» *versus* «sangue» – sia maggiormente permeata di connotazioni di segno organicista e, dunque, potenzialmente reazionaria ed escludente, in un contesto in cui il catalanismo politico rappresentava peraltro uno dei fronti di resistenza al regime franchista. E, a proposito di grandi patrie, in questa sede non è forse privo di significato ricordare come la *Grandeza de España* rappresenti la massima dignità riconosciuta ai titoli nobiliari che trovano copertura nell'art. 62 della Costituzione spagnola: tra questi vi è (ancora oggi) quello di *Duque de Franco*, istituito nel 1975³⁸; il 31 maggio 2018, il ministro della Giustizia ha disposto la «*sucesión en el título de Duque de Franco, con Grandeza de España, a favor de doña María del Carmen Martínez-Bordiú Franco*»³⁹.

Nella medesima prospettiva possono ricordarsi le polemiche suscitate nel Regno Unito dalla proposta di costruzione del *muro di Calais*, voluto dal Primo ministro britannico Theresa May per contenere l'arrivo dei migranti: durante i dibattiti alla Camera dei comuni, le più dure critiche al progetto – una frontiera assunta in tutta la sua fisicità – venivano mosse dal capogruppo dello *Scottish National Party*, ovvero da un nazionalista-indipendentista senza Stato⁴⁰. Sullo stesso tema, si può richiamare la posizione assunta in passato dalle istituzioni catalane (al tempo guidate da una maggioranza di forze indipendentiste) in ordine all'accoglienza dei profughi siriani, in contrapposizione al mancato rispetto delle relative quote da parte del Governo spagnolo⁴¹.

La *Brexit*, infine, dovrebbe aver reso incontestabile come il nazionalismo scozzese (le cui responsabilità, al tempo del referendum indipendentista del 2014, furono paragonate addirittura a quelle che avevano condotto alla Prima guerra mondiale)⁴² presenti un'apertura alla prospettiva dell'integrazione europea maggiore di quella del nazionalismo dello Stato da cui aspirerebbe ad emanciparsi⁴³: in questa chiave, un referendum indipendentista può

³⁵ Cfr. J. Pujol, *La immigració, problema i esperança de Catalunya*, Barcelona, 1976, 69-70. Sul punto v. G.C. Cattini, *Chi è catalano? Storia di un dibattito sull'integrazione nella società catalana*, in J. Cagiao y Conde, G. Ferraiuolo, P. Rigobon (a cura di), *La nazione catalana. Storia, lingua, politica, costituzione nella prospettiva plurinazionale*, Napoli, 2018, 126 ss.

³⁶ Ó. Alzaga Villaamil, *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1978, 97 ss.

³⁷ J. Solé Tura, *Nacionalidades y nacionalismos en España. Autonomías, federalismo, autodeterminación*, Madrid, 1985, trad. italiana *Nazionalità e nazionalismo in Spagna. Autonomie, federalismo e autodeterminazione*, Napoli, 2016, 88; in senso analogo F. Rubio Llorente, *Defectos de forma*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100, 2014, 161-163 (spec. nota 45); nonché A. Romano, *Constituent power and Independence processes: problems and perspectives in the light of the Catalan experience*, in *Revista de estudis autonòmics i federals*, 29, 2018, 53 ss.

³⁸ Decreto n. 3028 del 1975, in *Boletín Oficial del Estado*, n. 285 del 27 novembre.

³⁹ Il provvedimento è pubblicato in *Boletín Oficial del Estado*, n. 161 del 4 luglio 2018 (67519).

⁴⁰ Cfr. U.K.: *Work to begin on France wall to stop Channel migrants*, *www.cbsnews.com*, 7 settembre 2016 [<http://www.cbsnews.com/news/uk-france-wall-stop-channel-migrants/>].

⁴¹ Cfr. *Migranti, la lezione della Catalogna*, in *L'Espresso*, 29 giugno 2015.

⁴² Si veda l'articolo di Enrico Letta *Se la Scozia ci ricorda l'attentato di Sarajevo*, pubblicato sul *Corriere della sera* del 16 settembre 2014.

⁴³ In merito, si rinvia alle più ampie considerazioni svolte in G. Ferraiuolo, *I nazionalismi periferici dopo la Brexit*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2016.

divenire strumento teso a sostenere il processo di integrazione europea, uno strumento di resistenza nei confronti delle forze nazional-stataliste che intendono metterlo in discussione.

6. Un lessico comune per distinguere. Se quello di distinguere è uno dei principali compiti del giurista, di fronte a concetti come patria e nazione (e patriottismo e nazionalismo) siffatta operazione – come si è cercato di mostrare – può risultare né agevole né automatica.

Osservando l'ascesa in Italia della rivendicazione leghista, non è mancato tra i costituzionalisti chi ha ritenuto di evidenziare che se i movimenti catalani e baschi hanno «evidenti ragioni storiche, etniche, linguistiche e culturali per rivendicare una nazione catalana o una nazione basca separate, invece i movimenti separatisti della Padania possono basarsi esclusivamente sul malessere economico»⁴⁴; o che «la cosiddetta Padania non ha nulla da spartire con la Scozia o il Québec»⁴⁵. Innanzi ad affermazioni così autorevoli, occorrerebbe forse uno sforzo analitico teso a individuare i criteri mediante i quali distinguere le patrie (e i progetti politici che le sostengono) in «grandi» e «piccole»⁴⁶, anche definendo – almeno in ambito scientifico – convenzioni stipulativo-lessicali che scongiurino sovrapposizioni fuorvianti e strumentalizzazioni.

Si tratterebbe – per riprendere David Foster Wallace – di disattivare quella «modalità predefinita inserita nei circuiti fin dalla nascita»⁴⁷ indotta dal pregiudizio statalista, che porta a considerare ineluttabilmente piccole le nazioni senza Stato («perché» senza Stato), assumendole spesso quali antagoniste della democrazia e assai di rado quale manifestazione del pluralismo democratico, meritevole di forme adeguate di accomodamento. Sarebbe opportuno, detto in altri termini, raccogliere l'invito di Micheal Billig ad assumere consapevolezza dei pervasivi schemi attraverso cui il «nazionalismo banale» degli Stati consolidati condiziona le analisi condotte nei vari campi delle scienze sociali⁴⁸: indicazione di metodo utile ai fini di un più raffinato inquadramento delle nazioni senza Stato (usualmente degradate a piccole patrie), anche nelle intersezioni che si determinano tra le stesse e il processo di integrazione europea.

Abstract. Il lavoro si interroga sulla nozione di «piccole patrie» muovendo, in chiave interdisciplinare, da approcci analitici rinvenibili in alcuni fondamentali studi di ambito sociologico dedicati al nazionalismo. Su tali basi, ci si sofferma su talune implicazioni riscontrabili tra le rivendicazioni delle cd. nazioni senza Stato e il processo di integrazione europea.

Abstract. The paper examines the notion of «small homelands» in an interdisciplinary perspective, employing the methods of analysis advocated in some fundamental sociological studies regarding nationalism. On this basis, attention is drawn to some of the implications concerning the relation between the claims of the so-called stateless nations and the process of European integration.

Parole chiave. Patriottismo costituzionale – nazionalismo – nazioni senza Stato –

⁴⁴ Si tratta della posizione di Augusto Barbera, espressa in A. Barbera, G. Miglio, *Federalismo e secessione. Un dialogo*, Milano, 1997, 142.

⁴⁵ L. Paladin, *I «principi fondamentali» della Costituzione repubblicana: una prospettiva storica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, ora in Id., *Saggi di Storia costituzionale*, Bologna, 2008, 177.

⁴⁶ Uno sforzo in tal senso è abbozzato da A. Lucarelli, *Introduzione*, cit.

⁴⁷ Si veda il discorso tenuto dallo scrittore al Kenyon College il 21 maggio 2005, che può essere letto, nella traduzione italiana, in D. Foster Wallace, *Questa è l'acqua*, Torino, 2017, 140 ss.

⁴⁸ Cfr. M. Billig, *Banal Nationalism*, cit., 234-238.

integrazione europea – federalismo.

Key words. Constitutional patriotism – nationalism – stateless nations – European integration –federalism.

LA PROSPETTIVA ANTISTORICA ED ANTIECONOMICA DELL'AUTONOMIA DIFFERENZIATA DI CALDEROLI: LE REGIONI COME PICCOLE PATRIE*

di Daniela Mone**

Sommario. 1. Le Regioni fra Europa e Stato. – 2. Le Regioni nella prospettiva di attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost. tra dato giuridico e realtà economico-sociale. – 3. Il ddl Calderoli e i rischi della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni finalizzata alla differenziazione anziché alla tutela dei diritti. – 4. Gli effetti del principio di invarianza sulla garanzia dei diritti, nell'ipotesi della differenziazione.

634

1. Le Regioni fra Europa e Stato. Prendendo la parola alla Conferenza interparlamentare europea di Parigi del 21 aprile 1954, De Gasperi spiegava che quelle riunioni non erano sedi in cui prendere decisioni politiche proprie dei Parlamenti, «detentori delle sovranità nazionali», ma «liberi incontri, colloqui tra le varie tendenze e le varie nazionalità, un foro nel quale possono confrontarsi pareri diversi, ma tutti egualmente animati dalla preoccupazione del bene comune delle nostre patrie europee, della nostra Patria Europa».

La prospettiva di superamento dei nazionalismi emerge nettamente anche dal seguito del discorso dello statista per il quale l'Europa, quale «casa comune» risulterà dal riconoscimento di «principi di una sintesi politica, sociale, economica e morale in base alla quale gli Stati sovrani possono decidere di edificarla»¹.

De Gasperi parlava di Patria Europa ma anche di patrie europee, evidentemente, però, riferendosi a Stati non più chiusi in egoismi nazionali a difesa di propri interessi, secondo una visione potenzialmente foriera di conflitti, come quelli risalenti a pochissimi anni prima².

Una tale prospettiva, nonostante gli innegabili passi avanti da allora compiuti in direzione di una maggiore integrazione europea, può ritenersi senz'altro tradita da un evento dirompente quale la secessione della Gran Bretagna³ ma altrettanto da tendenze nazionalistiche emerse in più Stati nel corso degli anni⁴ o dal rifiuto di politiche europee più integrate sul versante economico-monetario da parte dei Paesi del Nord-Europa, cd. frugali, tuttora ben radicate

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professoressa Associata di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania Luigi Vanvitelli.

¹ A. De Gasperi, *Discorso di De Gasperi: «La nostra patria Europa»*, in *Archivi Storici dell'Unione Europea*, ASUE – Fondo Alcide De Gasperi, Esteri, III, Europa, 7, Fondazione De Gasperi.

² V. J. D. Durand, *Alcide De Gasperi e la Patria Europea*, 19 agosto 2007, in *degasperitn.it*. Sul tema della pace in Europa e la necessità di una difesa comune per garantirla, recentemente, I. A. Nicotra, *L'ingenua illusione della pace perpetua e la necessità di una difesa comune europea*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2023, soprattutto 105-109 e 122 ss.

³ V. F. Balaguer Callejón, *L'Unione europea di fronte alla Brexit e ad altri processi disgregativi nel contesto globale*, in *federalismi.it*, 4 maggio 2020.

⁴ V. T. Visol, *Il Gruppo di Visegrad e l'UE: conflitto d'interessi o diverse visioni del futuro?*, in *Italianieuropei.it*, 29 gennaio 2021; A. Martinelli, *Torna davvero lo spettro del nazionalismo?*, in *Ispionline.it*, 29 agosto 2019; F. Chittolina, *Se il nazionalismo tracima nell'Unione europea*, in *apiceuropa.com*, 20 novembre 2022; F. Nelli Feroci, *Il progetto europeo contro l'Europa delle patrie* in *Affariinternazionali.it*, 7 gennaio 2024.

in essi⁵.

Dal discorso di De Gasperi non emergeva alcun riferimento alle entità infrastatali cui l'Unione europea ha destinato progressiva attenzione ma solo molto tempo dopo l'inizio dell'esperienza sovranazionale⁶.

Per anni, infatti, esse sono state totalmente ignorate, oggetto della cd. *Landesblindheit*, come icasticamente la definì Ipsen⁷, da tradurre come «cecità regionale» e certo non federale, proprio per evidenziare il peso rilevante degli Stati, Signori dei trattati, nell'ordinamento *in fieri*, secondo i principi propri del diritto internazionale cui il diritto comunitario è stato assimilato almeno nella sua fase iniziale di sviluppo⁸.

In seguito, l'approccio dell'Europa rispetto alle entità infrastatali si è modificato sebbene, ovviamente, mai al punto da fare delle Regioni o, comunque, delle entità infrastatali, dei soggetti parificati agli Stati⁹.

Invero, nel Manifesto di Ventotene del 1941, lì dove si auspica una federazione europea che consenta il superamento dello Stato assoluto e del nazionalismo, origine dei conflitti mondiali che hanno insanguinato il Novecento, non può non cogliersi contestualmente l'auspicio di un ruolo significativo per istituzioni rappresentative e vicine ai cittadini, quali le Regioni, nell'ottica del principio di sussidiarietà¹⁰: interpreti di bisogni ed esigenze presenti sui territori quindi funzionali al loro soddisfacimento a garanzia dello sviluppo della persona, secondo una prospettiva radicalmente opposta a quella dello Stato totalitario, com'è noto, fondato sulla funzionalizzazione della persona alla sua potenza¹¹. Le Regioni sono concepite come istituzioni da valorizzare, secondo un'idea di Europa sempre più integrata, anche allo scopo di colmare il mai superato *gap* fra istituzioni della prima e popolazioni dei diversi Stati membri¹².

⁵ Recentemente v. G. Marcone, M. Villa, *Il freno dei Paesi frugali*, in *ispionline.it*, 17 maggio 2024.

⁶ Si rinvia a O. Chessa, *L'«Europa delle Regioni»: illusioni e delusioni*, in *federalismi.it*, 27 marzo 2020, 46 ss.

⁷ H.P. Ipsen, *Als Bundesstaat in der Gemeinschaft*, in E.V. Caemmerer, H.J. Schlochauer, E. Steindorff, *Probleme des Europäischen Rechts. Festschrift für Hallstein*, Frankfurt 1966, 256.

⁸ G. Falcon, *La «cittadinanza europea» delle Regioni in Le Regioni*, 2, 2001, 329.

⁹ V. O. Chessa, *L'«Europa delle Regioni»*, cit., 47-49; G. Rivosecchi, *Le autonomie territoriali nell'architettura istituzionale dell'Unione europea*, in A. Morelli, A. Iannuzzi, C. Aliberti (a cura di), *Autonomie territoriali e Unione europea*, Napoli, 2018, 37 ss.

¹⁰ In tal senso A. Lucarelli, *Introduzione. Dall'Europa delle Regioni alle piccole patrie*, in questo numero, evidenzia come nel progetto di Altiero Spinelli si auspicasse un'Europa che «fosse, da un lato, un'Unione federale di Stati e, dall'altro, però, anche un assetto con un forte decentramento interno dei singoli Stati membri». Il punto è sottolineato recentemente da A. Filippetti, G. Vecchione, *Trent'anni di politiche di coesione nel Mezzogiorno. Luci, ombre e luoghi comuni* in R. Coletti, A. Filippetti (a cura di), *Ue, la sfida della coesione. Obiettivi, politiche, risorse per lo sviluppo dell'Europa*, in *Il Sole 24 Ore*, 2022, 14, che rilevano come «nella politica di coesione i confini nazionali sono sfumati, mentre assumono una maggiore importanza i confini delle Regioni», così tornando d'attualità l'intuizione di Rossi e Spinelli ne Il Manifesto di Ventotene, di ridurre il ruolo degli Stati nazionali, promuovendo, invece, quello delle Regioni nella costruzione di un'Europa federale.

¹¹ «La nazione non è più ora considerata come lo storico prodotto della convivenza degli uomini, che, pervenuti, grazie ad un lungo processo, ad una maggiore uniformità di costumi e di aspirazioni, trovano nel loro stato la forma più efficace per organizzare la vita collettiva entro il quadro di tutta la società umana. È invece divenuta un'entità divina, un organismo che deve pensare solo alla propria esistenza ed al proprio sviluppo, senza in alcun modo curarsi del danno che gli altri possono risentirne. La sovranità assoluta degli stati nazionali ha portato alla volontà di dominio sugli altri e considera suo «spazio vitale» territori sempre più vasti che gli permettano di muoversi liberamente e di assicurarsi i mezzi di esistenza senza dipendere da alcuno. Questa volontà di dominio non potrebbe acquietarsi che nell'egemonia dello stato più forte su tutti gli altri asserviti. In conseguenza lo stato, da tutore della libertà dei cittadini, si è trasformato in padrone di sudditi, tenuti a servirlo con tutte le facoltà per rendere massima l'efficienza bellica» (*Il Manifesto di Ventotene*, 1).

¹² Sul tema della democratizzazione europea anche attraverso le autonomie v. G. Rivosecchi, *Gli effetti del processo di integrazione europea sulle autonomie territoriali*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 2 ss. In tal senso si veda anche il ruolo assegnato alle Regioni (e alle Città dell'UE), nell'ambito della Conferenza sul futuro dell'Europa. In particolare,

Da tempo ci si è interrogati, in dottrina, sul modello di Europa delle Regioni da perseguire: un'Europa in cui esse prendono il posto degli Stati nazionali che si dissolverebbero, una volta compiuto il processo di integrazione sovranazionale o un'Europa in cui le Regioni rappresentino un terzo livello istituzionale generalizzato, «dotato di piena soggettività comunitaria»¹³.

La prima prospettiva sembra propria di quelle entità infrastatali, protagoniste di recenti esperienze riconducibili alla secessione come la Catalogna¹⁴ o, comunque, a forme molto radicali di autonomia come Lombardia, Emilia-Romagna e Veneto¹⁵. Queste, infatti, mentre anelano un'autonomia spinta (di indipendenza, addirittura, parlava il Veneto) o la secessione dallo Stato nazionale, non mirano anche ad uscire dall'Europa. In tale ottica, dunque, il tema, che sicuramente esula dalle presenti considerazioni, è quello dei requisiti caratterizzanti lo *status* di membro dell'Unione europea, che pone questioni delicate di livello costituzionale interno agli Stati rispetto al quale si profilerebbero esperienze di rottura della continuità.

La seconda prospettiva è armoniosa con il quadro costituzionale degli Stati membri¹⁶, in quanto fondata sulla presenza contestuale di Stati nazionali ed autonomie infrastatali. Queste ultime, tuttavia, sono concepite in modo non lineare¹⁷: da un lato, si vorrebbero quali soggetti politici, interpreti delle esigenze dei cittadini e, quindi, intermediari fra questi e le istituzioni europee (e statali) al fine di ridurre la distanza che li separa; dall'altro, le si ingabbia in decisioni assunte a livello europeo e statale che poco spazio lasciano loro, proprio quali enti esponenziali della collettività di riferimento, relegandole, piuttosto, al ruolo di enti di decentramento amministrativo¹⁸.

Per l'Europa il territorio di riferimento è suddiviso in zone connotate da comuni caratteristiche di tipo territoriale, economico, sociale e, dunque, da esigenze omogenee che richiedono interventi, specifici per ciascuna zona, per il loro soddisfacimento. Le Regioni, quali soggetti politici, non appaiono rilevanti secondo quest'ottica sostanzialistica. Tuttavia - e probabilmente da ciò nasce un approccio contraddittorio - lo sono negli Stati membri (sebbene con denominazioni varie) e, allo stesso livello europeo, è stato loro riconosciuto

attraverso tale Conferenza, il Comitato europeo delle regioni (CdR) tende a perseguire la sua prima priorità politica che è «Avvicinare l'Europa ai cittadini». La sua delegazione, partecipando alle sessioni plenarie della Conferenza, potrà instaurare rapporti con tutti gli altri 420 delegati «per rafforzare il ruolo degli enti locali e regionali nel funzionamento democratico dell'Unione europea e promuovere la dimensione territoriale delle politiche dell'UE» (La Conferenza sul futuro dell'Europa e il ruolo delle regioni e delle città dell'UE, in *cor.europa.eu*). Sul tema della democratizzazione delle istituzioni europee, più in generale, si v. l'interessante dossier *Conferenza interparlamentare sulla democrazia in Europa*, Stoccolma, 18-19 giugno 2023, in *documenti.camera.it* nonché P. Scarlatti, *Democrazia e istituzioni nell'Unione europea: il Trattato di Lisbona*, in *Rivista AIC*, 1, 2011.

¹³ L. Torchia, *Regioni e Unione europea: temi e problemi*, in *Le Regioni*, 3-4, 2000, 497.

¹⁴ In argomento v. L. Cappuccio, G. Ferraiuolo (a cura di), *Il futuro politico della Catalogna*, in *Federalismi.it*, 26 novembre 2014; G. Ferraiuolo, *La petita patria catalana nello scontro tra unilateralismi*, in *Rivista AIC*, 1, 2019; E. Bindi, *Oltre i confini dell'autonomia. La Catalogna tra diritto a decidere e Costituzione* in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2019.

¹⁵ Si rinvia sul punto a: *Dossier del Servizio Studi del Senato, Il regionalismo differenziato con particolare riferimento alle iniziative di Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto, XVII Legislatura*, Dossier, n. 565, novembre 2017; Id., *Il regionalismo differenziato e gli accordi preliminari con le regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto, XVIII Legislatura*, Dossier n. 16 maggio 2018; Id., *Il processo di attuazione del regionalismo differenziato, XVIII Legislatura*, Dossier n. 104, 1 marzo 2019.

¹⁶ Per O. Chessa, *L'«Europa delle Regioni»*, cit., 49, «nella misura in cui la previsione, l'istituzione e la garanzia delle autonomie territoriali è parte integrante delle costituzioni nazionali, ne discende che, per effetto della sintesi costituzionale che si realizzerebbe a livello europeo, anche le regioni e le autonomie territoriali (e non solo gli Stati) debbano considerarsi soggetti del diritto dell'Unione sovranazionale».

¹⁷ G. P. Manzella, *Europa e «sviluppo armonioso»*, *La strada della coesione europea: dal Trattato di Roma al Next Generation EU*, Svimez, Bologna, 2022, soprattutto 150 ss.

¹⁸ V. P. Ciarlo, *L'inevitabile nanismo legislativo delle Regioni e il loro avvenire amministrativo*, in *Dirittiregionali.it*, 1, 2023, 13 marzo 2023, soprattutto 222-225.

rilievo giuridico, come testimoniato dall'istituzione e progressivo sviluppo del Comitato delle Regioni¹⁹.

L'approccio unionale rispetto alle autonomie, invero, sembra riproporre la dicotomia da sempre connotante l'esperienza europea: un'esperienza, da un lato, caratterizzata da fini esclusivamente economici, dall'altro, con finalità politiche. Nel primo caso, l'omogeneità delle zone è essenziale per la riuscita delle strategie finalizzate allo sviluppo, laddove le diversità interne possono rappresentare fattori critici; nel secondo, al contrario, è essenziale la legittimazione da parte della base sociale e, dunque, lo sono istituzioni rappresentative, quindi, anche Regioni quali soggetti politici che interpretino le diversità della base.

Non si tratta di visioni inconciliabili dal momento che entrambe favoriscono, sebbene per ragioni diverse, il miglioramento delle condizioni di vita delle persone. Tuttavia, è innegabile che ne deriva una contraddittorietà nella normativa che regola i rapporti fra Unione e Regioni, fra idea di Regione quale soggetto istituzionale rappresentativo e Regione quale soggetto di mero decentramento che si riflette, all'interno, sui rapporti fra tale ente e lo Stato cui appartiene.

Se l'idea di Regione quale mero soggetto amministrativo è più coerente con la visione sostanzialistica cui si faceva riferimento, di contro, è inadeguata ad avvicinare la popolazione alle istituzioni sovranazionali, obiettivo cui pure le Istituzioni europee puntano e contrasta con la concezione di Regione della Costituzione italiana, quale soggetto politico.

Un tale scenario, in un contesto globalizzato, si traduce nell'adozione di politiche europee condizionanti pressoché totalmente le decisioni statali nonché, a maggior ragione, quelle regionali, in particolare attraverso l'accentramento delle decisioni di tipo economico-finanziario. Rispetto ad esso sono maturate convinzioni secondo cui oggi non residuerebbe alcuna discrezionalità agli Stati, e a maggior ragione, alle Regioni, a livello politico²⁰.

Non si può, tuttavia, negare che, pur fortemente condizionato dalle decisioni europee, residua uno spazio discrezionale nell'ambito di decisioni politiche, tanto in capo allo Stato quanto in capo alle Regioni. In particolare a livello economico-finanziario, le decisioni redistributive starebbero, almeno formalmente, interamente nella disponibilità dello Stato. Esso, sul piano formale, può infatti decidere in quali politiche investire e se lasciare, delle sue politiche, una parte alle Regioni, nei limiti dei vincoli costituzionali.

È evidente che tali differenti letture sono entrambe legittime e, per quanto detto, entrambe compatibili con i due differenti approcci europei rispetto alle autonomie, che anzi, le alimentano entrambe, prevalendo l'approccio sostanzialistico o formalistico, in base allo scopo, volta per volta, da raggiungere.

L'attuale esperienza di implementazione dell'autonomia differenziata, sicuramente finalizzata ad ampliare la dimensione politica regionale e che si muoverebbe lungo la traiettoria della valorizzazione politica delle Regioni va calata nel contesto europeo sommariamente descritto, senza trascurare quello economico-sociale che rileva in modo significativo sull'opportunità di determinate scelte politiche, giuridicamente inattuabili.

2. Le Regioni nella prospettiva di attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost. tra dato giuridico e realtà economico-sociale. Se, in effetti, non si può negare che lo spazio discrezionale dello Stato e delle Regioni risulta ridotto in termini di elaborazione dell'indirizzo politico, sebbene per lo Stato tale riduzione risulti compensata dalla partecipazione all'elaborazione di

¹⁹ O. Chessa, *L'«Europa delle Regioni»*, cit., 50, distingue fra integrazione funzionale ed integrazione istituzionale delle Regioni; la seconda non è stata adeguatamente sviluppata nel tempo, benché una sua espressione significativa sia rappresentata dall'istituzione e, poi evoluzione, del Comitato delle Regioni (50-51).

²⁰ Si rinvia alla nota 20.

quello europeo, non si può tuttavia affermare che non ne residui affatto.

Più precisamente, sul piano formale, nonostante il contesto globalizzato suggerisca l'adozione di politiche accentrate²¹, allo Stato residua uno spazio discrezionale, pur nel rispetto dei vincoli di natura economico-finanziaria posti dall'appartenenza all'Unione²².

Entro tali vincoli, cioè, sul piano giuridico, le decisioni di tipo allocativo/redistributivo sono discrezionali e, quindi, nella disponibilità della maggioranza di governo, nel rispetto della Costituzione.

In tale quadro, l'autonomia differenziata, questione di grande attualità oggi sia a livello politico che giuridico, non è oggetto di alcuna preclusione normativa europea, riguardando una redistribuzione di funzioni e risorse fra Stato e Regioni, nel rispetto del diritto europeo, per disposto costituzionale.

È chiaro, tuttavia, che lo scenario attuale, a livello geopolitico, tende ad un accentramento delle politiche per far fronte alla concorrenza globale e risolvere questioni di dimensione globale per cui risulta quanto meno anacronistico ed in controtendenza proiettarsi verso realtà frammentate, addirittura a livello infrastatuale²³; tra l'altro, una tale scelta appare controproducente per l'intero Paese il cui debito pubblico, ormai arrivato al 140% del PIL, diventerebbe più costoso perché più rischioso per effetto dei meccanismi di finanziamento delle funzioni trasferite alle Regioni differenziate, previsti dalla normativa attuativa dell'art. 116, c. 3, Cost. L'UE è fortemente critica rispetto a tale progetto, proprio per i rischi che ne potrebbero conseguire in termini di rispetto degli obblighi europei, sotto tale profilo²⁴.

Rivendicare ulteriori competenze nel campo dell'istruzione o della salute o dell'energia, o della comunicazione, creando venti sistemi diversi e non comunicanti fra loro è, oggi, perciò, evidentemente inopportuno (probabilmente lo era già nel 2001, quando la spinta all'autonomia, com'è noto, fu alimentata dall'intento di sedare quella alla secessione²⁵) e, al di là di certi limiti, anche illegittimo.

²¹ F. Cerniglia, *L'autonomia differenziata, i profili finanziari*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2024 (in corso di pubblicazione), soprattutto 86-87. Id., *Fra Stato e mercato*, in *Rivista trimestrale di cultura e di politica*, 2, 2023, 38-47, il Mulino. In particolare, l'A., 46-47, sottolinea l'inadeguatezza perfino della dimensione europea a fronteggiare le sfide cui è chiamato il soggetto pubblico nel mondo attuale: «[...] è altresì evidente che alcune grandi emergenze (si pensi all'ambiente) rendono vacuo l'intervento pubblico se limitato non solo all'azione di un solo Stato ma finanche a gruppi di Stati, come nel caso in cui la sola Ue dovesse agire a livello mondiale verso una transizione *green*». In tal senso A. Lucarelli, *Introduzione*, cit.

²² O. Chessa, *L'Europa delle Regioni*, cit., 55-56, ritiene che per l'Italia, l'«unificazione europea ha determinato una compressione delle sovranità statali in termini assoluti, il cui costo però è gravato specialmente sulle autonomie territoriali sub-nazionali, inducendo di conseguenza un potenziamento relativo del governo centrale».

²³ V. nota 23.

²⁴ Comunicazione Commissione su autonomia differenziata, Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Relazione per paese 2023 - Italia che accompagna il documento Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2023 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2023 dell'Italia {COM(2023) 612 final}, 24.5.2023, 19: «Un siffatto livello di autonomia può essere concesso alle regioni solo dopo la definizione del livello essenziale dei servizi e del loro finanziamento; si tratta di un'operazione cruciale e complessa che richiede un'analisi dettagliata e una consultazione approfondita di tutti i portatori di interessi. La legge impone che tale riforma sia neutra dal punto di vista del bilancio delle amministrazioni pubbliche. Senza risorse aggiuntive potrebbe tuttavia risultare difficile garantire i medesimi livelli essenziali di servizi nelle regioni con una spesa storica bassa, anche a causa della mancanza di un meccanismo di perequazione. Nel complesso, la riforma prevista dalla nuova legge quadro rischia di compromettere la capacità delle amministrazioni pubbliche di gestire la spesa pubblica, con un conseguente possibile impatto negativo sulla qualità delle finanze pubbliche dell'Italia e sulle disparità regionali».

²⁵ Sono note le vicende politiche che portarono alla revisione del Titolo V, per scongiurare velleità secessionistiche della Lega Nord.

Tuttavia, considerata la nozione indefinita di materia di cui all'art. 117 della Costituzione²⁶, si potrebbero rivendicare funzioni determinate, fra le numerose riconducibili alle materie «differenziabili» ex art. 116, c. 3, Cost., senza intaccare l'unitarietà del sistema e, quindi, garantendo la legittimità del processo e, forse, anche la sua funzionalità²⁷.

L'autonomia differenziata, cioè, potrebbe non essere aprioristicamente «archiviata», né essere semplicisticamente «bollata» come incostituzionale, fermo restando che medesimi risultati, sotto il profilo dell'efficienza e della responsabilità degli enti, si potrebbero raggiungere per altre strade, come ad es., *in primis*, attuando l'art. 119, Cost., l'art. 117, Cost. previa opportuna revisione, e l'art. 118 Cost. L'attuazione delle richiamate disposizioni, peraltro, come si vedrà, è presupposto della corretta implementazione dell'art. 116, c. 3, Cost.

Com'è noto, questa è legittima se condotta nel rispetto dei principi dell'art. 119 Cost., richiamato esplicitamente dalla norma e nel rispetto dei principi fondamentali della Costituzione: essa, in definitiva, non può pregiudicare l'unità dell'ordinamento.

Entro tali paletti, se intesa quale possibilità di disciplinare funzioni in modo più adeguato alla realtà regionale, liberandola da vincoli talvolta privi di funzione garantistica ma asfittici rispetto allo svolgimento di attività da parte di cittadini e di imprese, soprattutto se duplicati ai diversi livelli istituzionali, l'autonomia differenziata non si pone in contrasto né con il diritto europeo, né con l'ordinamento costituzionale italiano. Piuttosto ne concorre ad attuare il fine ultimo, ossia lo sviluppo della persona, nel pieno rispetto dell'idea di regionalismo affermata in sede costituente e accolta all'art. 5 Cost., quale funzionale all'unità²⁸.

Al di là di considerazioni legittime sulla possibilità di raggiungere i medesimi risultati per altre vie, come sopra evocato, non si può non ritenere il ricorso all'art. 116, c. 3, Cost., nel rispetto dei vincoli costituzionali²⁹, scelta pienamente rientrante nella disponibilità delle forze politiche al Governo³⁰.

3. Il ddl Calderoli e i rischi della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni finalizzata alla differenziazione anziché alla tutela dei diritti. Il disegno di legge Calderoli, intitolato *Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma della Costituzione*, approvato in prima lettura dal Senato il 23 gennaio 2024 ed attualmente in discussione alla Camera (C. 1665), (d'ora in poi

²⁶ Sia consentito rinviare a D. Mone, *La promozione dell'autonomia nel rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni a garanzia dell'uguaglianza e dell'unità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2020, in particolare, 166 ss. e alla bibliografia ivi citata. L. Castelli, *I nodi pendenti dell'attuazione dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione* in *Diritti regionali*, 23 gennaio 2024, 842, esclude che in base all'art. 116, c. 3, Cost., sia possibile il trasferimento in blocco di intere materie «riferendosi piuttosto [la disposizione *de qua*] a compiti specifici individuati all'interno dei singoli ambiti materiali»; A. Lucarelli, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, in *Dir. pubbl. eur., Rassegna on line*, 2, 2019, 5 ss., paventa la sostanziale decostituzionalizzazione dell'art. 117, c. 3, Cost. per effetto del meccanismo di cui all'art. 116, c. 3, Cost.

²⁷ In tale prospettiva, decisiva sarebbe stata la previsione, nel ddl cd. Calderoli (su cui si rinvia avanti), di un obbligo di motivazione della richiesta di trasferimento delle materie da parte della Regione, in ordine alla maggiore efficienza di esercizio delle relative funzioni rispetto all'efficienza dell'esercizio di tali funzioni da parte dello Stato. Sia consentito rinviare sul punto a D. Mone, *Il modello di autonomia differenziata del ddl Calderoli tra finalità dichiarate e finalità perseguite: il nodo delle risorse finanziarie*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2024, (in corso di pubblicazione), 104 ss.

²⁸ Sia consentito rinviare a D. Mone, *Costituzione, regionalismo e coesione territoriale*, Napoli, 2023, 69-84.

²⁹ G. M. Salerno, *L'autonomia differenziata nell'evoluzione del regionalismo: da problema a prospettiva costituzionale*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 4, 2023, 982, esorta a considerare l'autonomia differenziata «non come un «problema», ma come una «prospettiva costituzionale».

³⁰ In tal senso da ultimo A. Morrone, *Differenziare le regioni senza un disegno di Repubblica*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2024, (in corso di pubblicazione), soprattutto 1-4 del dattiloscritto.

ddl), delinea un regionalismo differenziato del tutto estraneo alle finalità sopra evocate³¹. Sebbene quelle espressamente indicate all'art. 1 siano perfettamente iscritte nel perimetro costituzionale, infatti, vengono poi disattese dagli articoli successivi.

Tali finalità, del resto, erano evidentemente assenti nei processi che, a partire dal 2017³², hanno sostanzialmente portato all'approvazione del testo richiamato ed i cui esiti più avanzati sembrano essere oggetto specifico dell'art. 11 del ddl. Questa disposizione prevede che siano «esaminati secondo quanto previsto dalle pertinenti disposizioni della presente legge»³³ evidentemente allo scopo di velocizzare l'iter delle richieste delle Regioni da sempre più interessate alla maggiore autonomia, sottraendole alle regole fissate per la loro formazione che, seppur insufficienti, hanno migliorato anche quanto previsto dal progetto originario approvato dal Governo il 16 marzo 2023³⁴.

Sia i richiamati processi che il ddl appaiono inequivocabilmente orientati al fine prioritario del trattenimento di risorse sul territorio regionale in cui vengono prodotte, secondo la nota teoria del residuo fiscale i cui limiti sono stati in più occasioni convincentemente messi in luce³⁵.

Ciò inficia la compatibilità con la Costituzione del testo normativo, che, sebbene si ponga quale attuativo dell'art. 116, c. 3 Cost.³⁶, lo viola in più punti, ad esempio ledendo i principi

³¹ Si delinea in esso un «regionalismo degli egoismi» che A. Lucarelli, *Introduzione*, cit., colloca al di fuori del progetto di «unità europea».

³² Sull'incompatibilità di tali processi con i «principi fondativi della Repubblica che regolano il funzionamento della forma di Stato, del tipo di Stato e della forma di Governo», v. A. Lucarelli, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, cit., 6-8. Sia consentito rinviare anche a D. Mone, *Costituzione, regionalismo*, cit., 193 ss.

³³ La modifica del testo presentato dal Governo in Commissione Affari Costituzionali al Senato, non riduce le criticità di una previsione che, comunque, «recupera» (che vuol dire «esaminati secondo quanto previsto dalle pertinenti disposizioni della presente legge») accordi formatisi sulla base di una procedura riformata perché evidentemente ritenuta inadeguata se non illegittima. S. Staiano, *Salvare il regionalismo differenziato dai suoi epigoni attardati*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 4, 2023, 988, invita ad intervenire sul testo licenziato dal Senato in modo da «stabilire espressamente che, con l'entrata in vigore della legge, cessi l'efficacia degli accordi preliminari stipulati con le Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna. Quelle intese, peraltro, sono del tutto incompatibili, nell'impostazione e nei contenuti, con l'impianto stesso del d.d.l. 1665».

³⁴ Al riguardo, in particolare sotto il profilo del coinvolgimento degli enti locali, v. R. Di Maria, *Ruolo degli Enti locali: dalla consultazione da parte della Regione all'assegnazione di una parte delle funzioni trasferite. Ovvero, della ambigua collocazione istituzionale (e dello sfortunato destino politico?) degli Enti locali nel sistema costituzionale italiano di governo multilivello*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2024, (in corso di pubblicazione), 149 ss. In particolare, l'A. rileva, condivisibilmente, 155, come il testo attualmente risulti «sostanzialmente modificato e, per alcuni aspetti, adeguato ad alcune delle prime (rilevate) criticità», sebbene «le novità procedurali non abbiano eliso completamente tutte le perplessità *illo tempore* condivise ed espresse in dottrina».

³⁵ Sul punto da ultimo F. Cerniglia, *L'autonomia differenziata, i profili finanziari*, cit., 82. In particolare, S. Staiano, *Salvare il regionalismo differenziato*, cit., 987, parla in proposito di sviamento della *ratio* dell'art. 116, c. 3, Cost.: «piuttosto che razionalizzazione delle competenze secondo sussidiarietà, devoluzione indiscriminata delle materie (che non sono trasferibili senza revisione costituzionale) al fine di conseguire il trattenimento nei singoli territori regionali del «residuo fiscale», obiettivo impossibile nella legalità costituzionale, essendo in contrasto, non solo con l'art. 119 Cost., recante un principio di perequazione territoriale totale, ma anche con i principi che informano i sistemi tributari moderni, come enunciati anche dall'art. 53 Cost., che sono orientati alla redistribuzione. Alla nota 1, 987-988, l'A. chiarisce l'erronea interpretazione in chiave antimeridionalista della costruzione teorica di Buchanan che, piuttosto, pensa al concetto di residuo fiscale come base di partenza di politiche perequative. *Ex multis*, G. Pisauro, *L'autonomia differenziata e i limiti della riforma del Titolo V*, in *Diritto pubblico*, 2, 2023, cit., 578, ha confutato tale teoria. Se si vuole, si veda anche D. Mone, *Il modello di autonomia differenziata del ddl Calderoli tra finalità dichiarate e finalità perseguite: il nodo delle risorse finanziarie*, cit., in particolare, 101.

³⁶ Sulla necessità o opportunità di una legge attuativa dell'art. 116, c. 3, Cost. si registrano diverse posizioni in dottrina. In effetti, si esclude la necessità di una legge che si reputa, invece, opportuna. La differente posizione è significativa, considerata l'impossibilità di sottoporre, eventualmente a referendum, una legge costituzionalmente necessaria e, dunque, la legge Calderoli ove qualificata in tal senso. Sul punto sia consentito

di cui all'art. 119 Cost. e il suo combinato disposto con l'art. 117, c. 2, lett. *m*)³⁷, e, in definitiva, il principio di unità e di uguaglianza, laddove, secondo la lettura del principio autonomistico coerente col testo costituzionale, il regionalismo concorre ad entrambe, contribuendo alla coesione economica, sociale e territoriale³⁸.

Tali erano le finalità dei Costituenti regionalisti, in particolare con riferimento alla funzionalizzazione del regionalismo alla risoluzione della questione meridionale, come emerge dalla lettura dei lavori in Assemblea costituente³⁹.

La differenziazione pregiudicherebbe l'unità soprattutto per effetto della subordinazione del trasferimento delle funzioni alle Regioni, nelle materie *ex* art. 116, c. 3, Cost., alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (d'ora in poi LEP) secondo una disciplina di dubbia legittimità costituzionale sotto molteplici profili, a partire dalla sua attribuzione ad un organo diverso dal Parlamento o, quando affidata più correttamente ad una fonte adeguata (primaria), per l'inadeguata procedura di formazione della stessa ivi delineata⁴⁰.

È sulle disposizioni del ddl e di altre fonti da esso richiamate relative alla disciplina dei LEP e sul loro impatto sul principio di solidarietà e di unità che connotano il sistema costituzionale italiano che si intende circoscrivere, principalmente, l'analisi che si proverà a sviluppare nelle pagine che seguono.

In via preliminare, va chiarito che il procedimento di determinazione dei LEP è disciplinato dalla l. n. 197/2022⁴¹, la legge di bilancio per il 2023, che sarà applicabile fino all'entrata in vigore dei decreti legislativi, previsti dal ddl, all'art. 3, quali fonti competenti al riguardo.

Considerato che, presumibilmente, tali decreti legislativi non entreranno in vigore nel termine di due anni dall'entrata in vigore della legge, come previsto dall'art. 3, c. 1, d.d.l., ne deriva

rinvviare, anche per le ulteriori ragioni di sottrazione della legge al referendum, a D. Mone, *Il modello di autonomia differenziata*, cit., 108, nota 45. Tra i primi a sostenere l'opportunità di una legge A. Morrone, *Il regionalismo differenziato, Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 1, 2007, 153 ss., che oggi, condivisibilmente, tuttavia, non rinvenendo nel d.d.l. in discussione alla Camera il carattere di legge contenente norme generali, lo reputa anche inidoneo a vincolare le future leggi approvative dell'intesa, leggi rinforzate (A. Morrone, *Differenziare le regioni*, cit., 8-9 dattiloscritto). Per E. Balboni, C. Buzzacchi, *Autonomia differenziata: più problemi che certezze*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2023, 47, la legge attuativa non è necessaria; per O. Chessa, *In tema di «autonomia differenziata»: sui profili procedurali del DDL Calderoli come «legge generale di attuazione»*, in *Astrid Rassegna*, 5, 2023, p.10, si tratterebbe di legge incostituzionale o inutile; G. M. Salerno, *L'autonomia differenziata nell'evoluzione del regionalismo: da problema a prospettiva costituzionale*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 4, 2023, 983-985, reputa la legge attuativa dell'art. 116, c. 3, Cost. riconducibile alla competenza esclusiva statale (nota 2, 983) e «non soltanto costituzionalmente opportuna ma anche costituzionalmente necessaria» (983).

³⁷ L. Violini, *Livelli essenziali e regionalismo differenziato: riflettendo sui nessi tra l'art. 117, II comma, lett. m) e l'art. 116, III comma della Costituzione, alla luce dei lavori del CLEP*, in *Federalismi.it*, 21 febbraio 2024, 8: «tra le condizioni previste per giungere a conferire alle Regioni richiedenti «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» vi è il rispetto dei principi dell'art. 119 Cost., specificato dalla legislazione nell'ambito della legge delega sul federalismo fiscale (l. n. 42/2009). Il combinato disposto tra il vincolo costituzionale e la legislazione attuativa di quest'ultimo, (federalismo fiscale), avrebbe consentito di chiudere il cerchio, connettendo differenziazione, livelli essenziali e costi e fabbisogni standard: tutte questioni da definirsi, però, dando priorità ai secondi e ai terzi e non già – come appariva dalla prassi delle due precedenti legislature – alla differenziazione, che pure veniva vincolata – come si è detto – quantomeno al rispetto della lett. *m*)».

³⁸ Sia consentito rinviare, sul punto a D. Mone, *Costituzione, regionalismo*, cit., 2023, 239 ss.

³⁹ *Ibidem*, 69 ss.

⁴⁰ Sulla centralità in termini di unitarietà e coerenza della prossima forma di Stato regionale della questione della determinazione dei LEP, della loro indefinità, delle contraddittorietà e discutibilità di soluzioni proposte per la determinazione stessa di tale variabile, v. V. Tondi della Mura, *I LEP sulle montagne russe. Primi rilievi sul «Rapporto finale» del Comitato per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2024, (in corso di pubblicazione), 10 ss.

⁴¹ L. n. 197/2022, recante «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025».

l'applicazione della normativa di cui alla legge di bilancio (art. 3, c. 9, d.d.l.⁴²) per un notevole lasso di tempo nonché la vigenza dei LEP sulla sua base determinati, fino ad eventuale modifica, anche successivamente all'entrata in vigore dei decreti, come espressamente disposto all'art. 3, c. 10, d.d.l.

Da ciò la necessità di approfondire e sottolineare le criticità di tali previsioni a partire dalla possibilità di determinare, in base ad esse, i LEP, sbloccando il trasferimento di materie e relative risorse, attraverso un procedimento sostanzialmente in mano all'esecutivo statale e regionale. La rilevanza della circostanza è di tutta evidenza, soprattutto se si considera che attualmente tali esecutivi sono accomunati dall'appartenenza alle stesse forze politiche con riferimento a Lombardia e Veneto, cioè le Regioni tradizionalmente interessate al trattenimento delle risorse: il che induce a riprendere le riflessioni sull'uso congiunturale del regionalismo⁴³ laddove, nella fattispecie, la congiunturalità si riduce addirittura ad utilità di una singola forza politica e di singole Regioni.

La Cabina di regia e non il Parlamento, ai sensi dell'art. 1, c. 793, l. n. 197/2022, determina sostanzialmente i LEP che saranno formalmente adottati con d.P.C.M. (c. 796). Ove non siano rispettati i termini previsti all'art. 1, c. 795 della legge citata e, cioè, il 31 dicembre 2024, subentrerà addirittura un commissario (c. 797) che, pertanto adempierà, nella sostanza, ad una funzione che la Costituzione riserva in via esclusiva alle Camere, tanto è centrale per la garanzia dei diritti e dell'uguaglianza dei cittadini, in violazione dell'art. 117, c. 2, lett. m), Cost⁴⁴.

La determinazione dei LEP è condotta con una finalità meramente ricognitiva degli stessi. Escludendosi una finalità innovativa, invero, si disattende la *ratio* della relativa previsione costituzionale (art. 117, c. 2, lett. m)) di rimuovere, per il loro tramite, disuguaglianze esistenti in un certo momento storico e garantire livelli di diritti civili e sociali ancora non soddisfatti

⁴² Tale disposizione prevede che, nelle more dell'approvazione dei d.d.l. ivi previsti, «continua ad applicarsi l'articolo 1, commi da 791 a 801-*bis*, della legge 29 dicembre 2022, n. 197». L'art. 3, precisa, inoltre, al successivo c. 10, che «È fatta salva la determinazione dei LEP e dei relativi costi e fabbisogni standard, svolta ai sensi dell'articolo 1, commi da 791 a 801-*bis*, della legge 29 dicembre 2022, n. 197, alla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al presente articolo».

⁴³ Parlano di «uso «eventimentale» della Costituzione, in obbedienza di contingenti interessi partigiani», E. Balboni, C. Buzzacchi, *Autonomia differenziata: più problemi che certezze*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2023, 42. Si rinvia a A. Ruggeri, *Il federalismo all'italiana e l'uso «congiunturale» della Costituzione* in *Forum costituzionale*, per l'origine della fortunata espressione che A. Morelli, *Dinamiche del regionalismo differenziato e declinazioni congiunturali dell'autonomia territoriale* in *Dir. Pubbl. eur. Rassegna online*, n. spec. 2, 2019, applica alla specifica questione dell'autonomia territoriale intesa «come un «valore da esaltare» o come una «diseconomia», a seconda che questa potesse essere sfruttata come mezzo di esercizio del potere o che, al contrario, si rivelasse un elemento d'intralcio alla loro azione di governo» (19).

⁴⁴ Sulla natura di riserva relativa della disposizione, v. L. Castelli, *I nodi pendenti*, cit., 847, che sul punto richiama altresì la sentenza n. 88/2003 della Corte costituzionale. F. G. Cuttaia, *L'ampliamento dell'autonomia regionale e il rispetto dei profili unitari, formali e sostanziali: le basi poste dal disegno di legge quadro approvato dal Consiglio dei ministri*, in *Italian Papers on Federalism*, 1, 2023, 24, nello stesso senso ricorda, come la Corte cost. nella sentenza n. 134 del 2006 (e già nella 88/2003), aveva chiarito che, sulla base di quanto previsto dall'art. 117, c. 2, lett. m), Cost. a proposito dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, la fissazione di standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo, quantitativi, ecc. possa avvenire tramite una procedura non legislativa, «dal momento che, operandosi nell'ambito di una materia di competenza esclusivamente statale, la potestà normativa secondaria spetta allo Stato, ai sensi dell'art. 117, sesto comma della Costituzione». L'A. rileva che è, tuttavia, necessario definire i principi in base ai quali i LEP saranno determinati, attraverso i d.P.C.M. Sebbene si ritenga che la fonte d. lgs. sia più adeguata rispetto ad un d.P.C.M., pure in teoria legittimo, con legge si tratta di «di delineare in maniera compiuta il concetto stesso di «essenzialità», esigenza, questa, che proprio in una legge quadro non può essere disattesa, in quanto il Parlamento è tenuto ad esprimere in termini normativi il proprio indirizzo».

o dove ancora non lo sono in modo sufficiente⁴⁵.

In particolare, la Cabina di regia⁴⁶ ha compiti di ricognizione della normativa statale e delle funzioni esercitate dallo Stato e dalle Regioni a statuto ordinario in ognuna delle materie di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione (art. 1, c. 793, lett. a), l. n. 197/2022); di ricognizione della spesa storica a carattere permanente dell'ultimo triennio, sostenuta dallo Stato in ciascuna Regione per l'insieme delle materie di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, per ciascuna materia e per ciascuna funzione esercitata dallo Stato (art. 1, c. 793, lett. b)); di individuazione delle materie o ambiti di materie che sono riferibili ai LEP (c. 793, lett. c)); di determinazione, nell'ambito degli stanziamenti di bilancio a legislazione vigente, dei LEP (c. 793, lett. d)).

Ove si porti a termine il processo *de qua*, invero, non si ridurranno le disuguaglianze e non si garantiranno diritti neppure in relazione ad un livello essenziale dove allo stato attuale non sono garantiti o se non sono ancora garantiti fino a quel livello ma si manterrà lo *status quo*, notoriamente connotato da notevoli differenze nel loro godimento fra Nord e Sud e non solo.

Lo scopo che, invece, si raggiungerà, all'esito di una tale determinazione, scopo del tutto estraneo alla *ratio* dell'art. 117, c. 2, lett. m), e, anzi, come si vedrà, potenzialmente idoneo a contrastare il superamento delle disuguaglianze, è la possibilità di procedere alla differenziazione nelle materie cd. LEP, garantendo i LEP risultanti dall'operazione di ricognizione, con la conseguenza di cristallizzare ed anzi acuire le disuguaglianze attuali⁴⁷.

Su tale questione si ritornerà avanti per ulteriori considerazioni critiche relative anche a modifiche della disciplina dei LEP nel d.d.l. che, in parte sostituiscono, in parte ripropongono, con integrazioni, le disposizioni ora richiamate.

La concreta determinazione dei LEP, nello svolgimento del processo attuativo, è affidata ad un Comitato di esperti, il c.d. Comitato per la determinazione dei LEP (d'ora in poi CLEP), nominato con d.P.C.M. del 23 marzo 2023 e composto originariamente da 61 componenti, 11 dei quali si sono, in seguito, dimessi con nomina di ulteriori 6⁴⁸.

Tra le ragioni delle dimissioni di autorevoli componenti del CLEP, si annovera, appunto, la natura meramente ricognitiva del compito affidato alla Cabina di regia, poi al Comitato, di individuare i LEP, cui subordinare il trasferimento di funzioni, soltanto se già esistenti nella normativa, che equivarrebbe a consentire una differenziazione svincolata dalla garanzia di rimozione delle disuguaglianze⁴⁹.

⁴⁵ G. Arachi, *Audizione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulla determinazione e sull'attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali presso la Commissione parlamentare per le questioni regionali*, 1 febbraio 2024, 17, relativamente all'operazione di determinazione dei LEP delineata dalla legge di bilancio, definita «essenzialmente come una sistematizzazione dell'esistente», sottolinea che «Manca una chiara distinzione fra l'ambito tecnico, che riguarda la ricognizione dell'esistente, e la scelta eminentemente politica di fissazione dei LEP».

⁴⁶ Detto organo è costituito dal Presidente del Consiglio che la presiede e che può delegare il Ministro per gli Affari regionali e le autonomie, da quest'ultimo, dal Ministro per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR, dal Ministro per le riforme istituzionali e la semplificazione normativa, il Ministro dell'economia e delle finanze, i Ministri competenti per le materie di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, il presidente dell'Unione delle province d'Italia e il Presidente dell'Associazione nazionale dei comuni italiani, o loro delegati (art. 1, c. 792, l. n. 197/2022).

⁴⁷ Sulle conseguenze della determinazione dei LEP finalizzata alla differenziazione anziché alla garanzia dei diritti sia consentito rinviare a D. Mone, *Il modello di autonomia differenziata*, cit., soprattutto 101 ss.

⁴⁸ Comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni, Rapporto finale, disponibile in *Affariregionali.it*, 4.

⁴⁹ Lettera di Giuliano Amato, Franco Bassanini, Franco Gallo, Alessandro Pajno al Ministro Calderoli e al Presidente Cassese concernente le motivazioni delle dimissioni dei firmatari dal Comitato tecnico per la

Alla base della fuoriuscita ci sarebbero ulteriori criticità, tutte pienamente condivisibili: *in primis*, la subordinazione del trasferimento alla determinazione dei LEP soltanto nelle materie oggetto dell'art. 116, c. 3, Cost.⁵⁰, con la conseguenza di definire il fabbisogno per la loro copertura rispetto ad una necessità inferiore a quella reale, lasciando le funzioni collegate alle materie non trasferite, ma in cui comunque vanno assicurati i LEP per disposto costituzionale (non solo quelle *ex* art. 116, c. 3, Cost., ma anche quelle statali e residuali), prive di copertura. Dal momento che le risorse per la garanzia dei LEP vengono trasferite con le relative materie e, in un primo tempo, addirittura, stanziare soltanto a favore delle Regioni richiedenti il trasferimento (previsione quest'ultima superata dal passaggio in aula al Senato del testo, il 23 gennaio 2024⁵¹), l'esito non può che essere quello paventato.

Problemi di copertura, e quindi di risorse finanziarie, emergono anche con riferimento all'immediato trasferimento di materie cd. non LEP, insieme alle risorse, dal momento che le prestazioni ad esse riferibili dovranno essere immediatamente finanziate, senza alcuna contezza, tuttavia, circa le risorse necessarie a coprire le prestazioni delle materie LEP (tutte

determinazione dei Livelli Essenziali delle Prestazioni e l'incostituzionalità di alcune disposizioni della Legge di bilancio per il 2023 in tema di attuazione della autonomia regionale differenziata, Roma 26 giugno 2023, disponibile in *Astrid-online.it*

⁵⁰ Nella lettera sopra richiamata, 2, si legge: «Nel *paper* di *Astrid*, che tu ben conosci, abbiamo esposto le ragioni per le quali riteniamo che questa disposizione della legge di bilancio interpreti correttamente il dettato costituzionale, quale si ricava dagli artt. 116, c. 3, 117, c. 2, lett. *m*), e 119, Cost. E che questo comporti inevitabilmente, prima della attribuzione di nuovi specifici compiti e funzioni ad alcune Regioni con le corrispondenti risorse finanziarie, la determinazione di tutti i LEP attinenti all'esercizio di diritti civili e sociali e la definizione del loro finanziamento, secondo i principi e le procedure dell'art. 119 della Costituzione. Essendo le risorse disponibili determinate dai vincoli di bilancio (imposti dall'art. 81 Cost.), è evidente che la determinazione dei LEP richiederà una valutazione complessiva dei LEP che il Paese è effettivamente in grado di finanziare, valutazione che non può essere fatta materia per materia, perché ci si troverebbe alla fine nella condizione di non potere finanziare i LEP necessari ad assicurare l'esercizio dei diritti civili e sociali nelle materie lasciate per ultime».

⁵¹ Invero, con il passaggio in Senato, il testo viene emendato subordinando chiaramente il trasferimento delle funzioni all'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi di stanziamento delle maggiori risorse finanziarie necessarie a coprire eventuali maggiori o nuovi oneri a carico della finanza pubblica derivante dalla determinazione dei LEP anche a favore delle Regioni non differenziande, ma il trasferimento delle funzioni e delle risorse relative alle materie in cui i LEP non determinano nuovi o maggiori oneri è subordinato semplicemente alla determinazione dei medesimi LEP e dei relative costi e fabbisogni standard, nei limiti delle risorse rese disponibili nella legge di bilancio. Nulla si dice circa la necessità di calcolare tali LEP e costi e fabbisogni anche con riferimento alle Regioni non differenziande né tanto meno circa le risorse eventualmente da stanziare per soddisfare anche questi. In tal senso, va notato come il procedimento di determinazione previsto dal d.d.l., all'art. 3, c. 2, riduce il ruolo della Conferenza unificata, ove sono rappresentati anche gli enti non richiedenti la differenziazione, rispetto al procedimento delineato dalla legge di bilancio che prevede l'acquisizione dell'intesa sugli schemi dei d.P.C.M. anziché il parere sugli schemi di d.lgs. Anche alle Commissioni competenti per materia e per i profili finanziari è richiesto soltanto un parere che, peraltro, può essere disatteso, che non è contemplato dalla procedura di cui alla legge di bilancio.

⁵¹ Per G. Arachi, *Audizione*, cit., 8, «[...] è probabile che, come nel caso degli Enti locali, anche per le RSO l'individuazione dei LEP richieda un riequilibrio delle prestazioni fra territori da finanziare con nuove risorse. È dunque opportuno che il federalismo simmetrico proceda insieme a quello asimmetrico per consentire una valutazione complessiva delle esigenze finanziarie collegate ai due ambiti». Il Consigliere dell'UPB inoltre denuncia il rischio di rallentamento dell'attuazione della riforma del finanziamento delle Regioni a statuto ordinario (RSO) inserita come abilitante nel Piano di ripresa e resilienza (PNRR) e da completare entro il primo trimestre del 2026. La riforma, già prevista dal d. lgs. 68/2011, è rimasta inattuata anche per l'assenza dei LEP e dei relativi fabbisogni, che rappresentano un cardine dei meccanismi perequativi». E inoltre, sarebbe altresì opportuno un percorso parallelo fra determinazione dei LEP su materie da differenziare e su materie non oggetto della differenziazione perché già di competenza regionale, «data la complementarità fra le prestazioni attualmente erogate dallo Stato che rientrano fra le materie del terzo comma dell'articolo 116 della Costituzione e quelle già di competenza regionale come, ad esempio, nei casi delle politiche attive del lavoro e della formazione in relazione all'assistenza sociale e delle norme generali sull'istruzione in relazione all'istruzione».

le materie in cui i LEP devono essere determinati) e ad attuare la perequazione ai sensi dell'art. 119, c. 3 e c. 5⁵². È del tutto probabile che queste ultime risultino, poi, prive di copertura.

Riguardo il rapporto fra determinazione dei LEP e delle risorse, sembrano opportune una riflessione di carattere generale e, come sopra accennato, una precisazione con riferimento alla modifica della normativa di cui alla legge di bilancio per il 2023 per effetto del ddl.

La riflessione di carattere generale attiene alla *ratio* della determinazione dei LEP nella nostra Costituzione. Nel 2001 il Legislatore costituzionale ha previsto tale competenza legislativa esclusiva statale con riferimento a qualunque prestazione concernente i diritti civili e sociali, prestazioni, cioè, riconducibili tanto alla competenza esclusiva statale quanto a quelle concorrente Stato-Regioni o residuale. La *ratio* è quella di conciliare unità, autonomia e vincoli finanziari: assicurare un livello essenziale uguale di prestazioni connesse a diritti civili e sociali, sull'intero territorio nazionale⁵³.

Una volta determinati i LEP, infatti, come sancito dalla giurisprudenza costituzionale⁵⁴, maturano in capo ai cittadini, sull'intero territorio nazionale, diritti esigibili nei confronti del soggetto pubblico e, in ultima istanza, dello Stato che ne è responsabile quando la Regione non li garantisce⁵⁵.

La subordinazione alla determinazione dei LEP del trasferimento di materie ex art. 116, c. 3, Cost. dallo Stato alle Regioni richiedenti non è prevista da tale norma costituzionale.

In dottrina, è stata evidenziata la natura politica della scelta operata nel ddl Calderoli⁵⁶. Invero, tenuto conto del richiamo espresso dell'art. 116, c. 3 Cost., all'art. 119 Cost. e della giurisprudenza costituzionale sull'art. 119 Cost. che ne lega l'attuazione espressamente al rispetto dell'art. 117, c. 2, lett. *m*)⁵⁷, nonché della definizione di LEP da parte del giudice

⁵² L. Castelli, *I nodi pendenti*, cit., 846.

⁵³ Per G. Arachi, *Audizione*, cit., 5, «Ai LEP spetta il ruolo di coniugare l'autonomia finanziaria degli Enti territoriali con la garanzia di accesso a prestazioni uniformi sul territorio da parte dei cittadini» ed essi «rappresentano un elemento essenziale per l'applicazione dei principi del Titolo V della Costituzione».

⁵⁴ Si v. ad es. Corte cost., sent. n. 168/2021 e Corte cost., sent. n. 220/2021. Nella prospettiva del testo, G. Rivosecchi, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in *Annuario AIC*, 2018, 270 ed Id., *L'autonomia finanziaria regionale e il regionalismo differenziato*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2, 2019, 24 dove l'A. chiarisce che l'art. 117, c. 2, lett. *m*), Cost., non è soltanto norma di ripartizione delle competenze fra Stato e Regioni ma costituisce «garanzia delle situazioni giuridiche soggettive azionabili davanti al giudice come pretese nei confronti dei pubblici e privati poteri, in relazione alle scelte del legislatore sulle prestazioni esigibili».

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ V. ad es. A. Morrone, *Differenziare le regioni*, cit., 9 ss. dattiloscritto. Nello stesso senso G. Rivosecchi, *Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia e norme costituzionali sulla finanza territoriale (art. 119 Cost.)*, in *Nuove Autonomie*, (in corso di pubblicazione), 1, 2024, 4-12 dattiloscritto.

⁵⁷ La mancata determinazione dei LEP rappresenta per il Giudice costituzionale un ostacolo «alla piena attuazione dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali», oltre che «al pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti sociali» (sentenza n. 220/2021). La stessa l. n. 42/2009 collega l'attuazione dell'art. 119 Cost. alla determinazione dei LEP, in più punti: ad es., art. 2, c. 2, lett. *z*); art. 9, c. 1, lett. *d*). Parlano, in proposito, di processo di trasferimento di funzioni di cui all'art. 116, c. 3, Cost., «in sintonia con la Costituzione», se ancorato al rispetto dei LEP, ritenuto un «punto di passaggio» «obbligato» per un «armonico sviluppo del modello», E. Balboni, C. Buzzacchi, *Autonomia differenziata: più problemi che certezze*, cit., 47-48. In senso contrario, rispetto alla pregiudizialità della determinazione dei LEP all'attuazione della differenziazione, A. Morrone, *Differenziare le regioni*, cit., 9 ss. dattiloscritto. L'A., invece, concorda sulla pregiudizialità alla sua implementazione dell'attuazione della costituzione finanziaria (p. 230). Analogamente G. Rivosecchi, *Ulteriori forme e condizioni particolari*, cit., 3-12 dattiloscritto, che a proposito della determinazione dei LEP precisa che essa «costituisce premessa necessaria per assicurare l'effettiva rispondenza ai richiamati limiti «di sistema» delle proposte di attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost., sebbene debba essere ricordato che la determinazione dei LEP non è da ritenersi costituzionalmente necessaria né in assoluto, trattandosi di atto di indirizzo politico con cui lo Stato fissa la soglia di eguaglianza necessaria in ordine alle prestazioni da erogare sull'intero territorio della Repubblica, la spesa per le quali – quella sì – una volta fissati i LEP diventa

supremo⁵⁸, la subordinazione del trasferimento alla garanzia, previa determinazione, dei LEP, appare un presupposto giuridico⁵⁹.

Ma a prescindere da tale premessa, il punto centrale è che nel ddl Calderoli è espressamente prevista tale condizione.

La determinazione e garanzia dei LEP, che nel d.d.l. è, dunque, presupposto necessario della differenziazione, non può, però, pregiudicare la garanzia dei LEP in tutte le altre materie e per tutte le altre Regioni in cui la Costituzione la prevede *ex art. 117, c. 2, lett. m)*, all'unico scopo di assicurare diritti civili e sociali dei cittadini, rispetto ad un certo livello, su tutto il territorio nazionale⁶⁰.

Da tale banale e logica constatazione, considerati gli effetti del ddl Caderoli finora illustrati, deriva l'illegittimità della subordinazione del trasferimento alla determinazione dei LEP limitata alle sole materie ricomprese nell'art. 116, c. 3, Cost., oltretutto solo se «arbitrariamente» ritenute collegabili a prestazioni relative a diritti civili e sociali⁶¹.

In altri termini, va detto che la determinazione dei LEP disciplinata dalla normativa *de qua*, paradossalmente, mette a rischio i diritti dei cittadini italiani laddove in Costituzione essa è finalizzata esclusivamente alla loro garanzia ed è, nei fatti, finalizzata solo a dare un apparente

costituzionalmente necessaria, né quale condizione costituzionalmente prevista ai fini dell'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. negli ambiti materiali non «intercettati» dalla determinazione dei LEP stessi. Sulla necessità che il regionalismo differenziato non preceda ma proceda «sullo stesso binario del fisco regionale» come semplice «aggiustamento al margine al sistema di finanziamento delle Regioni», v. F. Cerniglia, *L'autonomia differenziata, i profili finanziari*, cit., 94.

⁵⁸ V. per tutte, Corte cost., n. 220 del 2021, ove il Giudice sancisce che i LEP «indicano la soglia di spesa costituzionalmente necessaria per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, nonché 'l nucleo invalicabile di garanzie minime' per rendere effettivi tali diritti», che «una volta identificato con norme non può essere finanziariamente condizionato» (sentenza n. 142/2021), richiamata da G. Arachi, *Audizione*, cit., 8-9. È chiaro come, rispettare i principi di cui al 119, Cost., c. 4, tra cui quello dell'integrale copertura delle funzioni delle autonomie e dello Stato, attraverso le risorse indicate ai commi precedenti, implica garantire i LEP tanto nelle Regioni differenziate quanto nelle Regioni che non si differenziano. Ancora in tal senso, G. Arachi, op. cit., 26, dove nel riferirsi alla sentenza 220 della Corte costituzionale, ricorda che ivi il giudice costituzionale ritiene che «i LEP costituiscono la base per calcolare la spesa per erogare le prestazioni sociali di carattere fondamentale, il cui finanziamento deve essere garantito sulla base dell'articolo 119 della Costituzione». Del resto, il Giudice costituzionale, nella sentenza n. 220 considera la mancata definizione dei LEP «un ostacolo [non solo] alla piena attuazione dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali», autonomia finanziaria che indubitabilmente è un principio di cui all'art. 119 Cost. che l'art. 116, c. 3, Cost. chiede espressamente di rispettare per attuare l'autonomia differenziata.

⁵⁹ In tal senso L. Chieffi, *I persistenti dubbi di conformità a Costituzione del d.d.l. recante «disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della costituzione» (atto camera n. 1665, già approvato in prima lettura dal senato della repubblica il 23 gennaio 2024, Testo dell'audizione svolta il 4 marzo 2024 presso la Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati nell'ambito dell'esame, in referente, del disegno di legge C. 1665 Governo, approvato dal Senato, recante «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione»*, disponibile in *Dir. pubbl. eur. Rassegna online*, 1, 2024, 310: «Un possibile approfondimento delle autonomie territoriali, come previsto dall'ultimo comma dell'art. 116 Cost., che non voglia rappresentare una deroga ai principi contenuti nella Parte Prima di questo testo normativo non potrebbe, in alcun modo, trascurare lo svolgimento di una significativa azione di riequilibrio (sull'esempio di quanto avvenuto in Germania dopo la caduta del muro di Berlino) resa possibile proprio dalla garanzia di uniformi livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, c. 2, lett. m), Cost.) e dallo svolgimento da parte dello Stato di significativi interventi perequativi (anche di tipo infrastrutturale) a favore dei territori con minore capacità fiscale per abitante (art. 119, c. 3, Cost.)».

⁶⁰ D. Mone, *Il modello di autonomia differenziata*, cit., 102.

⁶¹ Come si vedrà avanti, il d.d.l. distingue fra materie riconducibili ai LEP e materie non riconducibili ai LEP, in modo del tutto discrezionale, senza ancorare, cioè, tale decisione ad alcun parametro o criterio.

volto solidale alla differenziazione⁶².

Chiarita, pertanto, l'ottica nella quale andrebbe collocata la determinazione dei LEP seppure legata all'autonomia differenziata ed evitando di confondere il fine con il mezzo, tenuto conto che l'autonomia, anche quella differenziata, è funzionale ai diritti e la determinazione e garanzia dei LEP un passaggio necessario in tale direzione⁶³, un aspetto insidioso del ddl sotto tale profilo – venendo alla precisazione sopra preannunciata – è la scelta, dopo il suo passaggio in Commissione Affari costituzionali, al Senato, di subordinare la differenziazione alla predeterminazione dei LEP ma operando la distinzione fra materie LEP e non LEP⁶⁴ e, poi, nelle materie LEP, fra prestazioni per le quali ricorrerebbe l'obbligo di determinare il LEP e prestazioni per le quali tale obbligo non sussisterebbe, senza ancorare tale distinzione ad alcun criterio predefinito⁶⁵. Tali distinzioni da cui dipende, in sostanza, la natura solidale o competitiva della differenziazione, non sono guidate da alcun criterio idoneo a conformarle all'art. 117, c. 2, lett. m), Cost. Ciò tanto quando la scelta è operata direttamente dal Legislatore (art. 3, c. 3, d.d.l.), tanto quando è affidata al Presidente del Consiglio dei ministri, con suo decreto, ma, di fatto, alla Cabina di regia (art. 1, c. 792, l. n. 197/2022) (*rectius* al Comitato per la determinazione dei LEP), o al Commissario, (ex art. 1, c. 797, l. n. 197/2022).

La Costituzione, rigida, quindi vincolante nei confronti dello stesso Parlamento, a questo, in effetti, non assegna il compito di valutare ove determinare i LEP ma stabilisce che quando le prestazioni concernono diritti civili e sociali, il LEP deve essere determinato dal Parlamento.

⁶² L. Violini, *Livelli essenziali e regionalismo differenziato*, cit., 7, chiaramente, in tale senso: «Per un giudizio equilibrato e non fazioso, è opportuno non sottovalutare il contesto in cui il lavoro del Comitato si è inserito, concernente non tanto i problemi del welfare – che pure è inevitabilmente sotteso alla discussione sui livelli essenziali – quanto il tema della differenziazione: il senso del lavoro richiesto era, infatti, di procedere alla ricognizione della legislazione relativa a tutti quei livelli essenziali facenti capo alle materie ex art. 116, c. 3, Cost. in funzione dell'attuazione del regionalismo differenziato». L'A., p. 10, tuttavia, evidenziando il nesso fra attività della Cabina di regia nella determinazione dei LEP e l. n. 42/2009, unitamente al d.lgs. n. 68/2011, parzialmente inattuato, e ribadendo che la ripresa del percorso di attuazione del federalismo fiscale è finalizzata a rimanere circoscritta solo ad alcune materie collegate all'art. 116, c. 3, Cost., ritiene necessario a questo punto «creare le condizioni per ricongiungere i due processi, anche per dar ragione a coloro che hanno visto nella attuazione di quest'ultima norma costituzionale una eccellente occasione per ripensare al nostro regionalismo nel suo insieme, aprendo a sperimentazioni che però dovrebbero tornare a vantaggio di tutti».

⁶³ In tal senso il ddl Calderoli in sede di individuazione, all'art. 1, delle sue finalità, che sono purtroppo disattese dalle disposizioni successive. Sul punto C. Tubertini, *Alle soglie dell'autonomia regionale differenziata: i capisaldi dell'unità nazionale* in *Le Istituzioni del federalismo*, 3, 2023, 452 vede nella enunciazione delle finalità «una forte enfasi sul principio di unità nazionale» rilevando, sembra in modo critico, che l'obiettivo della garanzia dei LEP su tutto il territorio nazionale, «risulta, addirittura, non più solo una condizione preliminare al riconoscimento dell'autonomia differenziata, e quindi limite all'eventuale trattamento «di maggior favore» concesso – specie sul piano finanziario – alle Regioni «differenziate» (art. 3), ma addirittura una delle finalità della procedura ex art. 116, c. 3, che dovrebbe, per l'appunto, secondo il nuovo testo del disegno di legge, anche «rimuovere discriminazioni e disparità di accesso ai servizi essenziali sul territorio» (art. 1). A. Iacoviello, *Autonomia regionale e unità giuridica ed economica delle Repubbliche: i limiti costituzionali per l'attuazione dell'articolo 116, comma 3, della Costituzione*, in *Italian Papers On Federalism* 2, 2023, non rinvenendo nei lavori preparatori una risposta alla domanda sulle finalità della differenziazione ex art. 116, c. 3, Cost., le riconduce a quella dell'autonomia in generale, per cui «Così inteso il regionalismo asimmetrico diviene una possibilità di evoluzione del modello delineato dal legislatore costituzionale, nei limiti della neutralità dei possibili riflessi della maggiore autonomia riconosciuta ad alcune Regioni rispetto alle altre».

⁶⁴ Compito che la legge di bilancio per il 2023, all'art. 1, c. 793, lett. c), affida addirittura alla Cabina di regia.

⁶⁵ Sul punto, G.M. Flick, *Autonomia differenziata delle Regioni: perplessità e interrogative*, in *federalismi.it*, 17 aprile 2024, 6. S. Staiano, *Salvare il regionalismo differenziato*, cit., 992: «Soprattutto, in assenza di premesse metodologiche, si mostra del tutto priva di fondamento dimostrativo la distinzione tra funzioni LEP e funzioni non-LEP, queste ultime suscettibili, per la loro stessa natura, di devoluzione immediata, senza attendere la definizione previa dei Lep (art. 4, c. 2, d.d.l. 1665): tanto si ricava anche dalla nota inviata il 30 ottobre 2023 al Presidente del Clep dai componenti del Sottogruppo 5, e sottoscritta da altri componenti del Clep, della quale non si è ritenuto di dare conto nel Documento finale».

L'operazione del ddl Calderoli di affidare al Parlamento la discrezionalità di scegliere dove si determinano e, perciò, si garantiscono i LEP, è espressione di un percorso inverso rispetto a quello sotteso in Costituzione e, quindi, il suo risultato non è quello di garantire i LEP, ossia i diritti ma solo i LEP di alcuni diritti civili e sociali, su tutto il territorio nazionale, lasciando potenzialmente disattesi altri diritti o lasciando diritti disattesi in alcune zone del Paese.

Una tale discrezionalità caratterizza anche la legge n. 42 del 2009. Essa, tuttavia opta per una tale soluzione in attuazione di un approccio graduale per il passaggio del sistema dalla spesa storica ai costi e fabbisogni standard (art. 2, c. 2, lett. *m*): «superamento graduale, per tutti i livelli istituzionali, del criterio della spesa storica [...]»⁶⁶ ma, soprattutto, non connette la determinazione dei LEP alla differenziazione.

Nel caso del ddl, dal momento che il trasferimento delle materie LEP implica l'impegno di determinate risorse per garantire i corrispondenti LEP che, di conseguenza, risultano sottratte alla copertura delle materie LEP di competenza esclusiva statale o residuale (per le quali la determinazione dei LEP non è prevista dal ddl ma è prevista, tuttavia, dall'art. 117, c. 2, lett. *m*), e, dal momento che le materie che si ritengono, opinabilmente, non LEP, passano, con tutte le risorse⁶⁷, immediatamente, alle competenze residuali regionali senza che ne sia prevista alcuna garanzia neppure essenziale delle relative prestazioni, determina uno spostamento di risorse e, quindi, di garanzia di diritti a favore della popolazione di determinate Regioni, a danno della popolazione di altre⁶⁸.

Il rischio di trasferire materie e risorse senza garantire necessariamente diritti civili e sociali, neppure ad un livello essenziale, ricorre, peraltro, anche con riferimento alle materie LEP, perché, nell'ambito di esse, la determinazione dei LEP è in concreto affidata a scelte libere (se non arbitrarie) del Governo, se operata con d. lgs., vista la sostanziale inesistenza di principi e criteri direttivi⁶⁹, o del Presidente del Consiglio, *rectius* della Cabina di regia (e quindi

⁶⁶ G. Arachi, *Audizione*, cit., 9, infatti, chiarisce che una problematica rilevante nella determinazione dei LEP è rappresentata «dalla questione distributiva che emerge nel momento in cui si intendono stabilire livelli uniformi di prestazioni sull'intero territorio nazionale in un paese caratterizzato da consistenti divari territoriali, in presenza di un vincolo di bilancio stringente. Una volta qualificate talune prestazioni come livello essenziale, si pone la necessità di finanziarne ed assicurarne l'erogazione su tutto il territorio nazionale, anche nelle aree più sguarnite. Di fronte a queste problematiche la legge delega in materia di federalismo fiscale ha adottato un approccio graduale stabilendo che, fino alla determinazione per legge, sono considerati LEP quelli già fissati in base alla legislazione statale, prevedendo la definizione di obiettivi di servizio cui devono tendere le Amministrazioni regionali e locali nell'esercizio delle funzioni riconducibili ai livelli essenziali delle prestazioni o alle funzioni fondamentali e delineando un percorso di progressivo avvicinamento di tali obiettivi ai LEP, nonché di convergenza dei costi e dei fabbisogni standard dei vari livelli di governo».

⁶⁷ S. Piperno, *Soluzioni diverse per il finanziamento dell'autonomia differenziata: le ambiguità del disegno di legge Calderoli*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 4, rileva che per le materie non LEP non sono indicate «modalità da seguire per valutare il «costo storico» in ciascuna Regione, dal momento che a differenza che per quelle riferibili alle materie LEP, non è esplicitamente previsto il parametro dei costi e fabbisogni standard».

⁶⁸ S. Staiano, *Salvare il regionalismo differenziato*, cit., 992-993: «È perciò irragionevole e fonte potenziale di sperequazioni non rimediabili la richiamata diversità di regime quanto alla devoluzione tra funzioni LEP e funzioni non-LEP: è altamente consigliabile che la delega contenuta nell'art. 3 d.d.l. 1665 sia estesa anche alla definizione di tale demarcazione, integrando i principi e criteri direttivi con la determinazione dei criteri operativi necessari a determinare i LEP. Per la fase intermedia, occorrerà stabilire che nessuna devoluzione sarà possibile, non solo se non sarà stata definita la demarcazione in discorso, ma anche se non saranno stati definiti i LEP, rifuggendo la logica delle due fasi, poiché, in tutta evidenza, il trasferimento immediato di funzioni non-LEP comporterebbe un assorbimento irreversibile di risorse rendendo definitivo il divario, così compromettendo la conformità dell'intero processo all'art. 119, c. 3, Cost.».

⁶⁹ Il d.d.l., all'art. 3, c. 1, prevede per la determinazione dei LEP l'approvazione, entro 24 mesi dalla sua entrata in vigore, di uno o più decreti legislativi, «sulla base dei principi e criteri direttivi di cui all'articolo 1, commi da 791 a 801-bis, l. n. 197/2022. Al riguardo, non si può non rilevare che i principi e criteri direttivi cui il d.d.l. rinvia non esistono, dal momento che la legge di bilancio precedente il d.d.l. che ne riconosce natura di legge

del Clep) o del Commissario, se operate con d.P.C.M., ai sensi della legge di bilancio per il 2023.

Ciò non garantisce affatto, ovviamente, che siano determinati LEP a garanzia dei diritti. Allo stato, anzi, la determinazione dei LEP appare orientata al criterio del risparmio di risorse e finalizzata piuttosto a consentire la differenziazione nel rispetto del principio di invarianza e, quindi, il trasferimento di risorse⁷⁰.

4. Gli effetti del principio di invarianza sulla garanzia dei diritti, nell'ipotesi della differenziazione. Quanto a quest'ultimo centrale punto, va precisato che al trasferimento delle materie corrisponderà un trasferimento di risorse che saranno trattenute sui territori regionali differenziati, per effetto del meccanismo della compartecipazione al gettito di tributi erariali maturato nel territorio regionale, ai sensi dell'art. 5, c. 2, del d.d.l. Ciò inciderà, presumibilmente, sulla capacità dello Stato⁷¹ di coprire non solo le funzioni di competenza esclusiva statale e quelle da continuare ad esercitare sui territori in cui le Regioni non hanno chiesto la differenziazione (in cui, si ribadisce, comunque vanno determinati i LEP)⁷² oltre che i LEP nelle materie di competenza residuale regionale (neanch'essi determinati), ma anche di garantire la funzione perequativa finalizzata a finanziare integralmente le funzioni dei territori con minore capacità fiscale per abitante, ai sensi dell'art. 119, c. 3, Cost. e a colmare le asimmetrie infrastrutturali, ai sensi dell'art. 119 Cost., c. 5⁷³.

In tale prospettiva, peraltro, dispone lo stesso d.d.l. che, all'art. 10, individua «Misure perequative e di promozione dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale», «Al fine di garantire l'unità nazionale, nonché la promozione dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale, dell'insularità, della rimozione degli squilibri economici e sociali e del perseguimento delle ulteriori finalità di cui all'articolo 119,

delega non ne fissa ma stabilisce una procedura» (Sul punto G. De Minico, *Occorre stare attenti alle tre illusioni del disegno Calderoli* in *Il Sole 24 Ore*, 13 dicembre 2023).

⁷⁰ V. V. Tondi della Mura, *I LEP sulle montagne russe*, cit., 9 ss. e soprattutto, 23-26, che dà conto «dell'orientamento perseguito, progressivamente raffinato e infine solo apparentemente dismesso nel testo finale» (23) nell'ambito della fase preparatoria dei lavori del Clep da cui non risulta certo come obiettivo principale quello di garantire il soddisfacimento dei diritti nel rispetto e nei limiti del sistema costituzionale (26).

⁷¹ L. Castelli, *I nodi pendenti dell'attuazione*, cit., 847: «Il finanziamento delle funzioni aggiuntive, come noto, avviene attraverso il meccanismo della compartecipazione al gettito di uno o più tributi erariali maturato sul territorio. Ne deriva che se la spesa per la funzione trasferita fosse maggiore rispetto al gettito partecipato dovrebbe essere per forza di cose lo Stato ad intervenire versando le risorse mancanti. Le quali – qui sta il punto – potrebbero anche essere sottratte alla redistribuzione nei confronti di altre Regioni provocando inevitabili effetti sperequativi, a dispetto dell'esplicito divieto contenuto nel disegno di legge». Sul punto, da ultimo, G. Rivoecchi, *Ulteriori forme e condizioni particolari*, cit., 13-14 dattiloscritto.

⁷² In tal senso le preoccupazioni espresse da C. Tubertini, *Alle soglie dell'autonomia regionale differenziata*, cit., 454-455: «Se è vero, infatti, che il trasferimento delle funzioni, con le relative risorse umane, strumentali e finanziarie, concernenti materie o ambiti di materie riferibili ai LEP può essere effettuato, secondo le modalità e le procedure di quantificazione individuate dalle singole intese, soltanto dopo la determinazione dei medesimi LEP e dei relativi costi e fabbisogni standard, l'insieme delle disposizioni sembra anzitutto orientata in termini di garanzia a favore delle Regioni che otterranno l'autonomia differenziata, affinché non siano chiamate a erogare prestazioni essenziali con risorse insufficienti. Manca, infatti, un impegno generale del legislatore ad adeguare gli stanziamenti necessari per i LEP, da qualunque amministrazione siano al momento prestati, e non solo nelle materie oggetto delle intese, ma in tutte le materie».

⁷³ L. Castelli, *I nodi pendenti dell'attuazione*, cit., 846: «E, tuttavia, oltre a reperire le risorse per finanziare i LEP, devono anche essere individuate quelle da accantonare nel fondo perequativo per assicurare il finanziamento integrale delle funzioni attribuite ai territori con minore capacità fiscale (art. 119, c. 3), per non dire delle risorse che servono a finanziare gli ulteriori interventi perequativi speciali di cui al quinto comma dell'art. 119. Viene pertanto da chiedersi come sia possibile finanziare immediatamente le prestazioni nelle materie non riferibili ai LEP se prima non si ha un quadro chiaro dei vincoli che derivano al bilancio dello Stato tanto dal finanziamento dei LEP, quanto da quello delle misure di perequazione previste dall'art. 119».

quinto e sesto comma, della Costituzione, anche nei territori delle Regioni che non concludono le intese [...]» (art. 10, c. 1 e 2, d.d.l. Calderoli)⁷⁴.

La scelta del meccanismo di compartecipazione per il finanziamento delle funzioni trasferite, tanto quelle riconducibili alle materie LEP che quelle non LEP⁷⁵ (art. 5, d.d.l., c. 2), è incoerente anche rispetto al fine dichiarato all'art. 1 del d.d.l. di responsabilizzare le istituzioni locali, oltre che rischioso per la tutela dei diritti sui territori non differenziati⁷⁶. Va evidenziato che, fra le diverse modalità di finanziamento delle funzioni trasferite previste dall'art. 119 Cost., si è optato per la compartecipazione al gettito dei tributi erariali maturato nel territorio regionale che non è che un trasferimento statale mascherato, nuocendo all'autonomia perché non dipendente esclusivamente dalle scelte regionali⁷⁷. Tale scelta è, inoltre, rischiosa, in termini di tutela di diritti nelle Regioni non differenziate, dal momento che da un lato è complesso quantificare l'ammontare di risorse corrispondente al costo delle funzioni da trasferire⁷⁸, dall'altro, risulta complicato modificare l'aliquota in base agli andamenti del ciclo economico, come pur previsto migliorando il testo in sede di approvazione del ddl in aula al Senato. Si tratta, infatti, di una previsione difficilmente attuabile e, quindi, non risolutiva del problema del trattenimento delle risorse al di sopra del fabbisogno⁷⁹, fermo restando che «se

⁷⁴ Per considerazioni critiche su tali aspetti v. F. Pallante, *Attacco al Sud, complice la destra «meridionalista»*, in *Il manifesto*, 11 maggio 2024.

⁷⁵ S. Piperno, *Soluzioni diverse*, cit., 5.

⁷⁶ Sul punto si rinvia a F. Cerniglia, *L'autonomia differenziata, i profili finanziari*, cit., 94, che chiarisce come grazie a questo meccanismo, la politica regionale «si assicura un trasferimento certo, poco o tanto che sia, dal governo centrale imbellettato con un'aliquota di compartecipazione» senza assumersi alcuna «responsabilità finanziaria». In effetti, l'A., intravede nel meccanismo delineato dal d.d.l. la base di uno «scaricabarile fra Stato, Regioni, Europa». «Se poi, nei prossimi anni, il governo dovesse essere obbligato a ridurre le risorse, rivedendo i fabbisogni e dunque riducendo l'aliquota di compartecipazione, le regioni potranno sempre dare la colpa allo Stato che non finanzia i LEP. Il governo centrale potrà dare la colpa all'Europa e ai suoi vincoli di finanza pubblica».

⁷⁷ In senso critico sul ricorso alla modalità di finanziamento delle compartecipazioni A. Morrone, *Differenziare le regioni*, cit., 12 ss. dattiloscritto. Sul punto M. Bordignon, F. Neri, C. Orlando, G. Turati, *Autonomia differenziata senza autonomia fiscale? Nota dell'OCPI*, 19 gennaio 2023, in *osservatorioocpi.unicatt.it*: «Il disegno di legge del ministro Calderoli parla vagamente di «compartecipazioni a uno o più tributi erariali» come fonte di finanziamento principale delle nuove spese devolute, ma non sembra esservi coscienza dei possibili effetti distorsivi derivanti dall'attribuire forti competenze di spesa ad un ente territoriale senza introdurre allo stesso tempo meccanismi di responsabilizzazione su questa spesa» (10). Gli A., in particolare, evidenziano come negli anni Novanta, «il tema fondamentale era quello di aumentare la responsabilità finanziaria delle Regioni nei confronti della propria spesa per evitare il sorgere di disavanzi e la susseguente necessità dello Stato di assumersene l'onere aumentando il debito pubblico, una costante di quel periodo. A tal fine, il sistema di finanziamento regionale venne pesantemente riformato, riducendo radicalmente il ruolo dei trasferimenti erariali a vantaggio di tributi propri, cioè di imposte su cui le Regioni avessero la facoltà di variare almeno le aliquote. In tal modo, i governi regionali che avessero deciso di aumentare la spesa, avrebbero dovuto farlo tassando di più i propri contribuenti-elettori, inducendo così un meccanismo di responsabilizzazione sul proprio bilancio. Col tempo questa esigenza è stata dimenticata e l'autonomia tributaria regionale si è fortemente ridotta, anche perché – durante il periodo di duro aggiustamento finanziario seguito alla crisi finanziaria del 2007 e a quella del debito nel 2011-13 – la spesa regionale (e locale) è stata fortemente condizionata dal governo centrale, anche al di là di quanto previsto dall'attribuzione formale delle competenze» (2-3). Così G. Pisauro, *L'autonomia differenziata*, cit., 566 ss.

⁷⁸ Sulle difficoltà relative alla raccolta di informazioni necessarie al calcolo di risorse per il finanziamento delle funzioni LEP da trasferire alle Regioni, v. M. Bordignon, L. Rizzo, G. Turati, *Ma come si finanziano i Lep?*, in *Lavoce.info*, 10 febbraio 2023 che, anche alla luce del caso del processo di definizione di fabbisogni standard per i Comuni, ritengono difficile poter «liquidare la definizione dei LEP nello spazio di pochi mesi con un d.P.C.M., come proposto dal disegno di legge e dalla legge di bilancio per il 2023».

⁷⁹ In tal senso è stato visto con preoccupazione tale sistema di finanziamento delle funzioni trasferite alle Regioni differenziate sostanzialmente costruito sul modello di quello delle Regioni a statuto speciale: «Preoccupa dunque che il d.d.l. Calderoli sembri prefigurare un processo di finanziamento per le funzioni devolute alle Regioni del tutto analogo a quello descritto sopra per le RSS. Da quello che si capisce, il modello

la spesa per la funzione trasferita fosse maggiore rispetto al gettito compartecipato dovrebbe essere per forza di cose lo Stato ad intervenire versando le risorse mancanti. Le quali – qui sta il punto – potrebbero anche essere sottratte alla redistribuzione nei confronti di altre Regioni provocando inevitabili effetti sperequativi, a dispetto dell'esplicito divieto contenuto nel disegno di legge⁸⁰.

Tali considerazioni scaturiscono dalla sostanziale immutabilità dell'aliquota di compartecipazione. La possibilità di adeguarla «alla variazione dei fabbisogni ovvero all'andamento del gettito dei medesimi tributi, anche alla luce delle variazioni del ciclo economico», prevista dall'art. 8, c. 2, quando al ribasso, risulta, infatti, problematica su un piano politico oltre che in termini di quantificazione: difficile immaginare che si riesca a ridurla con un procedimento che coinvolge Ministro dell'economia e delle finanze, il Ministro per gli Affari e le autonomie, la Conferenza unificata, la Commissione paritetica che ha l'onere di dare inizio allo stesso, con sua proposta (art. 8, c. 2, d.d.l.). Molto probabile che le uniche variazioni possibili, appunto, saranno quelle in aumento laddove gli esecutivi, regionale e nazionale, dovessero essere espressione della stessa parte politica, considerando che le Commissioni paritetiche (art. 5, c. 1, d.d.l.) sono costituite «per lo Stato, [da] un rappresentante del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, un rappresentante del Ministro dell'economia e delle finanze e un rappresentante per ciascuna delle amministrazioni competenti e, per la Regione, [da] i corrispondenti rappresentanti regionali, oltre a un rappresentante dell'Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI) e un rappresentante dell'Unione delle province d'Italia (UPI)».

Si tratta, in sostanza, di contrattazioni bilaterali all'interno di Commissioni paritetiche, ciascuna separata dalle altre. Anche tale circostanza rappresenta un punto critico della disciplina: non si garantisce l'applicazione di valutazioni uniformi né alcun coordinamento delle decisioni allo scopo di rispettare i vincoli di bilancio con potenziali risvolti negativi per il Paese e, quindi, per la tutela dei diritti nei territori non differenziati⁸¹.

di finanziamento del d.d.l. prevede un processo di devoluzione in cui al tempo zero le risorse vengono attribuite al livello regionale (tramite compartecipazioni al gettito dei tributi erariali) in modo da coprire la spesa attuale dello Stato nelle funzioni delegate. Se poi le risorse delle compartecipazioni cresceranno in futuro più di quanto necessario per finanziare queste funzioni, le risorse addizionali resteranno alle Regioni; se no, tramite la Commissione paritetica prevista dal d.d.l., lo Stato interverrà comunque per finanziare le spese aggiuntive. Ma così non può evidentemente funzionare: è un chiaro *win-win* per le Regioni, ma rischia di essere un *lose-lose* per lo Stato e la restante collettività nazionale, costretti a rincorrere con extra risorse gli squilibri che così si possono generare. Non ci sembra un modello sostenibile» (Così M. Bordignon, F. Neri, L. Rizzo, R. Secomandi, *Le attuali Regioni a statuto speciale: un modello per l'autonomia differenziata?*, in *Osservatoriociopi.unicatt.it*, 14 marzo 2023). In tal senso, S. Piperno, *Soluzioni diverse*, 7, che avverte che «nel tempo l'evoluzione del gettito erariale sul quale insistono le compartecipazioni, soprattutto quello riferito alle Regioni più dinamiche del Paese, potrebbe garantire risorse superiori ai fabbisogni standard di spesa riducendo conseguentemente le risorse erariali disponibili per il resto del paese per finalità perequative». In questa prospettiva anche G. Pisauro, *L'autonomia differenziata*, cit., 576 ss.

⁸⁰ L. Castelli, *I nodi*, cit., 847. In tal senso, va ancora una volta ribadita la pregiudizialità dell'attuazione dell'autonomia finanziaria regionale ai sensi dell'art. 119 Cost. (e della perequazione, tanto territoriale che strutturale) e della l. n. 42/2009 e suoi decreti attuativi, segnatamente il d.lgs. n. 68/2011, rispetto all'implementazione dell'art. 116, c. 3, Cost., nello spirito costituzionale. Se, infatti, le Regioni avessero capacità tributaria (ossia impositiva autonoma) dovrebbero coprire le spese delle funzioni trasferite superiori al gettito aumentando le tasse dei contribuenti della Regione, esponendosi al loro giudizio in occasione delle elezioni (*Ibidem*). Parlano di riluttanza delle autonomie italiane ad assumersi la «responsabilità e l'impopolarità della esazione diretta» (42) «da dimensione autentica – e la prerogativa qualificante – dei sistemi federali [...]», (42-43), E. Balboni, C. Buzzacchi, *Autonomia differenziata*, cit., 42-43.

⁸¹ G. Arachi, *Audizione*, cit., 49, al riguardo ravvisa la necessità di individuare una sede istituzionale unica in cui svolgere tale attività. Rileva tale criticità altresì S. Piperno, *Soluzioni diverse*, cit., 5, per il quale la mancanza di qualsivoglia coordinamento tra le diverse intese bilaterali e orientamento per le Commissioni paritetiche si basa

Questi sono messi a rischio, ancora, per effetto della previsione del principio di invarianza ribadito in più punti del d.d.l. e sancito all'art. 9, quale principio cui la differenziazione deve essere informata al pari della garanzia dei LEP, che ne è *condicio sine qua non* e che, dunque, va effettuata a costo zero⁸².

Il trasferimento delle materie è implicitamente subordinato, oltre che alla determinazione, alla copertura finanziaria dei LEP. Ciò è desumibile dalla previsione *ex art.* 1, c. 2, d.d.l., secondo cui la determinazione dei LEP è effettuata nel rispetto dell'articolo 1, c. 793, lett. d), l. n. 197/2022, che stabilisce avvenga «nel rispetto dell'art. 17, l. n. 196/2009 e, comunque, nell'ambito degli stanziamenti di bilancio a legislazione vigente, sulla base delle ipotesi tecniche formulate dalla Commissione tecnica per i fabbisogni standard [...]». Se a tale previsione si aggiungono quella di cui all'art. 4, c. 1, per cui il trasferimento delle funzioni nella materie LEP può essere effettuato «nei limiti delle risorse rese disponibili nella legge di bilancio»; quella di cui all'art. 4, c. 2, secondo cui il trasferimento delle funzioni relative a materie non LEP, può essere effettuato «nei limiti delle risorse previste a legislazione vigente»; quella di invarianza di cui all'art. 9, c. 1, secondo cui «dall'applicazione della presente legge e di ciascuna intesa non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica» e al c. 3, secondo cui «Per le singole Regioni che non siano parte delle intese [...] è garantita l'invarianza finanziaria nonché il finanziamento delle iniziative finalizzate ad attuare le previsioni di cui all'articolo 119, terzo, quinto e sesto comma, della Costituzione», risulta confermato quanto precedentemente rilevato circa la assoluta inidoneità del procedimento di determinazione dei LEP di cui al d.d.l. e alla legge di bilancio, ai fini della rimozione delle disuguaglianze. Non potrà essere cioè assicurata la tutela dei diritti ad un livello essenziale omogeneo sull'intero territorio nazionale, dato che nessuna risorsa aggiuntiva può essere prevista, almeno in una prima fase di determinazione dei LEP, per la loro garanzia⁸³.

sulla erronea convinzione che «una operazione di questa delicatezza possa essere svolta senza un quadro di indirizzi univoci» (5).

⁸² Sull'impossibilità di garantire i LEP a finanza invariata, v. E. Balboni, C. Buzzacchi, *Autonomia differenziata: più problemi*, cit., 45.

⁸³ G. Trovati, *Rischio costi e caos sulle procedure: dall'Autorità sui conti alert autonomia*, *Il Sole 24 Ore*, 2 febbraio 2024, riporta tali preoccupazioni espresse nel corso della citata Audizione dell'UPB, del 1° febbraio 2024. In particolare in essa si legge, 5-6: «In un contesto in cui le prestazioni degli Enti territoriali sono storicamente differenziate sul territorio, l'introduzione di LEP che implicino l'aumento delle prestazioni nelle realtà più deficitarie richiederà necessariamente il reperimento di risorse che, dati i vincoli di bilancio, potrà avvenire attraverso una redistribuzione di quelle esistenti fra gli Enti interessati attraverso i meccanismi perequativi, oppure con tagli alla spesa delle Amministrazioni centrali o, infine, con aumenti della pressione fiscali. Per questo motivo l'introduzione di nuovi LEP è stata generalmente associata allo stanziamento di apposite risorse principalmente destinate agli Enti che necessitano di potenziare i propri servizi e prevedendo un percorso di graduale convergenza». In merito a tale considerazione interessanti le parole di A. Poggi, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, *Editoriale*, in *federalismi.it*, 7 febbraio 2024, 7, circa le ragioni della scelta di individuare i LEP a legislazione vigente: «evidentemente motivate dal vincolo dell'invarianza dei saldi di bilancio, è tuttavia, una opzione discutibile, ma era l'unica possibile per far partire il percorso e per garantirsi inizialmente la copertura (teorica) dei LEP. Se, infatti, -questo è stato il ragionamento - vi sono leggi che prevedono LEP, dato il vincolo dell'art. 81 Cost, la Ragioneria centrale dello Stato deve aver vigilato sulla copertura e, dunque, essi sono «già» coperti. Allo stesso modo è evidente che la mera ricognizione costituisce un'opzione dell'«essere» e non del «dover essere», poiché quelle leggi non sono state adottate con la finalità di individuare dei LEP associati al percorso del regionalismo differenziato [...]». Analogamente per la Banca d'Italia un tale tipo di differenziazione deve ritenersi realizzabile soltanto a discapito dell'obiettivo di riduzione delle disuguaglianze, dal momento che sarà consentito soltanto il trasferimento successivo alla determinazione dei LEP, «per le funzioni per le quali l'erogazione di livelli territorialmente uniformi di servizio non richiede maggiori risorse rispetto alla spesa storica» o delle «funzioni non presidiate da LEP», *Memoria della Banca d'Italia*, Disegno di legge AS 615 «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione», resa il 30 ottobre 2023 presso la Commissione parlamentare per le questioni regionali, p. 10. In

Ciò spiega il ricorso al criterio della spesa storica, in base alla legge di bilancio (art. 1, c. 793, lett. a), b), c), d))⁸⁴ cui rinvia il d.d.l., art. 3, c. 1, riferendosi impropriamente ai «principi e criteri direttivi» da essa posti.

Non si vede come, dato il limite delle risorse disponibili a legislazione vigente e dell'intangibilità delle risorse spettanti alle singole Regioni o finalizzate alla perequazione, si possa modificare la situazione vigente, nel senso di migliorarla superando le disuguaglianze, attraverso simile procedura di determinazione dei LEP a costo zero.

La stessa previsione, all'art. 4, c. 1, dell'ipotesi che «dalla determinazione dei LEP [...] derivino nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica» al verificarsi della quale «si può procedere al trasferimento delle funzioni solo successivamente all'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi di stanziamento delle risorse finanziarie volte ad assicurare i medesimi livelli essenziali delle prestazioni sull'intero territorio nazionale» si presta a due considerazioni riferibili, in genere, al d.d.l. *de qua*: da un lato, si pone in contraddizione evidente con l'art. 9, c. 1 («Dall'applicazione della presente legge e di ciascuna intesa non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica») che lo rende inapplicabile⁸⁵; dall'altro, chiarisce la natura politica del concetto di LEP.

Onde evitare che la mancanza di risorse necessarie a fronteggiare i maggiori oneri derivanti dalla determinazione dei LEP (effettivamente finalizzati a rimuovere le asimmetrie, in tal caso) possa bloccare la differenziazione, si fanno coincidere i LEP con le prestazioni finora già erogate, sostanzialmente adottando il criterio della spesa storica⁸⁶.

argomento v. L. Chieffi, *I persistenti dubbi*, cit., 314. In tale prospettiva, G. De Minico, *Memoria per la Commissione Affari Costituzionali, Camera dei deputati, Audizione del 12 marzo 2024, sul disegno di legge a.c. 1665, approvato in prima lettura dal Senato della Repubblica il 23 gennaio 2024, recante disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*, in *Dir. pubbl. eur. Rassegna online*, 1, 2024, 375.

⁸⁴ L'UPB, nell'Audizione richiamata, ha altresì evidenziato che subordinare il trasferimento di materie alle Regioni alla determinazione dei LEP, laddove questa operazione è limitata alla ricognizione di LEP già implicitamente o espressamente esistenti nella normativa vigente, effettivamente non richiederebbe risorse ulteriori rispetto a quelle oggi destinate dallo Stato dal momento che lo Stato, appunto, garantisce servizi omogenei sul territorio. Il trasferimento, piuttosto, dovrebbe essere subordinato alla determinazione dei LEP che mancano dal momento che tale circostanza potrebbe acuirsi a seguito della differenziazione. Sarebbe dalla garanzia di questi LEP relativi a funzioni oggi svolte dagli enti territoriali (o dallo Stato in mancanza di loro determinazione) a derivare un elevato divario fra fabbisogni standard e spesa storica da doversi colmare con interventi perequativi. Attraverso un'operazione del genere si rispetterebbe la *ratio* dell'art. 117, c. 2, lett. m), colmando le disuguaglianze attraverso il livellamento di servizi oggi «caratterizzati da una forte eterogeneità che riflette, oltre alla diversità dei bisogni sul territorio, le profonde differenze nelle dotazioni finanziarie che discendono dal sovrapporsi nel corso del tempo di interventi di finanziamento non coordinati» (G. Arachi, *Audizione*, cit., 37).

⁸⁵ Significativamente A. Morrone, *Differenziare*, cit., 12 dattiloscritto, parla di «guazzabuglio delle norme sul finanziamento della differenziazione».

⁸⁶ Si rinvia alla nota 85. Nulla cambia con riferimento al concetto di costo e fabbisogno standard, parimenti politico, dal momento che ci sarebbe notevole differenza, ad esempio, fra il fissarlo al livello della spesa storica o, invece, al valore medio dei fabbisogni delle tre regioni più prestanti. I costi ed i fabbisogni standard, infatti, rappresentano la misura delle risorse da garantire a copertura dei LEP: non si tratta di grandezze matematiche obiettive ossia di entità scientificamente determinate, ma di valori frutto di decisioni discrezionali sulle modalità di calcolo selezionate in base all'obiettivo che si vuole raggiungere: tanto spiega G. Viesti, *Autonomia, i «lep» sono una cortina fumogena*, cit. Sia consentito rinviare sul punto a D. Mone, *La legge n. 42 del 2009 e la violazione dei principi costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, 3 novembre 2010, 11 ss., ove si evidenzia la natura politica e, solo in un secondo momento tecnica, dei lep e costi e fabbisogni standard. G. Arachi, *Audizione*, cit., 6, del pari, chiaramente spiega come lo «stretto legame fra LEP e fabbisogni implica che non possano essere determinati in modo indipendente: è necessario il coordinamento fra i due processi e la collaborazione fra le strutture tecniche e gli organi politici. Alle prime spetta il compito di suggerire le metodologie di calcolo più adeguate sulla base delle caratteristiche delle prestazioni e delle informazioni disponibili e di fornire una quantificazione

Il risultato di tale sovrapposizione di fattori è che, verosimilmente, le asimmetrie si accentueranno⁸⁷, atteso che, per l'illustrato meccanismo dei trasferimenti e, tenuto conto del principio di invarianza, le risorse, indipendentemente da quelle che residuano e soprattutto necessitano per la garanzia delle funzioni differenziabili ma non richieste da tutte le Regioni, quelle non differenziabili e quelle residuali (quando si riesca a determinare il loro ammontare), saranno trasferite alle Regioni differenziate e, quindi, sottratte allo Stato e a tutte le altre Regioni⁸⁸.

Nella stessa direzione, il ddl, all'art. 3, c. 7, prevede la possibilità di aggiornare i LEP con d.P.C.M.⁸⁹, «anche al fine di tenere conto della necessità di adeguamenti tecnici prodotta dal mutamento del contesto socioeconomico o dall'evoluzione della tecnologia». I costi e fabbisogni standard, da cui dipende la quantificazione dell'eventuale nuovo fabbisogno, saranno determinati ed aggiornati almeno ogni tre anni sulla base di ipotesi tecniche della Commissione tecnica per la determinazione dei fabbisogni standard, ai sensi dell'art. 3, c. 8 del d.d.l. Calderoli, che rinvia, per il procedimento di determinazione, integralmente all'art. 793, lett. d), della legge di bilancio per il 2023, lasciando scelte evidentemente anche politiche ad un organo formalmente tecnico⁹⁰, come dimostrato dalla possibilità finora colta di identificare i LEP con quelli già esistenti, nei lavori del CLEP, che ha trasformato la differenziazione in un «gioco delle tre carte» che toglie ai poveri per dare ai ricchi.

Tale previsione che potrebbe potenzialmente consentire il superamento dello *status quo* in termini di disuguaglianze, come si è detto per la previsione di cui all'art. 4, c. 1, è sostanzialmente neutralizzata dal generale principio di invarianza di cui all'art. 9, c. 1⁹¹.

In effetti, consideratane l'irrealizzabilità, potrebbe rendere inattuabile la differenziazione

degli oneri finanziari in maniera chiara e trasparente; agli organi politici spetta, invece, tenendo conto di questi elementi, la scelta delle priorità e del livello dei fabbisogni, sulla base delle risorse disponibili». Si rinvia, su tali profili, a V. Tondi della Mura, *I LEP sulle montagne russe*, cit., 23 ss., in particolare sul «ruolo politico della Commissione tecnica fabbisogni standard» nella fase preparatoria di determinazione dei LEP affidata al CLEP. In tale prospettiva, non è irrilevante considerare, come si legge in G. Viesti, *Autonomia, i "lep" sono una cortina fumogena*, *Il Fatto quotidiano*, 15 febbraio 2024, che tale organo, formalmente tecnico, ossia privo di qualsivoglia responsabilità verso gli elettori, è attualmente presieduto dalla giurista D'Orlando, componente della «delegazione trattante» della Regione Veneto a supporto del Veneto.

⁸⁷ A. Giannola, *Il disegno di legge C. 1665 Governo approvato dal Senato: un pacato, necessario processo alle intenzioni*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 4, 2023, 1000, con riferimento al trasferimento di funzioni NON LEP, spiega come il sistema previsto dal DDL porta a confermare e cristallizzare il criterio della spesa storica e ad «una «assegnazione» di risorse che diviene irreversibile per la natura dell'Intesa [...]».

⁸⁸ G. Trovati, *Rischio*, cit., riferisce le parole del consigliere dell'UPB Arachi, per il quale, il reperimento di risorse necessario ad implementare i LEP potrà derivare da tre vie: «spostamento di risorse dalle Regioni ricche a quelle più povere (prospettiva curiosamente fuori dai radar dei tifosi più accesi dell'autonomia differenziata), tagli o aumenti di tasse. Il tutto mentre l'affanno del bilancio pubblico ha spinto il Governo a muoversi in senso contrario, tagliando da 4,6 miliardi a meno di 900 milioni il fondo per la perequazione infrastrutturale».

⁸⁹ Tale fonte dovrebbe modificare disposizioni di un decreto legislativo, in violazione del criterio gerarchico.

⁹⁰ V. nota 88.

⁹¹ S. Piperno, *Soluzioni diverse*, cit., 5-6, spiega che, per effetto dell'art. 9, c. 1, «una volta fatta la ricognizione dei LEP presenti nelle funzioni aggiuntive è molto probabile che emergono dei vincoli finanziari alla copertura completa dei fabbisogni legati ai loro costi standard non coperti dalla capacità fiscale regionale attraverso trasferimenti perequativi. In pratica nei primi anni si potranno soddisfare i LEP solo parzialmente attraverso le risorse già destinate dallo Stato a quei servizi (Banca d'Italia, 2023). In sintesi, non si parte dai fabbisogni per determinare i finanziamenti, ma dalle risorse attualmente stanziati e evidenziate nella ricognizione che saranno ripartite pro quota e potranno arrivare al finanziamento completo dei LEP solo nel medio lungo periodo. Va sottolineato che a volte il processo descritto sembra riferirsi solo ai LEP relativi alle materie in cui si prevede un meccanismo di differenziazione ma appare ovvio che il sistema dei LEP debba essere definito in maniera unitaria con riferimento anche alle funzioni già svolte dalle Regioni incluse le residuali, tra cui, ad esempio, quelle relative all'assistenza e i relativi LEPS, nonché tenendo conto dei servizi che sono gestiti in condivisione da parte di più livelli di governo (i c.d. LEP multilivello)».

rispetto ad un significativo numero di materie ridimensionandone l'effetto disgregante, sempre che il d.d.l. Calderoli, una volta approvato, quale semplice legge ordinaria, sia in grado di vincolare le leggi rinforzate di approvazione dell'intesa previste dall'art. 116, c. 3, Cost.⁹². Con tali leggi che, peraltro, vedrebbero un ruolo piuttosto limitato del Parlamento, esautorato dei suoi poteri⁹³, a fronte di un Presidente del Consiglio centrale invece nel processo delineato, e rinforzato ove fosse approvata la riforma costituzionale sul cd. premierato⁹⁴, si potrebbe avallare la nascita di staterelli regionali autonomi⁹⁵, privi di coordinamento fra loro e legati da rapporti bilaterali con lo Stato (*rectius* con il Governo, o con il Ministro per gli Affari regionali⁹⁶).

⁹² Sulla questione del rapporto legge ordinaria di attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost. e fonte rinforzata per l'approvazione delle intese di cui alla medesima disposizione, v. D. Mone, *Costituzione*, cit., 214 e bibliografia ivi citata. Sul punto di recente S. Staiano, *Salvare il regionalismo*, cit., 990, per il quale il vincolo politico della cd. legge di principio all'attività del Governo è un auspicio più che una soluzione. G.M. Salerno, *L'autonomia differenziata nell'evoluzione del regionalismo: da problema a prospettiva costituzionale*, cit., 983-985, reputa la legge attuativa dell'art. 116, c. 3, Cost. «fonte di norme interposte» (984).

⁹³ Non pare del tutto chiarito il ruolo del Parlamento rispetto all'intesa. Il d.d.l., all'art. 2, c. 8, prevede che il d.d.l. «è immediatamente trasmesso alle Camere per la deliberazione, ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione». Può il Parlamento modificare? Per R. Bin, *L'autonomia differenziata: politica o burocrazia?*, in *Le Regioni*, 1, 2022, 1154, nel testo in discussione alla Camera, sarebbe stato «rimosso ogni esplicito (e maldestro) tentativo di ridurre l'intervento parlamentare nella definizione dell'intesa con la Regione», sia a monte, «nel momento della definizione del testo»; sia a valle, nella fase di «approvazione finale dell'intesa». Invero, è ancora aperto il dibattito fra i sostenitori di un ruolo sostanziale del Parlamento (su cui sia consentito rinviare a D. Mone, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3, Cost., conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, 1, 2019, 342 ss.) nell'approvazione della legge di intesa e sostenitori di un ruolo, invece, meramente formale. C. Buzzacchi, *L'autonomia differenziata: un'analisi del ddl Calderoli*, testo dell'Audizione del 4 marzo 2024 alla I Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati, in relazione al disegno di legge C. 1665 Governo, approvato dal Senato (c.d. d.d.l. Calderoli), «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione», in *laCostituzione.info*, 6 marzo 2024, spiega come «è presumibile che il ruolo predominante svolto dal Governo nella costruzione dell'intesa non possa trovare una battuta d'arresto o un intervento di modifica nella fase di approvazione parlamentare: non è difficile dedurre, visto lo scarno passaggio riguardante il lavoro parlamentare, che gli spazi per l'esercizio delle prerogative parlamentari non ci siano, e che ci si aspetti un passaggio parlamentare che non incide sull'intesa».

⁹⁴ Sul nesso fra d.d.l. Calderoli e riforma costituzionale del c.d. «premierato elettivo» rappresentato dalla c.d. ideologia del Capo, v. C. De Fiores, *Commissione affari costituzionali, Camera dei deputati, lunedì 4 marzo 2024. Audizione resa dal prof. Claudio De Fiores sul disegno di legge c. 1665, approvato dal Senato, recante «disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione»*, in *Dir. pubbl. eur. Rassegna online*, 1, 2024, 336-337. Sugli effetti congiunti della legge sull'autonomia differenziata e della riforma costituzionale sul c.d. premierato, v. G. M. Flick, *Autonomia*, cit., 17 aprile 2024, 3-4.

⁹⁵ È stato altresì paventato l'obiettivo di segmentare l'Italia in macro-regioni come esito di una «parte non esplicitata del «modello Calderoli» attraverso il ricorso all'art. 117, c. 8, Cost., da parte delle Regioni che abbiano singolarmente ottenuto l'autonomia differenziata, allo scopo di «istituire organi comuni, non escluse assemblee rappresentative» del «Grande Nord» (20): così M. Villone, *L'autonomia differenziata dai preaccordi del 28.02.2018 alla macroregione*, in M. Volpi (a cura di), *I rapporti tra Stato e Regioni nella pandemia e le prospettive dello Stato regionale*, Bologna, 2024, 20.

⁹⁶ Nella stessa logica si muove la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri intitolata «Esame delle leggi delle regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano e delle questioni di legittimità costituzionale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 127 della Costituzione. Razionalizzazione dell'attività istruttoria del Governo», del 23 ottobre 2023: si introduce nell'ordinamento «una «terza opzione» (fra impugnativa o meno della legge regionale) cui è assegnata (laddove vi sia impegno della regione) una posizione preferenziale rispetto all'impugnativa (che invece viene ad assumere la qualifica di *extrema ratio*)». (3), ossia la proposta di non impugnazione della legge regionale o provinciale a fronte dell'impegno assunto dalla Regione (o dalla Provincia autonoma), di abrogare o modificare le disposizioni legislative e a non applicare medio tempore le disposizioni impugnate. La direttiva sembra appunto proporre soluzioni al problema delle numerose impugnative dinanzi alla Corte inerenti il rapporto Stato Regioni che si traducono in pronunce della Corte costituzionale che

Ne risulterebbe un sistema in cui non ci sarebbe alcun posto per la solidarietà perché non ne sarebbero assicurati i presupposti e le condizioni, con grave pregiudizio dell'unità. Ci si troverebbe di fronte a Regioni, piccole patrie, in una prospettiva, evidentemente, non solo incostituzionale ma antieconomica e antistorica⁹⁷.

Abstract. Il contributo analizza gli effetti del ddl Calderoli sulla natura del regionalismo italiano. Evidenzia, in particolare, che il rischio connesso al trasferimento di funzioni e materie dallo Stato alle Regioni differenziate è quello di ridurre le risorse a disposizione delle altre Regioni, e non solo, per soddisfare diritti sul proprio territorio. Ne deriva un pregiudizio al principio di unità e solidarietà ed un modello di Stato in cui le Regioni appaiono come piccole patrie anziché parte di un unico Paese, in contrasto con la stessa idea di Europa delle Regioni, secondo cui le stesse sono funzionali all'unità ed alla coesione.

Abstract. The paper analyses the effects of the Calderoli Bill on the nature of Italian regionalism. In particular, it highlights the risks associated with the transfer of functions and responsibilities from the State to the individual Regions, which include the potential reduction of resources available to other Regions, thereby undermining their ability to fulfill the rights of their specific territories. This scenario creates a prejudice against the principles of unity and solidarity, transforming the Regions into quasi-independent entities rather than integral parts of a unified country. This development stands in contrast to the concept of the Regions of Europe, which posits that regional divisions should enhance cohesion and unity.

Parole chiave. Differenziazione – livelli essenziali – uguaglianza – solidarietà – diritti.

Key words. Differentiation – essential levels – equality – solidarity – rights.

dispongono la cessazione della materia del contendere o l'estinzione del processo a seguito di rinuncia al ricorso da parte dello Stato quale conseguenza della decisione delle regioni di abrogare o modificare - in pendenza del giudizio - le disposizioni impugnate anche a valle di negoziazioni con il governo. Pare che il ruolo decisivo assegnato al Ministro per gli Affari regionali e al Presidente della Giunta regionale nella procedura descritta, a prescindere dai numerosi ulteriori rilievi ad essa riferibili, rappresenti un punto fortemente critico della stessa soprattutto laddove tali soggetti siano espressione di parti politiche omogenee. Per un'interessante lettura critica v. F. Politi, *La direttiva sulla "razionalizzazione" della procedura governativa di esame delle leggi regionali. Prime considerazioni*, Lettera 11, 2023, in *Associazione dei costituzionalisti.it*.

⁹⁷ V. sul punto A. Lucarelli, *Perché NO Alfabeto dell'autonomia differenziata: Alberto Lucarelli*, in *Carteinregola.it*, 12 aprile 2024: «[...] in Italia si sta procedendo ad uno spacchettamento che sembra seguire, più che il progetto dell'Europa delle Regioni, quello identitario e antistorico delle *Piccole Patrie*»; Id., *Introduzione*, cit., qualifica il progetto Calderoli come «progetto antieuropeo» che si fonda sull'idea, prevalente nei territori più ricchi, «di poter meglio fronteggiare la crisi separandosi politicamente e economicamente dal resto dello Stato»: un'idea da ricondurre a quella di Europa delle piccole patrie.

DALL'EUROPA DELLE REGIONI ALLE PICCOLE PATRIE *

di Maria Chiara Girardi**

Sommario. 1. Premessa. Il pluralismo territoriale comunitario. – 2. Il progetto dell'Europa delle Regioni. – 3. Il ruolo del Comitato delle Regioni. – 4. L'Europa delle piccole patrie. – 5. Conclusioni. Un «regionalismo differenziato» comunitario e qualche proposta di soluzione.

658

1. Premessa. Il pluralismo territoriale comunitario. Il presente contributo analizza la tematica della c.d. Europa delle Regioni¹, ossia del peso crescente delle autonomie territoriali sub-statali nella evoluzione dell'ordinamento sovranazionale. In particolare, si ricostruisce il ruolo svolto dalle autonomie nel processo di integrazione europea e nello sviluppo del c.d. *multilevel constitutionalism*², per comprendere quale sia l'andamento di tale fenomeno, diffusi a partire dagli anni Ottanta.

La tematica consente di esaminare, specificamente, il ruolo funzionale e istituzionale svolto dalle Regioni, in particolare in relazione alle modalità di partecipazione delle stesse allo sviluppo delle politiche comunitarie, specie di coesione territoriale, e del processo decisionale unionale.

A questo riguardo, si ricostruiscono le fasi e le sedi attraverso cui si è prodotto l'articolato processo, anche nel tentativo di stabilire se e in che misura la posizione delle Regioni a livello europeo sia collocabile in una linea di continuità o di discontinuità con le tendenze del modello a livello interno³.

L'allargamento dell'Unione europea induce ad interrogarsi sull'opportunità di creare un'Unione di Stati non solo economica, ma anche politico-normativa, che potesse, tra l'altro, favorire il superamento delle disegualianze territoriali⁴. Al contempo, si è diffusa «l'idea che

* Sottoposto a referendum.

** Ricercatrice t.d., lett. a), di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II.

¹ Espressione sorta in Germania alla fine degli anni Ottanta, in occasione della richiesta dei Länder di una revisione del processo di integrazione europea su base regionale. Sul tema, si rinvia a L. Senn, *Verso un'Europa delle Regioni. La cooperazione economica transfrontaliera come opportunità e sfida*, Milano, 1993, 13 ss.; L. Hooghe, G. Marks, 'Europe with the regions'. *Channels of interest representation in the European Union*, in *The Journal of Federalism*, I, 16, 1996, 73 ss.; S. Borràs-Alomar, T. Cristianen, A. Rodriguez-Pose, *Towards a 'Europe of the Regions'? Visions and Reality from a Critical Perspective*, in *Regional Politics and Policy*, II, 4, 1994, 1 ss.; S. Baroncelli, *L'Europa delle Regioni 20 anni dopo: costituzionalismo multilivello e Regioni a statuto speciale*, in *federalismi.it*, 7, 2020, IV ss.

² Nozione di I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisted*, in *Common Market Law Review*, 36, 1999, 703 ss.

³ In questo senso, C. De Fiores, *«Remettre les Régions à leur place»*. *Dall'Europa delle Regioni alle Regioni senza Europa?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1, 2013, 57 ss.

⁴ In questo senso, A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Dir. pubb. eur. Rassegna online*, 1, 2019, 18, secondo cui «Sostenere e dimostrare che nel diritto europeo sia possibile individuare spazi e basi giuridiche per un ruolo attivo di soggetti pubblici, che abbiano quali priorità il soddisfacimento dei diritti fondamentali dei cittadini a prescindere da esigenze di mercato e di stabilità dei prezzi. L'idea di fondo è verificare l'esistenza, accanto al diritto della concorrenza (*Competition Law*), 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».

le Regioni, specie quelle più depresse o isolate per motivi economici, geografici o strutturali, potevano essere svantaggiate da un'integrazione europea sempre più avanzata, in mancanza di un intervento attivo della Comunità con programmi di lungo periodo»⁵ e che, per questo motivo, si dovessero coinvolgere maggiormente gli enti territoriali nei processi decisionali unionali, così da scongiurare uno sviluppo asimmetrico dell'Unione.

Alla fine degli anni Ottanta, il progetto di coinvolgimento delle Regioni nelle politiche comunitarie è parsa una occasione propizia per valorizzare le istanze locali e coinvolgere maggiormente i cittadini nei processi decisionali, con l'obiettivo di garantire una democrazia di prossimità⁶. Tuttavia, la tematica del regionalismo comunitario si scontra con gli aspetti negativi del pluralismo territoriale, atteso «il contesto di importanti asimmetrie esistenti tra gli Stati membri, che variano da una dimensione esclusivamente geografica e demografica alla considerazione dei diversi sistemi costituzionali e di governo, ivi compreso il profilo della distribuzione territoriale del potere. Gli ordinamenti regionali, infatti, hanno minore giustificazione in ordinamenti statali che, per dimensioni territoriali e demografiche, non raggiungono alcune Regioni, Comunità autonome o Länder; in ogni caso, l'articolazione territoriale del potere è del tutto assente in numerosi Stati membri [...] che non sono articolati in enti substatali con proprie assemblee legislative»⁷.

Pertanto, lo studio del fenomeno consente di riflettere sull'identità costituzionale dell'Unione europea, sul presupposto che il dibattito sul regionalismo comunitario muova dall'assunto per cui l'Unione europea non sia un'organizzazione internazionale in senso stretto, bensì abbia una «radice» costituzionale⁸.

In tal senso, possono venire in rilievo tematiche di particolare interesse, su cui si compirà qualche ulteriore tentativo di indagine, a partire dal tema della forma di stato dell'Unione europea⁹ e della contrapposizione tra modello intergovernativo e modello federativo¹⁰. Infatti, «questioni come federalismo, regionalismo e tutela delle minoranze costituiscono nella contemporaneità oggetto di studi e analisi che collegano la diffusione e il consolidamento di tale diffuso livello substatale di governo alla più ampia realtà europea, mettendo in evidenza le intersezioni fra i poteri locali, l'amministrazione nazionale e quella

⁵ Così S. Baroncelli, *L'Europa delle Regioni 20 anni dopo: costituzionalismo multilivello e Regioni a statuto speciale*, cit., VIII.

⁶ Sul tema, si rinvia a P. Rosanvallon, *La Légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, 2010. D'altra parte, già nel rapporto Delors sull'Unione economica e monetaria del 1989 veniva evidenziato come «in assenza di politiche equilibrate l'impatto complessivo sulle regioni periferiche potrebbe essere negativo. I costi di trasporto e la presenza di economie di scala potrebbero favorire uno spostamento dell'attività economica dalle Regioni meno sviluppate, specialmente se periferiche, verso le aree più sviluppate del centro. L'Unione economica e monetaria dovrebbe incoraggiare e guidare gli aggiustamenti strutturali che potrebbero aiutare le Regioni più povere a raggiungere quelle più ricche».

⁷ Così F. Balaguer Callejón, *I Parlamenti substatali e la costruzione di una democrazia pluralistica a livello europeo*, in *Nomos*, 4, 2016, 3-4.

⁸ Sul punto, *ex pluribus*, A. Lucarelli, *Il modello sociale ed economico europeo*, in Id., A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, in *Quad. Rass. Dir. pubbl. eur.*, 5, 2009, 279 ss.; A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, in *Quad. Rass. Dir. pubblico eur.*, 1, 2003, *passim*; A. Lucarelli, *Diritti sociali e principi "costituzionali" europei. Dalla Carta europea dei diritti fondamentali al Progetto di Trattato costituzionale*, in *Democrazia e diritto*, 3, 2003, 179 ss.; A. Ruggeri, *Quale Costituzione per l'Europa?*, in *Annuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 8, 2004, 455 ss. P. Häberle, *Per una dottrina della Costituzione europea*, in *Quad. costituzionali*, XIX, 1, 1999, 3 ss. Nonché, più di recente, A. Ciancio, *C'è ancora bisogno di una Costituzione europea*, in *DPCE online*, 1, 2021, 117 ss.

⁹ Sul tema, di recente, A. Lucarelli, *Prefazione*, in Id. (a cura di), *Nuovi scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2023, VIII ss.

¹⁰ Cfr. Id., *Le radici dell'Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., spec. 12 ss.

comunitaria»¹¹.

Si tratta di interrogativi complessi, che, tuttavia, trovano rinnovata ragione di interesse alla luce del fenomeno dilagante dell'Europa delle «piccole patrie»¹². I movimenti indipendentisti e secessionisti, nonché i localismi, che hanno riguardato, con diversa intensità, numerosi Stati europei, si ripercuotono anche sull'assetto dell'Unione¹³.

Contestualmente, le crisi che coinvolgono gli Stati membri sono state spesso «funzionali a giustificare l'adozione di provvedimenti diretti a contenere la spesa, incidenti sullo Stato sociale e sulle autonomie territoriali, o a riformare il diritto del lavoro, nonché a giustificare la compressione del ruolo del Parlamento nella loro approvazione»¹⁴.

In quest'ottica, sembrano affermarsi ancor di più, specie in contesti emergenziali come quelli che stiamo vivendo, i temi della solidarietà, dell'eguaglianza e della coesione territoriale, che restano il comune denominatore per poter affrontare – mediante interventi comuni ed unitari, che rafforzino i legami tra i governi, ma anche tra i vari livelli di governo – le sfide che coinvolgono tutti i Paesi membri¹⁵. Il rischio, altrimenti, è che il tentativo di costruire un'Europa delle Regioni si tramuti nell'insorgere di «Regioni senza Europa»¹⁶.

2. Il progetto dell'Europa delle Regioni. L'espressione «Europa delle Regioni»¹⁷ nasce in Germania alla fine degli anni Ottanta, quando i *Länders* propongono una riforma del processo di integrazione europea fondata sulle autonomie regionali. Tale progetto sorge sul presupposto dell'«invecchiato principio di sovranità, quale principio dei rapporti fra gli Stati»¹⁸ e mira a superare «le vecchie rappresentazioni dello Stato» considerate «non più capaci di consentire un'adeguata cognizione del sistema politico»¹⁹, nonché a riconsiderare il progetto europeo nell'ottica della creazione di «strutture politiche capaci di rovesciare e scompaginare

¹¹ Cfr. G. Motta, *Le piccole patrie d'Europa. Tra Stati, Regioni e minoranze*, in Aa.Vv., *European Integration. Between Tradition and Modernity*, Targu Mures, 5, 2013, 1117.

¹² Sulla nozione di piccole patrie, criticamente, S. Parisi, *Indipendenza, specialità e asimmetria: requiem per il regionalismo collaborativo?*, in F. Abbondante, S. Parisi, S. Prisco (a cura di), *Ritornano le piccole patrie? Autodeterminazione territoriale. Secessione. Referendum*, Napoli, 2020, 270, secondo cui, «pur non volendo cedere al fascino retorico di queste parole, che peraltro hanno trovato un certo accordo tra i Costituenti, è chiaro che il concetto di Patria evoca qualcosa che per definizione non è 'piccolo', che va difeso strenuamente in ogni forma e che ambisce al superamento finanche dei confini territoriali».

¹³ Cfr. S. Staiano, *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, in *Federalismi.it*, 22, 2015, 2, secondo cui «La fase cui è pervenuto il processo di integrazione in Europa viene di frequente ricostruita – come sembra legittimo alla luce delle vicende che è dato osservare – secondo la linea di perdurante tensione tra 'unità' e 'frammentazione'. Ove alla 'frammentazione' è attribuita un'accezione negativa, percependosi in essa una sorta di forma degenerativa della pluralità, che viene riconosciuta nella forza di resistenza degli Stati-Nazione in quanto fattore di stagnazione politica nello sviluppo del processo costituente europeo; ma anche – per altro connesso riguardo – nel prodursi di nuovi fenomeni di disgregazione sociale e politica all'interno degli Stati nazionali, in una crisi economica, inedita per dimensione e per durata, che minaccia la coesione sociale nei singoli ordinamenti statali».

¹⁴ P. Masala, *Crisi della democrazia parlamentare e regresso dello Stato sociale: note sul caso italiano nel contesto europeo*, in *Rivista AIC*, 4, 2016, 5.

¹⁵ In questo senso, A. Lucarelli, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Consulta online*, Liber amicorum per Pasquale Costanzo, 7 luglio 2020, 1 ss.

¹⁶ Espressione di R. Dahrendorf, *Il futuro dello Stato nazionale*, in *Micromega*, 1994, 61. Non a caso, in Italia, il ruolo assegnato alle Regioni nel processo di integrazione europea era teso precipuamente ad evitare l'insorgere dei piccole patrie, ma, contestualmente, a riconoscere l'importanza e le peculiarità dei diversi territori. In questo senso, cfr. A. Lucarelli, *Regioni e Unione europea nel nuovo assetto costituzionale: un difficile equilibrio tra sviluppo economico ed unità della dimensione sociale*, in L. Chieffi, G. Clemente di San Luca (a cura di), *Il nuovo assetto dei poteri dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2003, 151 ss.

¹⁷ In merito, cfr. L. Senn, *Verso un'Europa delle Regioni*, in A. Bramanti, R. Ratti (a cura di), *Verso un'Europa delle Regioni. La cooperazione economica transfrontaliera come opportunità e come sfida*, Milano, 1993, 13 ss.

¹⁸ Cfr. A. Manzella, *Il nuovo costituzionalismo europeo: Regioni e cittadinanza*, in *Il Mulino*, 1994, 39.

¹⁹ C. Engels, *Regionen in der EG. Rechtliche Vielfalt und integrationspolitische Rollensuche*, Bonn, 1993, 180.

le tante frontiere geografiche e mentali ereditate dallo Stato-nazione e in grado di rispondere ad un mondo complesso e articolato»²⁰. Nasce, dunque, da uno Stato tendenzialmente federale, ancorché decisamente cooperativo, e prima che sorgessero i problemi legati all'unificazione.

Tale fenomeno rimanda al concetto più generale di *multilevel constitutionalism*²¹ che, in ambito comunitario, fa riferimento all'intreccio di rapporti – orizzontali – tra le istituzioni, e – verticali – tra esse e gli enti decentrati. Il *multilevel constitutionalism* si dipana, dunque tra i numerosi e complessi rapporti che si instaurano tra livelli di governo, sovranazionale, nazionale e sub-statale. Tale concezione «non mira a delimitare i diversi livelli l'uno dall'altro nel modo più assoluto per evitare potenziali conflitti, [...] bensì a migliorare l'integrazione e l'efficienza dei vari scenari politici e livelli attraverso un'azione congiunta e cooperativa»²². In questo contesto, «i cittadini sono al contempo la fonte di legittimità dell'autorità pubblica (europea, nazionale, subnazionale), ma sono anche ad essa soggetti»²³.

Tramite i rapporti tra diversi livelli di governo si delineano le scelte politiche europee; ed è per tale ragione che il concetto di *governance* è correlato, spesso, a quello, ben noto, di «deficit democratico». Il «deficit democratico», meglio interpretato da parte della dottrina quale *democratic disconnection*²⁴, ossia quale distanza esistente tra rappresentanti e rappresentati, quale assenza di legame tra delega e responsabilità, «ha contribuito negli anni ad un crescente divario tra cittadini e istituzioni, divario che si è manifestato con sempre maggiore disaffezione [...] e con l'avanzata delle forze c.d. “euroscettiche” o nazionaliste in diversi Stati membri»²⁵.

In questo scenario, una delle risposte messe in campo dall'Unione europea, nel tentativo di colmare tali divari, si è prodotta a livello sub-statale, tentando di coinvolgere le collettività territoriali nei processi decisionali e istituzionali europei.

La Carta delle Autonomie del 1985 e l'Atto Unico europeo del 1986 hanno segnato il primo passo verso l'acquisizione di una «diretta rilevanza giuridica comunitaria»²⁶ delle Regioni. L'innestarsi di un rapporto diretto con gli ordinamenti regionali significava, per le istituzioni europee, «provare a rafforzare la propria legittimazione politica all'interno del sistema, indebolendo progressivamente il ruolo degli Stati nazionali»²⁷.

Il coinvolgimento delle Regioni è stato, poi, significativamente implementato dal Trattato di Maastricht, mediante l'istituzione del Comitato delle Regioni e l'introduzione del Fondo di coesione, per poi culminare, con il Trattato di Lisbona, nel riconoscimento esplicito del ruolo

²⁰ Così G. Jauregui, *Los nacionalismos minoritarios y la Union Europea*, Barcellona, 1997, 184.

²¹ Sul punto, cfr. *ex multis*, I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 3, 11, 2015, 547 ss.; Id., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, WHI -Paper 5, 02, 2001; M. Brunazzo, *Costituzionalismo multilivello e integrazione differenziata*, in *federalismi.it*, 7, 2020, 2 ss.; S. Piattoni, *The Theory of Multi-level Governance: Conceptual, Empirical, and Normative Challenges*, Oxford, 2010; I. Bache, M. Flinders, *Themes and Issues in Multi-level Governance*, in I. Bache, M. Flinders, *Multi-level Governance*, Oxford, 2004, 1 ss.; L. Hooghe G. Marks, *Multi-Level Governance and European Integration*, London, 2001.

²² Così C. Perathoner, *Le “Regioni” nel diritto dell'Unione europea: limiti, potenzialità e visioni*, in *Federalismi.it*, 7, 2020, 79.

²³ M. Brunazzo, *Costituzionalismo multilivello e integrazione differenziata*, cit., 4.

²⁴ Espressione di P.L. Lindseth, *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and the Nation-State*, Oxford, 2010, 234. Analogamente, N. Lupo, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella costituzione “composita” nell'Ue: le diverse letture possibili*, in *Rivista AIC*, 3, 2014, 1 ss.; S. Benvenuti, *L'europeizzazione dei parlamenti nazionali. Prospettive dall'Europa centro-orientale (Slovenia, Ungheria, Croazia)*, Padova, 2017, 29 ss.

²⁵ Cfr. P. Bilancia, *Il modello europeo di multilevel governance*, in A. Papa (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea. Sussidiarietà, partecipazione, prossimità*, Torino, 2018, 3.

²⁶ M.P. Chiti, *Regionalismo comunitario e regionalismo interno: due modelli da ricomporre*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 1992, 34.

²⁷ Così C. De Fiores, *“Remettre les Régions à leur place”*, *Dall'Europa delle Regioni alle Regioni senza Europa?*, cit., 67.

delle Regioni all'interno dell'Unione europea e nel loro coinvolgimento nei processi decisionali e istituzionali²⁸. Tale riconoscimento trae origine dal Libro Bianco sulla Governance della Commissione europea del 2001²⁹, che evidenziava la necessità di coinvolgere le collettività territoriali nel processo decisionale europeo³⁰, al fine di garantire maggiore effettività alla governance comunitaria mediante una maggiore partecipazione³¹.

Tra le misure messe in campo dall'Unione per valorizzare le autonomie, spicca, innanzitutto, il Fondo di coesione, che mira ad incrementare la crescita economica delle Regioni in ottica sostenibile, favorendo la competitività e le politiche di occupazione, garantendo servizi maggiormente efficaci ai cittadini. Il Trattato di Lisbona ne ha incrementato gli aspetti territoriali, promuovendo politiche di leale collaborazione tra le autonomie e azioni comuni. Ai sensi dell'art. 175 TFUE, la politica di coesione mira «a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite». Specifiche azioni vanno indirizzate «alle zone rurali, alle zone interessate da transizione industriale e alle Regioni che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici, quali le Regioni più settentrionali con bassissima densità demografica e le Regioni insulari, transfrontaliere e di montagna» (art. 175, par. 3, TFUE).

L'art. 10, c. 3, TUE sancisce, invece, un principio di prossimità in forza del quale le decisioni devono essere assunte «nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini»; mentre l'art. 5, c. 3, TUE sancisce il principio di sussidiarietà, secondo cui, «nei settori che non sono di sua competenza esclusiva, l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione».

Tali principi sembrano, *prima facie*, garantire il coinvolgimento delle Regioni nelle politiche europee. Tuttavia, l'osservazione della prassi restituisce uno scenario differente, in cui l'effettiva partecipazione delle Regioni è tuttora mediata dagli Stati di appartenenza e dipende integralmente dallo spazio dato loro da questi ultimi³², nonché differisce a seconda dei tipi di Stato.

Non è un caso che il Protocollo sull'attuazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità – benché richieda un coinvolgimento degli enti territoriali nelle politiche europee, prevedendo la consultazione degli stessi nelle fasi attuative, ogniqualvolta le proposte li coinvolgano direttamente – lasci gli Stati membri e, in particolare, i Parlamenti nazionali liberi di decidere se e in che misura coinvolgere gli enti territoriali.

L'art. 6 del medesimo Protocollo stabilisce che ciascun Parlamento nazionale possa consultare gli enti territoriali dotati di poteri legislativi. D'altra parte, i pareri richiesti agli enti sub-statali non sono indirizzati direttamente alle istituzioni europee, bensì ai Parlamenti nazionali, che possono valutare se tenerne conto o meno. Pertanto, la partecipazione degli enti sub-statali è del tutto assorbita nelle scelte dei rispettivi Stati di appartenenza e differisce,

²⁸ Sul tema, cfr. L. Chieffi, *La participación de las autonomías regionales en la elaboración de las decisiones comunitarias: de la gestión de fondos estructurales a la reciente reforma introducida por el tratado de Lisboa*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, 9, 2008.

²⁹ European Commission, *European Governance. A White Paper*, COM (2001) 428 final (2001/C 287/01), disponibile qui: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0428>.

³⁰ Sul tema, *ex multis*, cfr. R. Mastroianni, *Il contributo delle Regioni italiane all'elaborazione del diritto dell'Unione europea*, in L. Daniele (a cura di), *Regioni ed autonomie territoriali nel dibattito internazionale ed europeo*, Napoli, 2006, 170 ss.; G. Falcon, D. De Pretis, *'Loyal Cooperation': Italian Regions and the Creation and Implementation of European Law*, in R. Scully, R. Wyn Jones (a cura di), *Europe, regions and European Regionalism*, Basingstoke, 2010.

³¹ In questo senso, L. Casseti, *Il regionalismo italiano e la multilevel governance dopo le recenti riforme costituzionali*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 1, 2004, 111 ss.

³² Così O. Chessa, *L'Europa delle Regioni: illusioni e delusioni*, in *Federalismi.it*, 7, 2020, 47 ss.

notevolmente, da un Paese all'altro.

Sulla base di tali disfunzioni del modello, si è variamente tentato di rafforzare il ruolo delle collettività territoriali nei processi decisionali europei. Ciononostante, permane una spiccata disomogeneità nel maggiore o minore ruolo svolto dalle Regioni a livello europeo, che dipende, largamente, dagli assetti interni ad ogni Stato membro. La Germania, per esempio, favorisce l'ampia partecipazione dei *Länder* ai processi decisionali europei, sia nella fase elaborativa, che attuativa, e parte della dottrina ha tentato di dimostrare come gli stessi abbiano svolto un ruolo centrale anche nella elaborazione dello stesso principio di sussidiarietà, confluito nel Trattato di Maastricht e nel Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, di cui al Trattato di Amsterdam³³.

Diversamente, in Paesi come l'Italia, le Regioni hanno tuttora, in Europa, un ruolo marginale. Infatti, la l. n. 234/2012³⁴ disciplina la partecipazione degli enti territoriali al processo di formazione degli atti comunitari, conferendo loro un ruolo meramente consultivo, che si sostanzia nel sistema delle Conferenze³⁵. In particolare, la citata normativa consente una partecipazione diretta degli substatali al processo di formazione degli atti normativi europei nelle materie di propria competenza, che si declina mediante il coinvolgimento di due Presidenti di Giunta (o loro delegati) nel Consiglio europeo; e una partecipazione indiretta delle collettività territoriali, mediante il coinvolgimento nel controllo di sussidiarietà.

Tuttavia, i Parlamenti nazionali, in queste sedi, non sono vincolati ai pareri forniti dagli enti substatali: «nulla è previsto in merito alla possibilità che di queste osservazioni si tenga conto, o anche solo che vengano prese in considerazione, qualora le proposte normative della Commissione ricadano nelle competenze concorrenti o residuali regionali. Su questo aspetto il dibattito parlamentare in sede di approvazione della l. n. 234/2012 dà conto che la questione è stata posta e ritenuta rilevante ma si è deciso di non introdurre alcuna disposizione al riguardo per non ledere la riserva regolamentare che la Costituzione riconosce a ciascuna Camera»³⁶.

Per altro verso, le Regioni italiane hanno difficilmente usufruito delle risorse europee messe a disposizione dal *Fondo di coesione*, a causa della «farraginosità delle procedure interne ed esterne», della «scarsa volontà politica» e della «mancanza di preparazione»³⁷ dell'amministrazione locale.

Tuttavia, tali asimmetrie, dovute alla disomogenea attuazione dei meccanismi di «regionalizzazione» a livello comunitario³⁸, appaiono difficilmente colmabili in un assetto

³³ Cfr. V. Götz, *La partecipazione dei Länder tedeschi alle procedure decisionali dell'Unione europea*, in R. Scarciglia (a cura di), *Unione europea e autonomie regionali. Prospettive per una Costituzione europea*, Torino, 2003, 57 ss.

³⁴ Legge rubricata *Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*.

³⁵ Sul punto, *ex multis*, P. Caretti, *La legge n. 234 del 2012 sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea: un traguardo o ancora una tappa intermedia?*, in *Le Regioni*, 2012, 834 ss.; P. Bilancia, *Il modello europeo di multilevel governance*, cit., 8 ss.; F. Paterniti, *La partecipazione delle Regioni alla formazione delle norme e delle procedure dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea nel guado tra la riforma legislativa del 2012 e la auspicabile revisione dell'architettura istituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, 8, 2015, 2 ss.

³⁶ Così A. Papa, *Le regioni italiane nella multilevel governance europea*, in Id. (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea*, cit., 48; C. Fasone, *La procedura sperimentale per la partecipazione della Camera dei deputati alla "fase ascendente": quali margini di intervento per le Assemblee legislative regionali?*, in *Amministrazione in cammino*, 2009; N. Lupo, *I Parlamenti nazionali nell'Unione europea e il principio di sussidiarietà: qualche suggestione per la Camera dei deputati*, in *Amministrazione in cammino*, 2014.

³⁷ Tutti i virgolettati del periodo sono tratti da S. Baroncelli, *L'Europa delle Regioni 20 anni dopo*, cit., IX-X.

³⁸ Cfr. già L. Chieffi, *La dimensione statale tra integrazione europea e disarticolazione del sistema delle autonomie*, in Id. (a cura di), *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, Torino, 2003, 13-14, secondo cui appare «almeno per il momento irrealizzabile l'idea [...] di procedere [...] ad una eccessiva polverizzazione delle società; l'Europa delle Regioni viene infatti considerata l'anticamera di una involuzione delle comunità locali [...] tale da disincentivare, quando

istituzionale come quello dell'Unione europea, di cui fanno parte Stati membri con forme di stato differenti e, dunque, con diversi livelli di decentramento interno, che, inevitabilmente, condizionano il ruolo delle collettività territoriali all'esterno³⁹.

Peraltro, il maggiore o minore coinvolgimento degli enti substatali varia anche in base al peso delle singole collettività territoriali all'interno degli Stati membri. In Italia, per esempio, solo alcune Regioni aspirano a divenire «il terzo livello della *governance* europea»⁴⁰, mentre altre appaiono del tutto «inattive» da questo punto di vista, per via delle inefficienze organizzative e dello scarso ruolo istituzionale da esse rivestito⁴¹.

Ne deriva che il tentativo di colmare il *deficit* democratico dell'Unione mediante il rafforzamento del ruolo delle Regioni risulta fallimentare e l'utilizzo dei *Fondi di coesione*, quale strumento di crescita, non appare sostenibile in assenza di politiche comuni basate su processi democratici effettivi⁴².

3. Il ruolo del Comitato delle Regioni. Il processo di valorizzazione delle collettività territoriali nell'attività istituzionale e normativa europea ha trovato un punto di caduta nell'istituzione del Comitato delle Regioni, che consente ai rappresentanti delle collettività regionali e locali di partecipare, in sede consultiva, all'elaborazione delle politiche comunitarie (art. 300 TUE)⁴³. L'istituzione del Comitato mira a consentire alle «autorità regionali e locali di contribuire al processo politico europeo indipendentemente dal grado della loro autonomia negli ordinamenti nazionali»⁴⁴.

Benché, in un primo momento, il Comitato abbia svolto un ruolo del tutto marginale, le sue funzioni si sono progressivamente ampliate⁴⁵, sino al Trattato di Lisbona, che ha espressamente riconosciuto il ruolo istituzionale delle Regioni nella fase propositiva, attuativa e di controllo del diritto europeo. In tale contesto, al Comitato delle Regioni è stato, innanzitutto, conferito il diritto di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea per tutelare le proprie prerogative e la corretta attuazione del principio di sussidiarietà⁴⁶ (art. 263 TFUE).

non addirittura impedire, la costruzione dell'edificio sopranazionale. D'altra parte, ad un'eventuale disarticolazione autonomistica così accentuata, tale da sbiadire il ruolo dello Stato, sembra attualmente opporsi anche l'evidente disomogeneità dei livelli istituzionali interni, in considerazione della presenza (destinata ad aumentare con l'allargamento dell'Europa) di Paesi con Regioni assai deboli quando non addirittura fortemente accentrati, per non conoscere affatto questo livello intermedio del governo locale.

³⁹ In questo senso, già S. Staiano, *La Costituzione e il suo contesto: dimensione nazionale e dimensione europea*, in *Federalismi.it*, 1, 2012, 4, secondo cui «chi ritenesse, nell'ambito di tale costruzione, che ogni "livello" costituzionale sia provvisto di una legittimazione, e che tutte tali legittimazioni si compongano in un assetto armonico e tendenzialmente pacificato, negherebbe la realtà».

⁴⁰ Cfr. A. Simonato, *Multilevel governance. Profili costituzionali*, Padova, 2016, 34 ss.; A. Lucarelli, *Le Macroregioni "per funzioni" nell'intreccio multilivello del nuovo tipo di Stato*, in *Federalismi.it*, 6, 2015, 2 ss.

⁴¹ Sul tema delle fratture territoriali a livello interno, si rinvia, *ex multis*, a S. Staiano, *Dinamiche della frattura Nord-Sud. Il perdurare dell'asimmetria territoriale come questione democratica*, in *RPS. La Rivista delle Politiche Sociali*, 4, 2020, 31 ss.; Id., *La frattura Nord-Sud. L'asimmetria territoriale come questione democratica*, in *Il Politico*, 2, 2019, 268 ss.

⁴² In questo senso, si v. F. Grillo, R.Y. Nanetti, *Innovation, Democracy and Efficiency: Exploring the Innovation Puzzle within the European Unions's Regional Development Policies*, Houndmills, 2016, 192 ss.

⁴³ Sul tema, cfr. M. Mascia, *Il Comitato delle regioni nel sistema dell'Unione europea*, Padova, 1996; S. Piazza, *Il ruolo del Comitato delle Regioni nella costruzione del regionalismo*, Padova, 1998; E. Domorenok, *Regioni in Europa. Il ruolo del Comitato delle Regioni nella governance europea*, Roma, 2010; D. Messina, *Il ruolo del Comitato delle Regioni nella multilevel governance europea*, in A. Papa (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea*, cit., 59 ss.

⁴⁴ Così E. Domorenok, *Regioni in Europa. Il ruolo del Comitato delle Regioni nella governance europea*, cit., 194.

⁴⁵ Per una ricostruzione analitica delle funzioni del Comitato delle Regioni prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si v. A.M. Cecere, *La "dimensione" regionale della comunità europea. Il Comitato delle Regioni*, in L. Chieffi (a cura di), *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, cit., 175 ss.

⁴⁶ Si tratta del meccanismo preventivo di allarme in caso di mancata attuazione del principio di sussidiarietà, c.d. *Early Warning System*.

In particolare, il Comitato può proporre ricorso per annullamento, ogniqualvolta ritenga vi sia una lesione del processo decisionale, a causa del mancato esperimento della richiesta del proprio parere preventivo⁴⁷.

È stata, inoltre, introdotta la facoltà per il Parlamento, il Consiglio e la Commissione di chiedere pareri al Comitato.

Più nel merito, il Comitato è obbligatoriamente consultato nella fase ascendente del processo decisionale europeo⁴⁸. Ai sensi dell'art. 307 TFUE, la Commissione ed il Consiglio devono obbligatoriamente chiedere il parere del Comitato per l'adozione di taluni atti normativi, in materie specificamente indicate, come l'istruzione o la sanità pubblica. Ogni anno, il Comitato è, inoltre, tenuto a emettere una risoluzione con cui informa tutti gli enti substatali delle politiche che intende mettere in campo.

Il Comitato può, altresì, essere consultato dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione, ogniqualvolta essi lo ritengano necessario, in specie nelle ipotesi di cooperazione transfrontaliera.

La Commissione deve inoltrare al Comitato le proposte su cui è richiesta la sua consultazione, obbligatoria o facoltativa. In questo modo il Comitato, qualora lo ritenga opportuno, può esprimere la propria posizione, in ogni caso, su argomenti che coinvolgono direttamente le collettività territoriali.

Al Comitato è assegnato, altresì, un ruolo propositivo, potendo lo stesso produrre i c.d. pareri di prospettiva, con cui proporre linee d'azione alla Commissione.

La Commissione consulta, poi, il Comitato e le associazioni rappresentative degli enti territoriali, laddove debba presentare un atto legislativo, al fine di valutare i possibili risvolti territoriali delle misure che intende porre in essere.

Infine, il Comitato ha un ruolo di controllo nell'attuazione delle politiche normative europee e, in particolare, del principio di sussidiarietà. Attraverso il *Subsidiarity Monitoring Network* (SMN), istituito dal Comitato stesso, viene favorita la consultazione tra i governi regionali, le altre autorità locali e regionali, le associazioni rappresentative locali e le istituzioni europee.

Si è, inoltre, sviluppato un graduale processo di ingerenza del diritto comunitario nel riparto di competenze tra Stati e Regioni⁴⁹: attraverso i *Programmi integrati mediterranei* (PIM), basati sul Regolamento CEE/2008/85, sono stati disciplinati i «rapporti tra Commissione e amministrazioni territoriali e l'esplicita e diretta assegnazione a queste di talune funzioni amministrative. E non si è trattato di un caso isolato. Lo stesso modulo, verrà, negli anni a venire, impiegato dall'UE per far fronte al divario socio-economico tra le Regioni europee; per istituire fondi strutturali (e in particolare, il *Fondo europeo di sviluppo regionale*); per disciplinare forme di collaborazione regionale transfrontaliera»⁵⁰.

La posizione istituzionale del Comitato delle regioni si è, dunque, effettivamente rafforzata e le proprie funzioni ampliate, di pari passo con la crescente consapevolezza dell'importante ruolo rivestito dalle collettività territoriali a livello nazionale e sovranazionale.

Ciononostante, il contributo del Comitato è rimasto meramente consultivo; i pareri non hanno mai assunto carattere vincolante, né sussiste alcun obbligo di motivazione in capo alle

⁴⁷ In argomento, cfr. O. Porchia, *Le Regioni dinanzi al giudice comunitario*, in G. Cataldi, A. Papa (a cura di), *Formazione del diritto comunitario e internazionale e sua applicazione interna: ruolo delle Regioni e dello Stato nelle esperienze italiana e spagnola*, Napoli, 2005, 94 ss.

⁴⁸ Sul tema, cfr. A. D'Atena, *La partecipazione delle regioni ai processi comunitari di decisione*, in A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Le fonti del diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, Milano, 2001, 170 ss.

⁴⁹ Cfr. L. Chieffi, *La nuova dimensione costituzionale del rapporto tra Regioni e Unione europea*, in Id., G. Clemente di San Luca (a cura di), *Regioni ed enti locali dopo la Riforma del Titolo V della Costituzione. Fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, cit., 43 ss.

⁵⁰ Così C. De Fiore, *«Remettre les Régions à leur place»*, cit., 83.

istituzioni europee, laddove vogliano discostarsi dai pareri del Comitato. Di conseguenza, esso difficilmente riesce ad incidere efficacemente nel processo decisionale unionale.

Ciò deriva, ancora una volta, dalle notevoli disomogeneità e asimmetria che caratterizzano l'architettura dell'Unione europea⁵¹. Il processo decisionale europeo resta incentrato sul ruolo degli Stati membri. Il Comitato delle Regioni conserva, peraltro, una composizione eterogenea, basata sulla differenziazione delle autonomie territoriali, che non conferisce un peso sufficientemente rilevante agli enti territoriali dotati di poteri legislativi⁵². Ciò ne rende «disomogenei gli indirizzi e spesso l'appartenenza politico-partitica dei suoi membri ha carattere di preminenza rispetto a quella geografico-territoriale (basti pensare che la composizione e l'organizzazione dei lavori in seno alle commissioni interne è ricalcata sulla disciplina relativa ai gruppi politici europei in seno al Parlamento di Bruxelles)»⁵³.

Lo stesso termine «Regione» assume connotati diversi a seconda dei territori⁵⁴, riferendosi a realtà politico-amministrative più disparate. Tali differenze «incidono significativamente sulla composizione del CdR ma anche sulla visibilità e influenza del ruolo regionale e sulle dinamiche interne al Comitato stesso. [...] È evidente che non si potrà parlare sensatamente di regionalismo europeo se le Regioni o analoghi enti di livello substatale sono considerati soltanto forme di decentramento statale e l'approccio ai problemi regionali è definito a partire dal punto di vista del governo centrale. [...] D'altra parte, un vero regionalismo europeo non sembra possa crescere in presenza di una tale disomogeneità di figure di Regione e di libelli substatali interni agli Stati membri»⁵⁵.

4. L'Europa delle piccole patrie. Sotto altra prospettiva, alla fine degli anni Ottanta, il progetto dell'Europa delle Regioni è parso un terreno fertile per l'affermazione delle istanze delle piccole patrie. Le c.d. «Nazioni senza Stato»⁵⁶, ossia territori, come la Catalogna, con forti istanze secessioniste o indipendentiste, consideravano l'Unione europea come un insieme di livelli territoriali diversi, ove le Regioni riuscivano ad acquisire progressivamente sempre più spazio, a scapito degli Stati.

In quest'ottica, l'Unione europea appariva funzionale all'affermazione delle istanze dei movimenti secessionisti, che vedevano nel progetto dell'Europa delle Regioni un «rifugio per avanzare le proprie pretese separatiste rispetto allo Stato»⁵⁷.

Tuttavia, il graduale fallimento del progetto dell'Europa delle Regioni ha spinto tali movimenti a riconsiderare le proprie strategie, mirando ad una indipendenza all'interno dell'Europa stessa.

In particolare, le istanze secessioniste si sono tradotte nella volontà di creare veri e propri nuovi Stati aderenti all'Unione, che avrebbero così potuto ottenere riconoscimento non

⁵¹ Cfr. A. D'Atena, *Il doppio intreccio federale: le Regioni nell'Unione europea*, in *Le Regioni*, XXVI, 6, 1998, 1401 ss.; A. Lucarelli, M. Verpeaux (a cura di), *Régionalisme italien et régionalisme français. Aspects constitutionnels, administratifs et fiscaux*, Paris, 2012, *passim*, in cui nei vari contributi si evidenzia proprio la diversa architettura istituzionale delle autonomie in alcuni Stati dell'Unione europea.

⁵² Cfr. C. Desideri, V. Santantonio, *Building a third level in Europe: Prospects and difficulties in Italy*, in C. Jeffery (ed. by), *The regional dimension of the European Union. Towards a third level in Europe*, London, 1997, 96 ss.

⁵³ Così O. Chessa, *L'«Europa delle Regioni»: illusioni e delusioni*, cit., 50.

⁵⁴ Sui diversi usi del termine Regione, J. Loughlin, *«Europe of the Regions» and the Federalization of Europe*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 1996, 145 ss.

⁵⁵ Così L. Ammannati, *Realtà e mito dell'Europa delle Regioni. Regioni e regionalismo nel contesto comunitario*, in T. Groppi (a cura di), *Principio di autonomia e forma dello Stato. La partecipazione delle collettività territoriali alle funzioni dello Stato centrale nella prospettiva comparata*, Torino, 1998, 220.

⁵⁶ Espressione di K.J. Nagel, *Flirting with a «Europe of the Regions»*, in *English Studies in Albania*, I, 5, 2014, 51 ss.

⁵⁷ Così L. Frosina, *La «crisi esistenziale» dell'Unione europea tra deriva intergovernativa e spinte centrifughe*, in *Nomos*, 2, 2018, 15.

soltanto nel Comitato delle Regioni, ma anche nelle altre istituzioni europee. Ciò in quanto, da un lato, era ormai evidente che il peso delle Regioni in Europa dipendesse esclusivamente dalle scelte dei singoli Stati, per cui solo una rivendicazione nazionale avrebbe permesso una affermazione dell'indipendenza. Dall'altro, l'allargamento dell'Unione verso Est aveva comportato l'adesione di molti Stati privi di Regioni costituzionalmente forti e di una forma di Stato federale⁵⁸.

Dal primo punto di vista, benché parte degli indipendentisti⁵⁹ ritenga, ancor'oggi, che l'Unione europea possa favorire i processi di secessione, garantendo la tutela delle minoranze, in realtà, pare piuttosto difficile immaginare che gli altri Paesi dell'UE possano avallare tali scelte, senza il consenso dello Stato membro o degli Stati federati interessati.

Al contrario, i fenomeni secessionisti portano con sé questioni e problematiche relative all'eventuale adesione nell'Unione europea di nuove entità formatesi mediante un processo dissolutivo⁶⁰. I Trattati europei, infatti, non prevedono specifiche disposizioni per ipotesi di questo genere, in cui nuovi Stati sorgano mediante secessioni da altri Paesi membri, e non sembra si possa contemplare un automatico accesso nell'Unione dei «nuovi» Stati⁶¹.

Il diritto internazionale, invece, all'art. 29 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, prevede che lo Stato che «subisce» la secessione rimane vincolato ai rapporti internazionali già stipulati. Resta, dunque, ferma l'appartenenza dello Stato membro all'Unione europea, mentre il «nuovo» Stato dovrebbe, invece, proporre una specifica richiesta di ingresso ex art. 49 TUE. Per farlo, esso sarebbe, però, tenuto a promuovere i valori su cui si fonda l'Unione europea, in ispecie il rispetto dello stato di diritto. Di conseguenza, non sarebbe immaginabile l'adesione di uno Stato «sorto all'esito di una secessione che sia avvenuta in spregio ad essi»⁶². Dunque, in virtù di quanto previsto dal diritto internazionale⁶³, il riconoscimento di uno Stato membro, sorto per via della disgregazione da un altro Paese, sarebbe possibile solo laddove la secessione fosse il frutto di «un pronunciamento popolare pienamente in regola con gli standard internazionali di democrazia, libertà, personalità, uguaglianza e segretezza del voto, e dall'esito chiaro ed inequivocabile, accertato mediante trasparenti procedure di scrutinio»⁶⁴.

⁵⁸ Cfr. G. Pitruzzella, *La crisi e l'Europa delle Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, 1125 ss.

⁵⁹ In questo senso, J. McGarry, M. Keating, *European integration and the Nationalities question*, London-New York, 2006; S. K. Jolly, *The Europhile Fringe? Regionalist Party Support for European Integration*, in *European Union Politics*, 8, 1, 2007, 109 ss.

⁶⁰ Sul punto, in relazione al caso scozzese, si v. G. Ferraiuolo, D. Praino, *Un nuovo referendum in Scozia tra hard Brexit e nodi della integrazione europea*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2027, 3-4, i quali evidenziano come «Oggi, però, la questione della secessione è direttamente legata alla prospettiva, concreta e reale, di una 'hard Brexit'; [...] Alcuni nodi fondamentali rimangono tuttavia ancora irrisolti. Già a ridosso della firma dell'Accordo di Edimburgo, con cui si erano gettate le basi per il primo referendum sull'indipendenza, il governo guidato dal leader dello SNP Alex Salmond aveva sostenuto la tesi della continuità: si affermava che, in base alla Convenzione di Vienna sulla successione tra Stati, la Scozia sarebbe rimasta membro di tutte le organizzazioni internazionali in quanto stato successore del Regno Unito; e, dunque, anche della Unione europea, senza bisogno di ulteriori interventi. Tale posizione si scontrava tuttavia con la prevalente tesi secondo cui si sarebbe dovuta invece perseguire la strada del procedimento di adesione. Impostazione, quest'ultima, suffragata da due Presidenti della Commissione: nel marzo 2004 Prodi aveva affermato che "quando una parte del territorio di uno Stato membro smette di esser parte di codesto Stato, per esempio perché il territorio diviene uno stato indipendente, i Trattati non si applicano al nuovo stato" (in senso analogo si era espresso successivamente anche Barroso)».

⁶¹ Sul punto, in questo senso, cfr. A. Mastromarino, *Addomesticare la secessione: indipendentismo e integrazione europea in dialogo*, in *Percorsi costituzionali*, 3, 2014, 639 ss.; T. Cerruti, *Istanze indipendentiste nell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3, 2015, 1 ss.

⁶² Così F.G. Pizzetti, M. Orofino, *Spinte secessioniste e accesso-recesso dall'Unione europea: il ruolo dei Parlamenti nazionali*, in P. Bilancia (a cura di), *Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea*, Milano, 2016, 508.

⁶³ Artt. 29 e 34 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, del 23 maggio 1969. Sul tema, cfr. *ex multis*, A. Tancredi, *Secessione e diritto internazionale: un'analisi del dibattito*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2, 2015, 449 ss.

⁶⁴ Così F.G. Pizzetti, M. Orofino, *Spinte secessioniste e accesso-recesso dall'Unione europea*, cit., 508.

Al contempo, il requisito del rispetto dello stato di diritto da parte di chi fa richiesta di ingresso nell'Unione presuppone che il nuovo Stato agisca in ossequio ai limiti previsti dalla legge, rispetti i valori della democrazia, di tutela dei diritti fondamentali, di una giurisdizione trasparente ed imparziale e che non «vi sia una minaccia di grave rilevanza e di ordine sistemico all'ordinamento politico-istituzionale e alla struttura costituzionale di uno Stato membro. Da questo punto di vista, si osservi che, ai sensi dell'art. 4, sez. 2, TUE, l'Unione è chiamata a rispettare l'integrità territoriale e la struttura politico-costituzionale fondamentale di uno Stato membro, ivi compreso il sistema delle autonomie locali e regionali»⁶⁵. Tale principio implica, altresì, che l'Unione non possa avallare tali fenomeni, qualora avvengano in violazione dell'ordinamento costituzionale dello Stato membro⁶⁶. D'altra parte, difficilmente uno Stato che subisse la secessione ratificherebbe l'ingresso del nuovo Stato, sorto in violazione dei propri principi costituzionali. Ma, l'art. 49 TUE richiede l'unanimità per la ratifica dell'accordo di adesione di nuovi Stati nell'Unione; pertanto, senza il nullaosta dello Stato di appartenenza, la nuova adesione sarebbe preclusa.

Dunque, il ruolo degli Stati risulta fondamentale anche nelle ipotesi di allargamento interno dell'Unione, «in un'articolata dinamica che appare tipicamente 'multilivello' fra piano internazionale, europeo e costituzionale interno [...] in relazione alle procedure di accesso dello Stato nuovo che si è staccato dal Paese membro per quanto concerne il rispetto del principio di legalità costituzionale, cardine anch'esso, insieme al principio democratico, dei valori sui quali l'Unione stessa si fonda»⁶⁷.

Sotto altro profilo, c'è il rischio che fenomeni di questo genere innestino pericolosi effetti domino verso altri Stati membri⁶⁸, così come accaduto per questioni diverse, ma forse accostabili dal punto di vista funzionale, come la Brexit, ossia «secessioni dall'Unione europea». Da questo punto di vista, «la confusione tra le distinte responsabilità e prerogative tra il livello europeo e nazionale, alimentata da un sistema di *governance* intergovernativa, così come il ridimensionamento della sovranità nazionale non controbilanciato da un'accresciuta sovranità europea, hanno sicuramente contribuito a sviluppare populismi e sovranismi»⁶⁹.

Tali fattori rischiano di condurre ad una vera e propria Europa delle piccole patrie: concetto che evoca scenari che, a parere di chi scrive, appaiono patologici e disfunzionali al processo di integrazione europea e al *multilivel constitutionalism*. Infatti, mentre il progetto federale dell'Unione europea intende valorizzare il ruolo delle Regioni in chiave inclusiva e pluralistica, le piccole patrie, in ottica centripeta, si sviluppano come realtà identitarie⁷⁰.

Già allo stato attuale, il ruolo crescente di piccoli territori – con scarsi livelli demografici e di sviluppo socio-economico, che hanno acquisito un rilevante peso politico nelle dinamiche unionali – appare problematico.

L'esistenza di piccole patrie europee incide, per esempio, sull'utilizzo dei fondi strutturali, nati come forma di compensazione. Questi fondi producono effetti redistributivi, riducendo

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Cfr. M. Campins Eritja, *The European Union and The Secession of a Territory from a EU Member State*, in *Dir. pub. comp. eur.* 2, 2015, 485 ss.

⁶⁷ Così F.G. Pizzetti, M. Orofino, *Spinte secessioniste e accesso-recesso dall'Unione europea*, cit., 512.

⁶⁸ In questo senso, riflettendo sui movimenti catalani, B. Caravita, *La Catalogna di fronte all'Europa*, in *federalismi.it*, 19, 2017, 5, secondo cui «il rischio che una secessione catalana potrebbe innescare è quello di un fenomeno imitativo fra le tante minoranze, più o meno integrate, ereditate dai continui esodi di popolazioni e dai continui spostamenti di confini statali. Si aprirebbe una fase di instabilità istituzionale in cui i singoli Stati membri sarebbero costretti a fronteggiare istanze separatiste, distogliendo l'attenzione dall'obiettivo dell'integrazione europea».

⁶⁹ Così L. Frosina, *La "crisi esistenziale" dell'Unione europea tra deriva intergovernativa e spinte centrifughe*, cit., 14.

⁷⁰ In quest'ottica, cfr. l'intervista di A. Lucarelli, *Autonomia differenziata e rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni*, in *L'Italia non si taglia*, 2024, disponibile qui: <https://www.youtube.com/watch?v=hslUATfMn0>.

i differenziali *pro capite* tra i territori, ma non hanno mai avuto effetti significativi sulla produttività delle Regioni, né ne hanno migliorato la competitività. Non hanno, cioè, innestato meccanismi virtuosi stabili, né maggiore efficienza produttiva. Un ruolo rimarchevole nell'andamento del fenomeno è, però, svolto dagli Stati dell'Est, di recente adesione. Si tratta di piccole patrie in crescita, che hanno un livello di sviluppo sotto la media europea e per questo tendono ad attrarre fondi strutturali, in quanto sono destinatarie di interventi. Ne deriva che tali territori ottengono più di quanto versano; ciò conduce ad una sottrazione di risorse ad altri Paesi, come l'Italia.

A ciò si aggiunga che l'incidenza delle piccole patrie riguarda sì il versante economico, ma anche il versante politico-normativo, laddove, a livello istituzionale, territori molto piccoli e demograficamente scarsi hanno lo stesso peso politico di territori ampi e densamente popolati.

Pertanto, il problema è che – benché l'allargamento territoriale dell'Unione sia progredito molto rapidamente negli ultimi anni – il consolidamento interno del processo di integrazione europea non si è evoluto allo stesso modo⁷¹. Di conseguenza, non si è riusciti a colmare il *democratic disconnect* tra le istituzioni dell'Unione europea e i cittadini. Gli Stati membri non sono riusciti a sopperire al «deficit democratico»; anzi, molto spesso, esponenti politici nazionali attribuiscono all'Unione colpe che essa non ha, per sviare l'attenzione dalle proprie inefficienze, incrementando in tal senso un sentimento di diffidenza verso le istituzioni europee, che può condurre a fenomeni come quello della Brexit.

In questo senso, occorrerebbe, forse, ripartire dall'originario progetto dell'Europa delle Regioni, per valorizzarne gli obiettivi sociali, allo scopo di creare uno spazio di democrazia ulteriore, di coesione e intesa territoriale⁷². Il problema che si pone riguarda, ancora una volta, la forma di stato dell'Unione europea: intergovernativa o federale. Ma riguarda anche la forma di governo, laddove le Regioni potrebbero svolgere un ruolo importante nel rafforzamento della rappresentanza politica e nel superamento del *democratic disconnect*,

Più che parlare di indipendenza delle piccole patrie, allora, sembrerebbe opportuno parlare di interdipendenza territoriale. Interdipendenza non solo funzionale ed economica, ma anche politico sociale⁷³. Scriveva De Gasperi, nel 1951: «Se noi costruiremo soltanto amministrazioni comuni, senza una volontà politica superiore vivificata da un organismo centrale, nel quale le volontà nazionali si incontrino, si precisino e si animino in una sintesi superiore, rischieremo che questa attività europea appaia, al confronto della vitalità nazionale particolare, senza calore, senza vita ideale. Potrebbe anche apparire ad un certo momento una sovrastruttura superflua e forse anche oppressiva quale apparve in certi periodi del suo declino il Sacro Romano Impero»⁷⁴.

5. Conclusioni. Un «regionalismo differenziato» comunitario e qualche proposta di soluzione. Analizzando il ruolo svolto dalle Regioni nel processo di integrazione europea, è possibile trarre qualche considerazione conclusiva.

⁷¹ In questo senso, si v. A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020, 71, secondo cui, «I processi decisorii si spostano verso l'alto (sussidiarietà verticale), attraverso un'erosione statuale e dei vari livelli di governo, e tutto ciò non viene bilanciato in sede europea né da una rappresentanza (debolezza del parlamento europeo) forte sul piano decisionale, né dalla presenza di corpi intermedi strutturati in aree più vaste. Il principio di rappresentanza in Europa non riesce a sintonizzarsi con un accrescimento qualitativo della sovranità popolare, che anzi rischia processi di frustrazione e annichilimento».

⁷² Cfr. L. Cappuccio, *Leale cooperazione e sussidiarietà: affermazione di un modello nel diritto interno e comunitario*, in M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2002, 329 ss.

⁷³ In questo senso, ampiamente, già A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli 2016, *passim*.

⁷⁴ A. De Gasperi, *Discorso ai giovani*, Consiglio d'Europa, Strasburgo, 12 gennaio 1951.

Emerge, innanzitutto, una partecipazione delle autonomie territoriali all'esecuzione dei compiti comunitari che non è, però, accompagnata da un loro adeguato ruolo istituzionale, finalizzato all'elaborazione delle politiche europee e alla partecipazione al processo decisionale europeo. Il coinvolgimento delle Regioni è rimasto «timido» e si è svolto su un piano meramente consultivo, anche all'interno del Comitato delle Regioni⁷⁵.

Il Comitato, infatti – benché abbia svolto un ruolo di raccordo tra Unione europea e entità sub-statali, in cui hanno preso parte rappresentanti di collettività regionali e locali, titolari di un mandato elettorale o politicamente responsabili di una assemblea eletta – lungi dal potersi considerare una terza Camera dell'Unione. Esso rimane un organo con funzioni liminari: non svolge effettive funzioni di controllo, né legislative in senso stretto.

Tali circostanze dipendono, innanzitutto, dalla composizione del tutto eterogenea dell'organo. Ciò deriva, a sua volta, dal maggiore o minore ruolo ricoperto dalle Regioni nell'Unione. Basti pensare che in Europa vi sono Stati unitari, decentrati, federali, dunque indirizzi del tutto disomogenei verso le entità territoriali.

Ma ancor prima, la questione riguarda la mancanza di una definizione omogenea del termine «Regione» a livello comunitario.

A ciò si aggiunga che, ad oggi, il ruolo delle Regioni dipende ancora (quasi) integralmente dagli Stati di appartenenza. Vi è una partecipazione ancora «mediata» delle Regioni, condizionata dall'autonomia loro concessa dai Paesi membri⁷⁶. Infatti, se per un verso, l'Unione europea ha condotto ad un arretramento della statualità, mediante la cessione di sovranità – dunque in termini assoluti –, dall'altro, lo Stato, quale livello di governo, si è, di fatto, rafforzato. E mancano ad oggi concreti meccanismi di raccordo, tali da consentire alle Regioni di incidere concretamente nei processi decisionali.

Benché le Regioni possano, per esempio, adire la Corte di giustizia, non possono lamentare una lesione di competenza – che potrebbe spettare loro in modo esclusivo a livello legislativo nazionale (circostanza che potrebbe essere valutata in senso propositivo) – ma solo difendere proprie prerogative, qualora vi sia una lesione del processo decisionale dovuta al mancato esperimento della richiesta di parere preventivo o per sollecitare un controllo di sussidiarietà per atti in cui è necessario consultarle.

Per ciò che concerne, invece, la partecipazione delle Regioni alla fase «ascendente» di formazione del diritto, essa rimane una scelta meramente statale. Le Regioni, insomma, sono

⁷⁵ «Sul versante dell'integrazione comunitaria [...], la fase di bassa fortuna dell'idea di una Costituzione per l'Europa ha oscurato alcune prospettive di potenziamento del ruolo dei soggetti di autonomia locale, aperte da una rilettura del principio di sussidiarietà che li avrebbe coinvolti in vista di un ordinamento meglio permeato dal principio democratico [...]; e resta debole la funzione di organismi quali il Comitato delle Regioni», così S. Staiano, *Autonomie al centro. Sedi e forme della rappresentanza territoriale*, in *federalismi.it*, 18, 2007, 2.

⁷⁶ In merito, cfr. A. D'Atena, *Resoconto dell'intervento sul tema "Gli assetti territoriali, le Regioni e i processi decisionali. Il ruolo del Comitato delle Regioni"*, in S. Panunzio (a cura di), *I Costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milano, 2002, 591, secondo cui il ruolo degli Stati rappresenterebbe «una delle maggiori garanzie della conservazione delle identità culturali che costruiscono il pluralismo europeo. Il dissolvimento degli Stati membri metterebbe in discussione una delle maggiori ricchezze dell'Europa, determinandone un mutamento genetico». *Contra*, L. Chieffi, *La dimensione statale tra integrazione europea e disarticolazione del sistema delle autonomie*, in Id. (a cura di), *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, cit., 16-17, per il quale «il maggiore protagonismo delle entità territoriali locali, cui sono generalmente riconosciuti significativi poteri legislativi [...] potrà certamente consentire un recupero del grado di 'democraticità' dei circuiti della decisione politica che la progressiva destrutturazione dello Stato nazionale ha fortemente ridotto e che le stesse incertezze collegate all'ondivaga costruzione europea ne ostacolano, per ora, il manifestarsi a un livello superiore. Diffusa è, pertanto, la convinzione che un più intenso coinvolgimento degli enti territoriali alla fase ascendente ed a quella discendente della decisione comunitaria potrà assicurare quel 'surplus di legittimazione democratica'».

tuttora assorbite nel circuito decisionale nazionale⁷⁷.

Ne deriva una sorta di «regionalismo differenziato» all'interno dell'Unione europea, laddove le autonomie rivestono un ruolo più o meno incisivo, a seconda dello spazio loro concesso dai rispettivi Stati. Di conseguenza, l'ampliamento delle funzioni regionali a livello comunitario si pone in linea di continuità con l'espansione del ruolo delle collettività territoriali all'interno degli Stati membri. Lo sviluppo del regionalismo comunitario ha sempre «carattere asimmetrico e differenziato, dal momento che non tutti gli Stati membri adottano le medesime scelte nello stesso momento: ci sono ordinamenti nazionali che coinvolgono intensamente le autonomie territoriali nei processi di formazione, attuazione e controllo del diritto europeo e ordinamenti nei quali, invece, questo coinvolgimento è ancora a uno stadio larvale. [...] C'è un'integrazione differenziata delle regioni secondo lo Stato di appartenenza e c'è all'interno di alcuni Stati una differenziazione tra regioni»⁷⁸. Il maggiore o minore peso degli enti substatali nelle politiche comunitarie dipende, in massima parte, dalle forme di stato dei rispettivi membri UE: unitarie, decentrate o federali.

Si delinea, inoltre, un modello frammentato, ove soltanto le «Regioni forti possono oggi condizionare e avere successo a Bruxelles. Le Regioni deboli hanno invece bisogno del loro Stato-nazione»⁷⁹. Emerge un forte divario fra i territori, in ispecie a discapito di quelli meridionali, laddove i fondi di coesione non hanno soddisfatto le aspettative, non avendo garantito eguale competitività territoriale in maniera stabile.

Il risultato è uno scarso coinvolgimento delle autonomie nella fase di elaborazione degli atti legislativi e la mancanza di uniformi poteri di attuazione del diritto unionale⁸⁰.

Al contempo, il paradosso è che, con l'allargamento dell'Unione, «Stati di piccolissime dimensioni, con poche centinaia di migliaia di abitanti, sono rappresentati all'interno dell'Unione, avendo diritto di voto come gli altri Stati, propri commissari e consiglieri e parlamentari, il riconoscimento della propria lingua nazionale, mentre regioni «storiche popolate da molti migliaia di abitanti, e che contribuiscono fortemente al dinamismo economico dell'Unione così come al finanziamento del budget europeo, resterebbero ignorate»⁸¹.

Insomma, i soli protagonisti della politica comunitaria restano gli Stati membri. Infatti, «fin tanto che le entità territoriali sono state intese come mere aree economiche, spazi di mercato, segmenti di interessi, il progetto di un'Europa delle Regioni ha, in passato, avuto una sua reale consistenza. Quando invece questa prospettiva ha dovuto fare i conti con la dimensione politica del processo d'integrazione, l'Europa delle Regioni si è immediatamente ritratta, smarrendo improvvisamente il senso della propria esistenza»⁸².

⁷⁷ Sul punto, nella prospettiva nazionale, A. Vuolo, *Il Parlamento nella fase ascendente della formazione del diritto comunitario*, in R. Dickmann S. Staiano, *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo. L'esperienza dell'Italia*, Milano, 2008, 529 ss.

⁷⁸ Così O. Chessa, *L'«Europa delle Regioni»: illusioni e delusioni*, cit., 56-57.

⁷⁹ Così U. Bullman, *The Politics of The Third Level*, in *Regional and Federal Studies*, 1996, 18.

⁸⁰ In questo senso, si v. B. Caravita, *Lecture edificanti per combattere gli idola sull'Europa*, in *Federalismi.it*, 9, 2019, 5, secondo cui «L'Europa – quale dimensione di una nuova, originale, statualità nel nostro continente – si costruisce superando definitivamente la originaria concezione del funzionalismo: questo modello era necessario sessant'anni fa, subito dopo la guerra, per aggirare i cascami del nazionalismo; ha dato grandi frutti, facendo fare passi enormi nella costruzione europea. Ma, il funzionalismo, essendo inevitabilmente una concezione depoliticizzata e depoliticizzante, giunto al tornante della politicità, ha mostrato tutti i suoi limiti. Eredi legittimi e diretti di questa concezione depoliticizzata e depoliticizzante sono state le equivocate teorie, andate per la maggiore negli ultimi trent'anni, dell'Europa delle Regioni e dell'Europa dei giudici, tutte e due basate sulla ambigua idea che si potesse costruire l'Europa aggirando l'inevitabile politicità del processo europeo, affidandone le scelte a circuiti apparentemente neutrali, quello substatale e quello giudiziario».

⁸¹ Così P. Costa, *Le collettività territoriali nel futuro dell'Europa*, in *Astrid*, 2002, 7.

⁸² Espressioni di C. De Fiore, *«Remettre les Régions à leur place»*, cit., 93.

Sul piano costituzionale, la problematica si dipana, dunque, nel contrasto tra «pluralismo territoriale» e «pluralismo politico»⁸³, laddove quest'ultimo stenta ad affermarsi. La dimensione comunitaria risulta inadatta ad assorbire in termini politico-sociali il conflitto tra autonomie – come una democrazia pluralista consentirebbe –, che permane sul piano meramente territoriale interno⁸⁴. Manca un adeguato pluralismo politico europeo⁸⁵ e si registra un disallineamento tra i livelli di governo, dovuto anche alla mancanza di una disciplina europea uniforme nei confronti delle autonomie territoriali.

Ne deriva che, in ispecie in periodi di crisi, solo gli Stati economicamente più forti riescono ad emergere: e ciò «appare [proprio], a ben vedere, diretta conseguenza dell'assenza, a livello europeo, di uno spazio pubblico democratico pienamente sviluppato, nel quale i cittadini detengano il potere di decisione»⁸⁶. Tuttavia, «non appare tollerabile, [...] un aumento delle disuguaglianze proprio nei periodi della crisi, in cui la minoranza più ricca si arricchisce sempre di più e il ceto medio e basso risulta ulteriormente impoverito. La crisi dei meccanismi di redistribuzione, che è il presupposto primo dell'eguaglianza sostanziale [...] deve trovare strumenti di responsabilizzazione dell'Europa sia a Trattati vigenti, sia nella prospettiva di una futura costruzione di un'Europa sociale»⁸⁷.

Una soluzione a tali problematiche potrebbe, forse, pervenire dall'Unione stessa, la quale, pur non essendo legittimata ad incidere nelle politiche nazionali, potrebbe comunque statuire principi comuni e uniformi per tutti gli ordinamenti, pretendendo un riconoscimento e una tutela delle collettività territoriali eguale in ogni Stato membro. In questo senso, l'Unione europea potrebbe favorire la leale collaborazione tra i livelli di governo, garantendo una effettiva democrazia di prossimità. Infatti, «un'Unione europea che voglia essere comunità politica ed assumere i connessi, illustrati doveri di solidarietà, dovrebbe, e potrebbe, porre [...] come suo chiaro obiettivo politico, avendone peraltro strumenti normativi e leve di intervento» la riduzione delle disuguaglianze «all'interno delle Nazioni e tra le Nazioni»⁸⁸.

Principi comuni andrebbero indirizzati in ispecie verso il processo decisionale europeo – «anche in forme differenziate per alcune regioni a più forte identità»⁸⁹ – e la fase esecutiva, di applicazione delle disposizioni. Declinate in questo senso, le politiche europee – favorendo la partecipazione delle autonomie e garantendo una adeguata sussidiarietà – potrebbero, altresì, *a contrario*, fungere da deterrente per le istanze indipendentiste e secessioniste in alcuni Stati membri. In questo modo, si garantirebbero le istanze territoriali, senza dar luogo ad un'eccessiva diffusione del fenomeno delle piccole patrie; «il rafforzamento di una competenza degli organi di governo locale, oltre a migliorare il grado di penetrazione delle

⁸³ Entrambi i virgolettati del periodo sono tratti da F. Balaguer Callejón, *I Parlamenti sub-statali e la costruzione di una democrazia pluralista a livello europeo*, cit., 6.

⁸⁴ In questo senso, G. Ferraiuolo, *Transizione e persistenza. Note su Stato-nazione e processo di integrazione europea*, in *Federalismi.it*, 31, 2020, 24, secondo cui «tornando a ragionare in chiave europea, ci si deve chiedere se le risposte che l'Unione (non) ha fornito a questo tipo di conflitti, prodottisi sul territorio europeo, non rappresentino, da un lato, un'occasione persa per provare a ripensare alcune categorie e, dall'altro, un formidabile indicatore della persistenza degli Stati-nazione consolidati, in tutta la loro territorialità e nel loro banale nazionalismo».

⁸⁵ Cfr. A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., 18. Nello stesso senso, R. Miccù, *Paradigm Shift or Paradigm Lost? Economic Constitutionalism and the Turn of the Century*, in Id., D. Siclari (a cura di), *Advanced Law for Economics Selected Essay*, Torino, 2014, 5.

⁸⁶ Così F. Balaguer Callejón, *I Parlamenti sub-statali e la costruzione di una democrazia pluralista a livello europeo*, cit., 8.

⁸⁷ Così A. Patroni Griffi, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, in *Federalismi.it*, 4, 2018, 46. Nello stesso senso, già M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 3, 2000, 367 ss.

⁸⁸ Tutti i virgolettati del periodo sono tratti da A. Patroni Griffi, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, cit., 45.

⁸⁹ Così P. Costa, *Le collettività territoriali nel futuro dell'Europa*, in *Astrid*, 2002, 9.

politiche comunitarie, avrebbe l'ulteriore effetto di consentire l'avvicinamento del *demos* a quei processi decisionali che sono in grado di condizionare più intensamente proprio la determinazione di uno *status civitatis*⁹⁰.

Chiaramente, tali soluzioni non sarebbero, isolatamente, sufficienti a colmare le gravi lacune del sistema politico europeo, *in primis* il *democratic disconnect*, dovuto, largamente, alla presenza di un sistema partitico frammentato e vincolato alle mere dinamiche partitiche interne⁹¹ – ossia alla mancanza di reali partiti europei –, all'assenza di un sistema elettorale omogeneo e di un rapporto di fiducia tra Parlamento e Consiglio, nonché di una sfera pubblica europea⁹². L'assenza di una sfera pubblica europea e la «presenza di un Parlamento suddiviso in quote nazionali e di conseguenza basato su elezioni parziali nazionali, e, soprattutto, senza una reale competizione per il potere esecutivo che mobiliti gli elettori e renda più chiari ed evidenti i legami di *responsability e responsiveness*»⁹³ sembrano ostacoli insormontabili alla realizzazione di un'Unione effettivamente democratica e rappresentativa⁹⁴.

Occorrerebbe intervenire, allora, sull'organizzazione del Parlamento europeo, ridefinendone le funzioni nell'ottica di un consolidamento del ruolo dell'istituzione nella determinazione dell'indirizzo politico dell'Unione, ma, soprattutto, occorrerebbe intervenire sulla forma di stato europea e sulla predisposizione di strumenti di partecipazione politica adeguati, che valorizzino, altresì, le autonomie territoriali. L'effettiva attuazione di un pluralismo innanzitutto istituzionale, che consenta alle entità substatali di partecipare alle varie fasi del processo decisionale europeo, potrebbe favorire la partecipazione dei cittadini alle politiche comunitarie e il rafforzamento della democrazia.

Si potrebbe, dunque, tentare di realizzare un modello neo-federale, strutturando il Parlamento europeo con una Camera rappresentativa dei Paesi membri – come avviene negli Stati federali – contestualmente accentuando il ricorso al principio di sussidiarietà⁹⁵, e una Camera rappresentativa dei cittadini.

L'Europa delle Regioni deve, insomma, essere parte di un processo costituente e politico nuovo, basato su un processo federativo che trasformi, sostanzialmente, gli Stati in portatori di interessi regionali, in un'ottica di coesione e non di frammentazione. Sembra indispensabile continuare a optare per l'unità nella diversità⁹⁶; anche come «antidoto per assorbire in termini

⁹⁰ Così L. Chieffi, *La dimensione statale tra integrazione europea e disarticolazione del sistema delle autonomie*, in Id. (a cura di), *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, cit., 19.

⁹¹ Sul punto, cfr. *ex multis*, S. Staiano, *I partiti europei fuori tempo*, in *federalismi.it*, 15, 2012, 2, il quale evidenzia come «I partiti europei, invece, non escono da 'cono d'ombra': essi avrebbero la collocazione, per livello e per contesto, adatta a incidere sul processo costituente in atto, ma non si sono consolidati, né sembra possano consolidarsi a breve, come autonomo fattore propulsivo. E sono ancora in rapporto di stretta dipendenza con i partiti nazionali omologhi. Ora, in una tale situazione, non sembra si possa negare che singoli sistemi partitici, per il tipo di influenza che rimarcano nei rispettivi Paesi, agiscano come vistosi fattori di vischiosità, per motivi legati ai contesti nazionali, nel processo costituente europeo».

⁹² Su tali problematiche, sia consentito il rinvio a M.C. Girardi, *Il ruolo del Parlamento europeo nel procedimento di approvazione del Next Generation EU*, in *Rivista AIC*, 2, 2021, 337 ss.

⁹³ Così G.C.S. Giraudi, *Note critiche sul 'teorema dell'impossibilità di un'Ue pienamente democratica'. Un breve commento al saggio di Dieter Grimm*, in *Nomos*, 2, 2014, 6.

⁹⁴ In merito alla necessità del rafforzamento del principio democratico nell'Unione europea, nell'ottica non soltanto della democrazia rappresentativa, ma anche partecipativa, interessante è il dibattito sulla Conferenza per il futuro dell'Europa 2021-2022, (<https://wayback.archive-it.org/12090/20230217031758/https://futureu.europa.eu/it/>). Sul punto si rinvia a B. Guastaferrò, *Un focus dedicato alla Conferenza sul futuro dell'Europa: note introduttive*, in *Dir. pubbl. eur. Rassegna online*, 1, 2023, I ss.

⁹⁵ In questi termini, A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico dell'economia*, cit., 16 ss.; S. Fabbrini, *Politica Comparata*, Roma-Bari, 2008, spec. 109 ss.

⁹⁶ Il tal senso, nell'ottica del superamento delle profonde divisioni all'interno dell'Unione nell'ambito del mercato finanziario si v., da ultimo, il Rapporto sul mercato interno dell'UE di E. Letta, *Much more than a market, Speed, security, solidarity, Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*,

culturali gli effetti indesiderati»⁹⁷ del fenomeno delle piccole patrie – dovute a localismi o secessioni⁹⁸ –, al fine di scongiurare l'inasprirsi di frammentazioni, asimmetrie e diseguaglianze e l'affermazione di «Regioni senza Europa»⁹⁹.

Abstract. Il presente contributo muove dall'analisi del fenomeno della c.d. Europa delle Regioni, ossia del peso crescente delle autonomie territoriali nell'evoluzione dell'ordinamento sovranazionale, esaminando le fasi e le sedi attraverso cui si è prodotto tale processo e evidenziandone la parabola discendente. Tale tematica trova rinnovata ragione di interesse alla luce del fenomeno dilagante dell'Europa delle «piccole patrie». I movimenti indipendentisti e secessionisti, nonché i localismi, che hanno riguardato, con diversa intensità, numerosi Stati europei, si ripercuotono anche sull'assetto dell'Unione. Tali vicende acuiscono le frammentazioni e le asimmetrie e richiedono, pertanto, di riflettere su possibili interventi che garantiscano unità e coesione, pur nella diversità.

Abstract. The paper starts with an analysis of the so-called Europe of the Regions phenomenon, i.e. the increasing role of territorial autonomies in the evolution of the supranational order. It examines the stages and forums where this process occurred and highlights its descent parabola. This issue finds renewed reason for interest in consideration of the spreading phenomenon of the Europe of 'small homelands'. Independence and secessionist movements, as well as localisms, which have affected, with different intensity, many European states, also affect the structure of the EU. These events exacerbate fragmentation and asymmetries and require reflection on possible interventions to ensure unity and cohesion, even in diversity.

Parole chiave. Europa – Regioni – autonomie – piccole patrie – secessioni.

Key words. Europe – Regions – autonomies – small countries – secessions.

April 2024. Nell'ambito della coesione politico-economica, si v. il discorso di Mario Draghi alla Conferenza di alto livello sul Pilastro europeo dei diritti sociali del 15 aprile a La Hulpe, per il quale «di norma, [...] la coesione politica della nostra Unione richieda che agiamo insieme – possibilmente sempre. E dobbiamo essere consapevoli che la stessa coesione politica è oggi minacciata dai cambiamenti nel resto del mondo. Ripristinare la nostra competitività non è qualcosa che possiamo raggiungere da soli, o solo battendoci a vicenda. Ci impone di agire come Unione europea in un modo mai fatto prima». Il discorso integrale è rinvenibile su <https://www.radioradicale.it/scheda/726406/lintervento-di-mario-draghi-alla-conferenza-di-alto-livello-sul-pilastro-europeo-dei>.

⁹⁷ P. Costa, *Le collettività territoriali nel futuro dell'Europa*, cit., 10.

⁹⁸ Sul tema, *contra*, G. Ferraiuolo, *Costituzione, federalismo, secessione. Un itinerario*, Napoli, 2016, spec. 69 ss.

⁹⁹ Cfr. R. Dahrendorf, *Il futuro dello Stato nazionale*, cit., 61.

IL SISTEMA DELLE CONFERENZE NELLE VICENDE DEL PNRR*

di Giuliano Costa**

Sommario. 1. Delimitazione del contributo. – 2. Coordinate teoriche: le modalità del raccordo interistituzionale. – 3. Le Conferenze nelle fasi del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*. – 3.1. La fase ascendente. – 3.2. La *governance*. – 3.3. La modifica. – 4. Sulla necessità di attuare il principio di leale collaborazione. Osservazioni conclusive.

675

1. Delimitazione del contributo. Il presente lavoro considera la relazione dinamica tra Stato e Regioni in Italia, con particolare riguardo al sistema delle conferenze nel *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*¹.

Il tema è segnato da interrogativi considerevoli intorno alle sorti dell'autonomia nel quadro europeo in trasformazione², alle tendenze in atto nel regionalismo italiano e alla tensione tra istanze di unità e differenziazione che si realizza nelle sedi di coordinamento. Interrogativi e tendenze che si collocano nel quadro degli assetti di un «tipo di Stato composto», *sub-specie* regionale, segnato da una oscillante (e non di rado conflittuale) dinamica dei rapporti tra Stato e Autonomie. Un tipo di Stato, com'è noto, caratterizzato da un paradigma collaborativo, inteso alla leale collaborazione tra enti e alla previsione di sedi di raccordo che realizzano un modello finalizzato all'inclusione delle istanze territoriali nell'indirizzo politico dello Stato. Si tratta di un modello, come si vedrà, composto da formanti diversi, che è «condizione dell'autonomia»³ e che, già in tempi ordinari, è risultato affidato al circuito degli Esecutivi regionale e statale, proprio nell'ambito del «sistema delle conferenze», nel quale il Governo è assunto a «*dominus*»⁴ e, se possibile, a «garante» della leale collaborazione⁵.

Questi assetti, nell'esperienza più recente, hanno conosciuto dinamiche e modalità di svolgimento ulteriori (e, in qualche caso, anche inedite) che, venute in rilievo già nella fase antecedente alla pandemia, in essa si sono accentuate⁶, consolidandosi poi nella vicenda del

* Sottoposto a referaggio.

** Dottore di ricerca in *Neuroscience and Education* – Università di Foggia.

¹ In tal senso, il lavoro si colloca in continuità di metodo con gli studi di: U. Ronga, *Indirizzo politico e negoziazione interistituzionale nel PNRR*, in L. Cassetti, F. Fabrizzi, A. Morrone, F. Savastano, A. Sterpa (a cura di), *Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, Napoli, 2024; U. Ronga, *La Cabina di regia nel procedimento di attuazione del PNRR. Quale modello di raccordo tra Stato e Autonomie?*, in *Italian papers on federalism*, 2, 2022, 57 ss.

² Aspetti, tra gli altri, dei quali dà conto A. Lucarelli, *Introduzione. Dall'Europa delle Regioni alle piccole patrie*, in questo fascicolo monografico.

³ Così: S. Pajno, *I raccordi fra gli enti territoriali come "condizione" dell'autonomia*, in *Diritti regionali*, 3, 2022, 820.

⁴ Così: U. Ronga, *La legislazione negoziata. Autonomia e regolazione nei processi di decisione politica*, Napoli, 2018, 107 ss.

⁵ Cfr. F. Savastano, *Il Governo come attore principale della leale collaborazione: il ruolo nelle sedi di raccordo con le autonomie e la perdurante necessità di un cambio di rotta*, in *federalismi.it*, 28, 2020, 24 ss. che ne considera le tendenze.

⁶ Al riguardo, si vv. A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 577 ss.; C. Caruso, *Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e Regioni come metafora del regionalismo incompiuto*, in *Gruppo di Pisa – La Rivista*, 1, 2021, 299 ss. Inoltre, per un'analisi ampia sul rendimento delle «infrastrutture di dialogo» tra centro e periferia nella pandemia, si v. S. Lieto, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2022, 735 ss.

PNRR⁷. Esso, com'è noto, è il prodotto «straordinario» dell'esercizio «multilivello» di un indirizzo politico definito «normativo» «(a priori, o 'forte')»⁸, attesa la natura vincolante del Piano (politica e, secondo alcuni, giuridica)⁹ e l'impiego delle condizionalità che subordina l'erogazione delle risorse al raggiungimento degli obiettivi¹⁰. Più specificamente, si tratta di un indirizzo politico che si definisce e perfeziona con il concorso di enti diversi e con un complesso procedimento euro-nazionale: in parte sovranazionale, con la predisposizione del *Next Generation EU* e, in quest'ambito, del *Dispositivo di Ripresa e resilienza*¹¹; e in altra parte nazionale, con l'adozione di un Piano che ne declina obiettivi, *governance* e procedure, delineando un percorso che condiziona priorità e programmi dell'Esecutivo in carica – e di quelli che eventualmente si avvicenderanno sino al suo compimento¹² – e richiede un coordinamento stringente tra tutti i livelli di governo, perché la fase esecutiva si svolga in ossequio al cronoprogramma¹³. Tali caratteri fanno di questo un osservatorio privilegiato per lo studio delle dinamiche in atto nelle sedi di coordinamento e, più in generale, nel rapporto tra Stato e Autonomie (e in particolare, le Regioni): per comprenderne il ruolo, misurarne la capacità programmatica e negoziale rispetto alle scelte di indirizzo nell'elaborazione e attuazione del Piano. Certo, il PNRR si ascrive a un contesto straordinario, riconducibile a modalità per alcuni aspetti emergenziali; ciò nonostante, è anche per questo un osservatorio in grado di (e forse il più idoneo a) mettere in evidenza virtù e criticità del sistema giacché, specie in questa congiuntura, ne richiede la sua massima efficienza.

In questo quadro, dunque, la ricerca si articola in tre assi tematici: il primo ricostruisce, per linee essenziali, le coordinate teoriche e ordinamentali di riferimento, analizzando formanti e modalità del raccordo interistituzionale in Italia (§ 2). Il secondo riflette sulle vicende del PNRR (§ 3), dal punto di vista del ruolo assunto dalle Conferenze nelle fasi di elaborazione (§3.1), attuazione (§ 3.2) e modifica (§ 3.3), guardando alle diverse modalità impiegate nell'avvicendamento tra i Governi Conte II, Draghi e Meloni¹⁴. Il terzo, infine, sulla base dell'analisi condotta, trae alcune osservazioni conclusive sul rendimento e sul ruolo che l'attuazione del principio di leale collaborazione può assumere, soprattutto in prospettiva, per rilanciare le sorti delle autonomie e garantire il perseguimento degli obiettivi del Piano (§ 4).

2. Coordinate teoriche: le modalità del raccordo interistituzionale. In premessa si è fatto riferimento alla complessità del regionalismo italiano e alle oscillazioni che hanno riguardato le dinamiche dei rapporti Stato-Autonomie. Tali problematicità intrinseche, per

⁷ Cfr. S. Pajno, *I raccordi fra gli enti territoriali come "condizione" dell'autonomia*, cit., 820 ss. Più in generale, con riferimento alle implicazioni nel Mezzogiorno, si vv. S. Staiano, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *federalismi.it*, 14, 2021, IV ss.; L. Chieffi, *Salute, Regioni e questione meridionale*, Torino, 2022, *passim*.

⁸ Così: N. Lupo, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in *federalismi.it*, 2022, 15.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Il cui perseguimento è assistito da un sistema di controllo nazionale e sovranazionale: cfr. F. Bilancia, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022, 35; G. Cavasino, *L'esperienza del PNRR: le fonti del diritto dal policentrismo alla normazione euro-governativa*, in *Rivista AIC*, 3, 2022, 259 ss.

¹¹ Sul punto, ricostruisce la vicenda istituzionale M.C. Girardi, *Il ruolo del Parlamento europeo nel procedimento di approvazione del Next Generation EU*, in *Rivista AIC*, 2, 2021, 337 ss.

¹² Il termine è previsto per il 31 dicembre 2026.

¹³ Su questi aspetti, si vv. A. Manzella, *L'indirizzo politico, dopo Covid e PNRR*, in *federalismi.it*, 19, 2022, 151; G. De Minico, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021, 122 ss.

¹⁴ Considera le dinamiche prodottesi nell'esperienza Conte e Draghi, anche allo scopo di riflettere sulle prospettive della revisione della forma di governo in corso (A.S. 935, *Modifiche agli articoli 59, 88, 92 e 94 della Costituzione per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica*), A. Lucarelli, *Premierato e riforme costituzionali: il mito della governabilità*, in *Rivista AIC*, 4, 2023, 301 ss.

certi versi proprie del caso italiano, sono riconducibili a specifiche scelte ordinamentali e, per conseguenza, a dinamiche interistituzionali che ne hanno contrassegnato la vicenda attuativa e, con essa, quella del principio autonomistico¹⁵. L'opzione regionalista, infatti, nel disegno costituzionale, è stata declinata secondo un «paradigma duale»; vale a dire, mediante una rigida separazione di competenze per limitare interferenze o sovrapposizioni tra i diversi livelli di governo¹⁶; la prevalenza gerarchica delle istanze unitarie su quelle territoriali¹⁷; l'assenza di modalità di collaborazione interistituzionale, rinviate alla prassi¹⁸. Tuttavia, sin dai suoi albori¹⁹, l'attuazione di questo modello è stata segnata dalla tensione tra moti speculari: di andamento «centripeto», per la conservazione delle funzioni amministrative di cui erano titolari i ministeri; ovvero «centrifugo», per il decentramento, in ossequio al principio di autonomia²⁰. Dinamiche di segno contrario alla configurazione costituzionale che, anche in ragione dell'indeterminatezza del perimetro delle competenze legislative, hanno contribuito a incrementare il contenzioso costituzionale. Sicché, a Costituzione invariata, l'equilibrio del sistema è risultato affidato alla prassi che – certo, anche in questo caso con un andamento non sempre lineare – ha determinato una torsione cooperativa²¹ del paradigma duale attraverso il concorso di formanti diversi: giurisprudenziale; legislativo-amministrativo; legislativo-costituzionale.

Il primo (anche cronologicamente) è il principio di leale collaborazione: parametro, di matrice giurisprudenziale, dell'equo bilanciamento tra le istanze unitarie e quelle autonomistiche e criterio che ne informa i rapporti²².

Il secondo, legislativo-amministrativo, si svolge nelle sedi dell'Esecutivo (e, in particolare, della Presidenza del Consiglio dei ministri) attraverso l'istituzione di sedi *ad hoc* – il c.d. sistema delle conferenze²³; e la previsione di soluzioni procedurali e strumenti di concertazione (accordi, intese e pareri).

Il terzo, legislativo-costituzionale si svolge nella sede parlamentare attraverso l'ipotesi della

¹⁵ Esso costituisce uno dei principali strumenti dell'«autogoverno dei governati», come scrive C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 67 ss.; al riguardo, si v. altresì: L. Paladini, *Diritto regionale*, Padova, 1979, 3 ss.

¹⁶ Cfr. art. 117 Cost. nella sua originaria formulazione.

¹⁷ Attraverso istituti riconducibili alla clausola dell'interesse nazionale, come limite di merito e parametro di legittimità: cfr. previgenti artt. 117, c. 1 e 127, c. 3, Cost. Per ulteriori apprendimenti (prima della riforma del Titolo V), si vv. M. Luciani, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 1994, 1311 ss.; A. Barbera, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1973, *passim*; S. Bartole, *Supremazia e collaborazione nei rapporti fra Stato e regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 84 ss.

¹⁸ Come osserva M. Mancini, *La resistibile ascesa, l'inesorabile declino e l'auspicabile rilancio del principio di leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 5-6, 2013, 948.

¹⁹ E, segnatamente, dal 1948 al 1970: quando a quel modello si è dato attuazione con l'elezione dei primi Consigli regionali. Per un approfondimento specifico sulla preminenza dello Stato in questa prima fase, a partire da Corte cost. sent. n. 177/1988, si v. C. Mezzanotte, *Interesse nazionale e scrutinio stretto*, in *Giur. cost.*, 1988, 631 ss.

²⁰ Cfr. S. Staiano, *Art. 5*, Torino, 2018, 45 ss.

²¹ Ricostruisce queste vicende U. Ronga, *La Cabina di regia nel procedimento di attuazione del PNRR. Quale modello di raccordo tra Stato e Autonomie?*, cit., 57 ss. Sul punto, per ulteriori analisi, si v. anche M. Mancini, *La resistibile ascesa, l'inesorabile declino e l'auspicabile rilancio del principio di leale collaborazione*, cit., 949 ss.

²² Per una ricostruzione dei principali orientamenti, si v. *Ibidem*.

²³ Composto, come si vedrà *infra*, da tre sedi di raccordo intergovernativo (di tipo verticale); e da sedi ulteriori (di tipo orizzontale), per il coordinamento tra i territori: la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome; la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome; nonché – per gli enti locali – associazioni private: l'ANCI, l'UPI, l'UNCCEM. Per approfondire, si vv. G. Carpani, *La collaborazione strutturata tra Regioni e tra queste e lo Stato. Nuovi equilibri e linee evolutive dei raccordi 'verticali' ed 'orizzontali'*, in *Federalismi.it*, 20, 2019, 8 ss.; A. Azzena, *Conferenze Stato-autonomie territoriali*, in *Enc. dir.*, Milano, 1999, 425 ss.

integrazione della Commissione bicamerale per le questioni regionali (art. 126 Cost.)²⁴, che potrà oggi operare – integrando la rappresentanza dei territori in Parlamento – a seguito dell’ultima modifica del Regolamento del Senato che, all’art. 138-*bis*, ne indica le modalità realizzative²⁵.

Tra questi, ad oggi – in ragione dell’incertezza della dimensione parlamentare (ma fermo restando il principio di leale collaborazione) – è prevalso il secondo; sicché tale modello collaborativo si è svolto prevalentemente attraverso il sistema delle conferenze che, com’è noto, si articola in sedi diverse, dotate di funzioni (anche rappresentative) differenti: la Conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano²⁶; la Conferenza Stato-città ed autonomie locali²⁷; la Conferenza unificata²⁸. Sono sedi riconducibili alla Presidenza del Consiglio dei ministri che, in tempi ordinari e ciascuna secondo proprie modalità, assumono funzioni di raccordo, consultazione e informazione con riferimento all’attività normativa (anche sovranazionale, attraverso specifiche modalità di inclusione nell’ambito del procedimento di formazione degli atti dell’Unione europea)²⁹, alla determinazione e all’attuazione dell’indirizzo politico dello Stato relativamente a quelle materie di interesse territoriale, nonché delle politiche finanziarie. Sedi che, tuttavia, nell’esperienza più recente – come si intende dimostrare – hanno manifestato

²⁴ È una sede dotata di funzioni consultive in casi di scioglimento dei Consigli regionali e, più in generale, in materia di ordinamento regionale; circa le ipotesi di integrazione, si v. R. Bifulco, *L’integrazione della Commissione parlamentare per le questioni regionali: in attesa della Camera delle Regioni*, in A. Manzella, F. Bassanini (a cura di), *Per far funzionare il Parlamento. Quarantaquattro modeste proposte*, Bologna, 2007, 88 ss.

²⁵ Si tratta della modifica approvata il 27 luglio 2022. In questo senso, l’art. 138-*bis* r.S., *Partecipazione dei rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali ai lavori della Commissione parlamentare per le questioni regionali* dispone: «La Commissione parlamentare per le questioni regionali, nel rispetto di quanto stabilito dai Regolamenti di ciascuna Camera, può invitare i rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali a partecipare alle sedute della Commissione stessa, in relazione a specifici provvedimenti. Tali rappresentanti possono altresì formulare osservazioni e proposte con riguardo ai lavori della Commissione. La disposizione di cui al comma 1 è sempre applicabile quando il Presidente della Commissione parlamentare per le questioni regionali è un Senatore». Pertanto, il coinvolgimento dei rappresentanti territoriali si qualifica oggi come mera facoltà e con possibilità di intervento *soft* (pareri, osservazioni e proposte).

²⁶ È istituita, con d.P.C.M. 12 ottobre 1983, in seno alla Presidenza del Consiglio dei ministri (art. 12, c. 1, l.n. 400/1988), che la convoca e presiede. Viene consultata sull’attività normativa che interessa le Regioni, sulla determinazione delle politiche economico-finanziarie; sugli indirizzi relativi agli atti comunitari che riguardano le competenze regionali; e su tutti gli altri temi su cui il Presidente del Consiglio ritenga di acquisirne il parere (anche su richiesta della Conferenza delle Regioni, c. 4). Attività che si realizzano promuovendo e sancendo intese e accordi, per il coordinamento tra enti: cfr. art. 2, d.lgs. n. 281/1997. Più nello specifico, si prevede una consultazione obbligatoria – e preventiva, ancorché non vincolante negli esiti – per gli schemi di disegni di legge, decreti legislativi o regolamenti dell’Esecutivo nelle materie di competenza regionale e delle Province autonome (art. 2, c. 3); mentre si prevede una consultazione successiva – altrettanto non vincolante – laddove il Presidente del Consiglio rilevi ragioni di urgenza (è, ad esempio, il caso dei decreti-legge, per i quali si tiene conto dei pareri in sede di conversione; ovvero in sede di esame parlamentare di disegni di legge o di esame definitivo degli schemi di decreto legislativo sottoposti al parere delle commissioni parlamentari: c. 5); se il parere riguarda provvedimenti adottati in via definitiva, può chiedere una valutazione sulla revoca o la riforma dei provvedimenti. Per approfondire il dibattito sul ruolo che avrebbe dovuto assumere, si v. P.A. Capotosti, *Regione. IV) Conferenza Stato-Regioni*, in *Enc. giur.*, Milano, XXVI, 1990, § 1 ss.

²⁷ Anch’essa, istituita con d.P.C.M. 2 luglio 1996, è presieduta e convocata dal Presidente del Consiglio dei ministri (o dal Ministro delegato – dell’Interno o per gli Affari regionali) e svolge funzioni di coordinamento sugli indirizzi di politica generale che possono incidere sulle funzioni di province e comuni (cfr. art. 9, c. 6).

²⁸ La Conferenza Stato-città è unificata (d.lgs. n. 281/1997) con quella Stato-Regioni per le materie di preminente interesse delle Autonomie: art. 8, c. 1 (e tutte quelle che il Presidente del Consiglio ritenga di sottoporvi: art. 9, c. 3). In sede di deliberazione si distinguono le posizioni dei soggetti rappresentati (art. 9, c. 4). Su tali materie (e comunque in tutti i casi debbano esprimersi su un medesimo oggetto: art. 9, c. 2) essa delibera, promuove e sancisce intese e accordi, esprime pareri (art. 9, c. 1).

²⁹ Cfr. art. 117, c. 5, Cost., cui si è dato attuazione con la l.n. 131/2003, artt. 5 e 6.

una certa prevalenza delle istanze unitarie, in continuità con il disegno costituzionale originario, attraverso la preminenza dell'Esecutivo, e l'impiego di modalità anche inedite, venute in rilievo – come si intende osservare negli sviluppi ulteriori del lavoro – nelle fasi (e, più in generale, nelle vicende) del PNRR.

3. Le Conferenze nelle fasi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Nel quadro ordinamentale e istituzionale considerato – e al netto dei riflessi istituzionali della pandemia – le sedi di raccordo hanno mostrato dinamiche e peculiarità ulteriori soprattutto nelle vicende della elaborazione, attuazione e, da ultimo, modifica del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*. Come si è in parte anticipato, infatti, il Piano è il risultato di un processo multilivello, espressione di un indirizzo politico dotato di proprie specificità³⁰ e attraverso il quale dimensione sovranazionale e nazionale si intersecano. Questa circostanza, dal punto di vista assunto in questo lavoro, offre almeno una triplice opportunità di studio: una prima riguarda l'esame del ruolo assunto dalle autonomie nelle sedi di raccordo (soprattutto attraverso le Conferenze); una seconda riguarda l'analisi di impatto della attività negoziale dei territori nella definizione del Piano; una terza, in prospettiva, riguarda il rendimento complessivo in sede di esecuzione del Piano.

Pertanto, nel tentativo di perseguire tali obiettivi di ricerca e secondo l'articolazione proposta, negli immediati sviluppi del lavoro si analizzano procedimenti, modalità e impatto dell'attività negoziale e consultiva svolta dalle Conferenze all'interno di ciascuna fase del Piano: quella della sua elaborazione (a partire dalla fase ascendente); quella strumentale (muovendo dalla predisposizione e modifica della relativa *governance*); quella esecutiva (che ha condotto alla revisione del Piano).

3.1. La fase ascendente. Com'è noto, l'inclusione dei territori nella produzione normativa sovranazionale viene definita nella l.n. 234/2012³¹, che individua nella sessione europea della Conferenza Stato-Regioni (art. 22), la sede privilegiata per trattare le politiche europee di interesse territoriale, al fine di raccordare le linee della politica nazionale con le esigenze di Regioni e Province autonome. E per farlo, al fine di favorirne la partecipazione, si prevedono: «obblighi informativi» in merito ai progetti in corso, da parte del Governo³², rispetto ai quali gli enti territoriali possono presentare proprie osservazioni³³; «obblighi di convocazione periodica» della Conferenza Stato-Regioni e di quella Unificata per la trattazione delle politiche dell'Unione di interesse degli enti locali³⁴; e si riconosce, infine, alla Conferenza Stato-Regioni la facoltà di richiedere una «riserva di esame» quando un progetto di atto normativo dell'Unione europea riguardi materie di interesse territoriale³⁵. Questi riferimenti, con qualche elemento di novità, trovano ulteriori integrazioni nel reg. UE n. 2021/241 che definisce il ruolo che (almeno formalmente) le Conferenze (e, con esse, le autonomie) hanno

³⁰ Tra queste: l'intersezione tra diversi livelli di governo; e la natura «normativa», nell'interpretazione prevalente. Al riguardo, in una prospettiva critica, con riferimento agli effetti del PNRR su metodi e tecniche della legislazione, si v. L. Bartolucci, *Sull'inopportunità di intraprendere un percorso di riforma del procedimento legislativo in tempo di Next generation EU*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 2, 2021, spec. 141 ss.

³¹ Specificamente, al Capo IV; questa è stata modificata, nella XVIII Legislatura, con l.n. 238/2021.

³² Il Governo ha il compito di assicurare alla Conferenza delle Regioni e alla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative regionali una informazione qualificata e tempestiva: cfr. art. 24, c. 2, l.n. 234/2012.

³³ Rivolte al Governo e comunicandole contestualmente alle Camere, alla Conferenza delle regioni e alla Conferenza dei presidenti delle assemblee legislative: cfr. art. 24, c. 3.

³⁴ Cfr. art. 23, c. 1.

³⁵ Vale a dire che il Governo, apponendo la riserva in sede di Consiglio, procederà alle attività della fase ascendente solo al termine dell'esame della Conferenza Stato-Regioni: *Ibidem*.

(o, comunque, avrebbero) assunto nella fase ascendente della predisposizione del Piano³⁶. In esso, il coinvolgimento delle autonomie – del quale dovrà darsi conto nella predisposizione del Piano, secondo le modalità previste in ciascun ordinamento³⁷ – si configura in misura potenziale³⁸ – e, dunque, facoltativa³⁹ – alla stregua del confronto con portatori di interessi e attori non istituzionali.

Sicché, la fase di programmazione, che ha attraversato l'esperienza di due Esecutivi (il Governo Conte II e il Governo Draghi), si è prodotta con modalità diverse ma esiti analoghi quanto al coinvolgimento dei territori secondo una (tendenzialmente) debole capacità negoziale e di condizionamento, prevalendo modalità alternativamente «informali» (specie in un caso) ovvero «unilaterali-informative»⁴⁰.

Nell'esperienza del Governo Conte II, infatti, l'inclusione degli enti territoriali si è prodotta prevalentemente mediante modalità informali⁴¹, nel dialogo tra Presidente del Consiglio dei ministri e ministri con la Conferenza delle Regioni e, soprattutto – in continuità con una prassi ormai consolidata – con il suo Presidente, con un impatto piuttosto debole sulla prima bozza del Piano⁴².

Nell'esperienza del Governo Draghi, viceversa, in luogo dell'impiego di modalità informali, è stata prescelta la Conferenza unificata⁴³ come principale sede di interlocuzione, al fine di realizzare una comunicazione trasversale tra Regioni ed enti locali (ma anche rivelandone una certa equiparazione funzionale)⁴⁴; e tuttavia, essa ha operato come mera destinataria delle comunicazioni dell'Esecutivo circa il contenuto del Piano *in fieri*, con interventi soltanto informativi dei ministri competenti e soltanto in prossimità della presentazione del Piano⁴⁵.

Dunque, pur nel complessivo rispetto degli obblighi di informazione (ancorché secondo pratiche informali), si è trattato di modalità di coinvolgimento deboli che, sin dalla predisposizione delle linee guida (com'è noto, affidate al CIAE), sono state stigmatizzate dalla Conferenza delle Regioni: quanto all'assenza di comunicazione circa i progetti in discussione; all'assenza, nel Piano approvato, delle proposte di merito condivise (complessivamente non recepite); alla *governance* e al difetto di coordinamento tra enti⁴⁶. Esigenze, queste, che avrebbero anche trovato ragioni costituzionali, attesa la giurisprudenza⁴⁷ che, proprio su questi profili, si è consolidata quanto all'impiego di modalità

³⁶ Presentato dalla Commissione europea il 30 aprile 2021.

³⁷ Cfr. art. 18, c. 4, lett. g), reg. UE n. 2021/241.

³⁸ Al riguardo, una restituzione è presente al Considerando n. 34, reg. UE n. 2021/241: «Le autorità regionali e locali possono essere partner importanti nell'attuazione delle riforme e degli investimenti. A tale riguardo, esse dovrebbero essere adeguatamente consultate e coinvolte conformemente al quadro giuridico nazionale».

³⁹ Non si configura, dunque, obbligo di «partenariato verticale», come osserva M. Cecchetti, *L'incidenza del PNRR sui livelli territoriali di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi*, in *Rivista AIC*, 3, 2022, 289.

⁴⁰ Su questo profilo, *ex multis*, si vv. in N. Antonetti, A. Pajno (a cura di), *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia. Problemi e prospettive*, Bologna, 2022, i contributi di: B.G. Mattarella, *I problemi del raccordo tra Stato e autonomie territoriali*, 251 ss., e S. Profeti, *Il rapporto Stato Regioni nella fase ascendente del PNRR italiano*, 269 ss.

⁴¹ Il Piano non è all'o.d.g. delle riunioni della Conferenza Stato-Regioni e di quella Unificata: cfr. M. Cecchetti, *L'incidenza del PNRR sui livelli territoriali di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi*, cit., 290.

⁴² Vale a dire che si è tenuto solo parzialmente conto degli indirizzi della Conferenza delle Regioni sulla bozza trasmessa alle Camere il 15 gennaio 2021.

⁴³ Si tratta di almeno sei incontri nel mese di aprile 2021, a ridosso della presentazione del Piano.

⁴⁴ Cfr. M. Cecchetti, *L'incidenza del PNRR sui livelli territoriali di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi*, cit., 291.

⁴⁵ Cfr. S. Profeti, B. Baldi, *Le regioni italiane e il PNRR: la (vana) ricerca di canali d'accesso all'agenda*, in *Rivista italiana di Politiche pubbliche*, 3, 2021, 436.

⁴⁶ Sul punto, si v. Conferenza delle Regioni, PNRR, *Decreto Legge Semplificazione e Governance: proposte ed emendamenti*, 28 maggio 2021.

⁴⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 142/2016.

di coordinamento adeguate – come quelle dell'intesa – per fare sintesi tra la garanzia di un intervento tempestivo dello Stato (e del suo ruolo «pivotal»⁴⁸), le esigenze di differenziazione e il rispetto del quadro competenziale (che investe anche la potestà concorrente) che viene in rilievo negli ambiti di azione del PNRR, sia nella fase di programmazione che in quella esecutiva⁴⁹.

3.2. La governance. Il risultato di questo processo riguarda profili di merito (gli obiettivi del Piano); ma contempla altresì chiare scelte di metodo che informano i modi di esecuzione dell'indirizzo politico che con esso si esprime, definendo un modello di *governance* marcatamente centralizzata (a prevalenza della Presidenza del Consiglio)⁵⁰, nel quale le Autonomie si configurano come meri soggetti attuatori, tanto nello schema delineato nel d.l. n. 77/2021, che nel successivo d.l. n. 13/2023 che ne consolida – e, per certi versi, ne accentua – l'impostazione centralista⁵¹. Scelte, tuttavia, sulle quali la Conferenza unificata, ha espresso alcuni rilievi (attraverso pareri in sede di conversione dei relativi decreti-legge), sulla base delle prerogative previste all'articolo 9, c. 3, d.lgs. n. 281/1997. E si è trattato, in entrambi i casi, di pareri positivi, condizionati all'approvazione di alcuni emendamenti orientati a rafforzare i meccanismi di raccordo tra enti nella fase esecutiva. Tuttavia, nel confrontarne le proposte (normative e di indirizzo) e il dispositivo approvato a esito della conversione, emerge una generale assenza di recepimento.

Sicché, sin dal suo impianto originario, il governo del Piano riduce il ruolo delle sedi di raccordo, a favore della istituzione di organi e apparati amministrativi *ad hoc* che, pur coinvolgendo molteplici livelli di governo, si concentra nelle sedi dell'Esecutivo e, segnatamente, negli uffici della Presidenza del Consiglio⁵².

Nello specifico, dal punto di vista dei raccordi interistituzionali, il d.l. n. 77/2021⁵³ istituisce una Cabina di regia dalla composizione variabile (cui possono partecipare, *ratione materiae*, anche i Presidenti delle Giunte regionali). Com'è noto, essa è dotata di «funzioni di indirizzo» per l'attuazione del Piano; «di controllo e monitoraggio» sul suo stato di avanzamento⁵⁴ e sulle eventuali criticità, per garantire il rispetto del cronoprogramma⁵⁵; «informative», nel rapporto con gli organi costituzionali⁵⁶; e assume «funzioni di raccordo» tra enti⁵⁷, promuovendone il coordinamento⁵⁸ e monitorando l'operato dei soggetti attuatori

⁴⁸ L'espressione è di S. Pajno, *Il crepuscolo dell'autonomia regionale di fronte al PNRR*, in N. Antonetti, A. Pajno (a cura di), *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia*, cit., 243.

⁴⁹ Al riguardo: cfr. A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, in *Federalismi.it*, 18, 2021, 260; M. Trapani, *Il sistema delle conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra Pnrr e regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative*, in *Rivista AIC*, 4, 2021, 182.

⁵⁰ L'espressione è mutuata da U. Ronga, *L'emergenza in Parlamento. Attraverso e oltre la pandemia*, Napoli, 2022, 125 ss.

⁵¹ Ne ricostruisce gli assetti: G. Menegus, *La riforma della governance del PNRR*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2023, 206 ss.

⁵² In continuità con l'accentramento consolidatosi durante l'emergenza sanitaria: cfr. U. Ronga, *L'emergenza in Parlamento*, cit., 125 ss.

⁵³ Convertito nella l.n. 108/2021.

⁵⁴ Cfr. art. 2, c. 2, lett. b), d.l. n. 77/2021.

⁵⁵ Criticità attuative che, quando riguardano questioni di competenza regionale, possono essere rilevate dal Ministro per gli Affari regionali e dalla Conferenza delle Regioni: art. 2, c. 2, lett. c).

⁵⁶ In tal senso, la Cabina di regia ha il compito di aggiornare periodicamente il Consiglio dei ministri e il Parlamento sull'avanzamento del Piano.

⁵⁷ Cfr. art. 2, c. 2, lett. a).

⁵⁸ Avvalendosi anche di sedi ulteriori, come il Nucleo PNRR Stato-Regioni, istituito con il d.l. n. 152/2021 presso il Dipartimento per gli Affari regionali e le Autonomie, con funzioni di supporto tecnico e coordinamento operativo con le amministrazioni titolari di interventi.

territoriali, affinché possa proporre la eventuale attivazione dei poteri sostitutivi⁵⁹.

Tale impostazione, lo si è anticipato, sebbene nell'ambito di un parere favorevole ha incontrato rilievi critici opposti dalla Conferenza unificata quanto all'assenza di «idonee forme di raccordo con le competenze legislative delle Regioni e delle Province autonome», al «mancato coinvolgimento nella definizione degli interventi» e all'assenza di una «sede ufficiale di consultazione nella fase di individuazione degli interventi da finanziare nonostante le molteplici richieste [...] di definire con urgenza la *governance* nazionale del Piano e un modello di confronto bilaterale a livello regionale e interregionale»⁶⁰. Fattori che, secondo la ricostruzione svolta, si pongono in contrasto con il diritto sovranazionale (a partire dalle indicazioni degli organi europei per l'elaborazione dei *Piani* nazionali) e con l'esigenza di coordinamento amministrativo – secondo un approccio multilivello organizzativo e procedurale – che viene in rilievo in materie non ascrivibili (o comunque non solo) alla competenza esclusiva dello Stato⁶¹.

Il successivo d.l. n. 13/2023⁶², che di questo modello propone alcuni correttivi (conservandone l'impostazione), ne semplifica le procedure e ne razionalizza la struttura in alcuni settori cruciali⁶³. Tra questi, i principali interventi riguardano: il ruolo dell'Esecutivo nella gestione complessiva del Piano, il ruolo delle autonomie e il coordinamento tra gli enti. Quanto alla centralità dell'Esecutivo, viene istituita la Struttura di missione – che affianca, senza sostituire, la Cabina di regia nelle funzioni di indirizzo e coordinamento anche interistituzionale⁶⁴ – in seno alla Presidenza del Consiglio⁶⁵. Inoltre, viene soppresso il Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale⁶⁶, del quale funzioni e componenti sono stati integrati nella Cabina di regia⁶⁷.

Quanto alle autonomie, in qualità di soggetti attuatori, i principali elementi di novità riguardano il rafforzamento delle risorse umane degli enti locali: si prevedono misure per stabilizzare il personale assunto a tempo determinato nei progetti del Piano⁶⁸; e per assumere dirigenti per rafforzare l'efficienza gestionale e operativa dei progetti⁶⁹.

Dal punto di vista della relazione dinamica Stato-enti territoriali – ancora in chiave di rafforzamento della dimensione statale: si prevede una riduzione dei termini (dai 30 a 15 giorni) di messa in mora del soggetto attuatore⁷⁰, nella procedura prevista per l'attivazione dei poteri sostitutivi, nei casi in cui le inadempienze degli enti territoriali mettano a rischio la realizzazione degli obiettivi PNRR; e si prevedono modifiche ulteriori relativamente alle

⁵⁹ Una modalità prevista per gestire ritardi o disfunzioni che possano compromettere il raggiungimento degli obiettivi del Piano. Sul punto, si v. G. Provvisiero, *Le Regioni nella governance del PNRR*, in *Italian papers on federalism*, 2, 2022, 182 ss.

⁶⁰ Così: Conferenza unificata, *Posizione sul decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77*, 17 giugno 2021, 2, da cui sono tratte le citazioni del periodo.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Convertito nella l. n. 41/2023.

⁶³ Cfr. C.B. Ceffa, *La semplificazione normativa nel PNRR*, in *Federalismi.it*, 11, 2023, 23 ss.

⁶⁴ Cfr. art. 2, c. 1, lett. b).

⁶⁵ Essa avoca i compiti della dismessa Segreteria tecnica, coadiuva il Ministro delegato per le funzioni di coordinamento per l'attuazione del Piano e diviene il principale interlocutore con la Commissione europea.

⁶⁶ Attraverso l'abrogazione dell'art. 1, c. 4, lett. g) e p), d.l. n. 77/2021.

⁶⁷ Nel parere (complessivamente positivo, ancorché condizionato all'approvazione di alcuni emendamenti) della Conferenza unificata – espresso ai sensi dell'articolo 9, c. 3, d.lgs. n. 281/1997 – sulla conversione del d.l. n. 13/2023 si rilevano, su questo specifico punto, elementi di criticità a favore della conservazione della natura di raccordo (solo) interistituzionale della Cabina di regia: cfr. Conferenza unificata, *Verbale di seduta n. 4*, 8 marzo 2023, 2 ss.

⁶⁸ Cfr. art. 4, d.l. n. 13/2023.

⁶⁹ Cfr. art. 8, cc. 1-6.

⁷⁰ Termine assegnato dal Presidente del Consiglio, su proposta della Cabina di regia o del Ministro competente.

procedure per il superamento di ipotesi di dissenso, diniego, opposizione che ostacolino la realizzazione dei progetti PNRR⁷¹.

Anche questo impianto è oggetto di rilievi critici della Conferenza unificata – concordi, tendenzialmente, in ciascuna delle sezioni in cui si articolano le posizioni della rappresentanza dei territori – nell’ambito di un parere (ancora) positivo ma condizionato all’approvazione degli emendamenti proposti. Tra questi, pur condividendo l’esigenza di semplificazione e miglioramento della *governance* per le politiche di coesione e per accelerare l’erogazione delle risorse, si registrano in particolare: l’esigenza di assicurare che la Struttura di missione istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri svolga funzioni di raccordo con le amministrazioni regionali e con gli enti titolari degli interventi, specie per questioni tecniche e operative (di attuazione e monitoraggio, ovvero per il superamento di criticità anche in vista della modifica del *Piano*)⁷²; e l’inopportunità della soppressione del Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, in quanto sede ulteriore per rafforzare il coordinamento interistituzionale e con gli *stakeholders*⁷³.

E tuttavia, come si è anticipato, anche in questo caso, l’attività di consulenza svolta in sede di conversione non ha prodotto esiti sostanziali, in assenza di corrispondenza tra questi rilievi e il disegno di conversione.

3.3. La modifica. Le tendenze considerate seguono le esigenze del contesto in cui si sono prodotte: ascrivibili al fattore tempo, per il cronoprogramma del Piano; e a tutela dello Stato, onde evitare la responsabilità del Governo. E sono tendenze riconducibili a scelte misurabili nel rendimento, attraverso i dati sull’andamento del PNRR. In tal senso, con una valutazione complessivamente positiva della Commissione dell’Unione europea, dal 2021 ad oggi sono stati conseguiti 178 obiettivi e sono state erogate le prime quattro rate del finanziamento⁷⁴. Ciò nonostante, in questo tempo si sono accumulati ritardi e criticità: per lo più ascrivibili proprio al difetto di coordinamento tra enti e tra questi e i soggetti attuatori. A questo novero si riconducono cifre non trascurabili: 59 investimenti e 15 riforme, su un totale – più ampio – di 118 misure problematiche (che corrispondono al 41,4% del *Piano*)⁷⁵. Ritardi e criticità che, anche cogliendo l’occasione della integrazione del piano energetico *RePowerEU*, sono tra i principali fattori alla base del percorso che, avviatosi con l’impulso della Cabina di regia da marzo 2023, ha condotto verso la modifica del *Piano*⁷⁶ nonché, in connessione, verso lo stanziamento di ulteriori risorse per garantirne l’esecuzione e l’introduzione di alcuni

⁷¹ Il ricorso ai poteri sostitutivi consente, al soggetto incaricato, l’adozione di ogni atto necessario con ordinanze motivate, immediatamente efficaci e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale, in deroga alla legge (tranne quella penale e garantendo il rispetto dei principi generali dell’ordinamento, del codice delle leggi antimafia e degli obblighi europei). Quando tale deroga riguarda disposizioni della legislazione regionale, l’ordinanza deve essere adottata previa intesa nella Conferenza Stato-Regioni. Approfondisce questi profili: A. Tabacchi, *Le procedure per l’esercizio dei poteri sostitutivi e il superamento dei dissensi nell’attuazione del PNRR*, in *Federalismi.it*, 9, 2023, 122 ss.

⁷² Cfr. Conferenza unificata, *Verbale di seduta n. 4*, 8 marzo 2023, 62.

⁷³ *Ivi*, 2.

⁷⁴ La quarta rata è stata erogata il 28 dicembre 2023 ed è stata richiesta la quinta il 29 dicembre 2023. Per approfondire i dati su obiettivi e quote del finanziamento, si v. Camera dei deputati, PNRR. *Traguardi e obiettivi*, consultabile al link: <https://temi.camera.it/leg19/pnrr/obiettivitragedi.html>.

⁷⁵ Dati riferiti al primo semestre del 2023, come emerge nella *Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Terza relazione*, Sezione I, 31 maggio 2023, 120; nonché nel dossier Camera dei deputati, Servizio Studi, *La terza relazione sullo stato di attuazione del PNRR*, 20 giugno 2023, 10, in cui si rileva che la maggior parte di queste riguardano la Missione 2 (Rivoluzione verde e transizione ecologica) nell’ambito di 30 elementi di criticità. Al riguardo, per approfondire, si v. P.L. Petrillo, A. Zagarella, *La transizione ecologica nel PNRR tra climate tagging e do not harm*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 2, 2022, 73 ss.

⁷⁶ Secondo la procedura prevista ex art. 21, reg. UE n. 2021/241: cfr. U. Ronga, *La sostenibilità ambientale nella transizione ecologica e digitale del PNRR. Un primo bilancio*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1, 2023, 16 ss.

correttivi a livello di *governance*⁷⁷.

Questo processo, nell'esperienza del Governo Meloni (in corso), avrebbe potuto costituire l'opportunità per recuperare un maggiore ruolo dei territori nella fase programmatica, come stava già in parte avvenendo con la raccolta di proposte per il piano energetico⁷⁸. Tuttavia, dal punto di vista delle autonomie, esso si è svolto in continuità con i suoi omologhi precedenti; vale a dire: nel segno della prevalenza dell'Esecutivo (a trazione della Cabina di regia e, con essa, della Presidenza del Consiglio), della debolezza delle forme di coordinamento interistituzionale connotate prevalentemente da informative ministeriali unilaterali⁷⁹.

Secondo tali modalità, a esito di questo processo⁸⁰ – che solo in pochi casi ha visto una partecipazione sostanziale dei territori dal punto di vista programmatico – la Conferenza delle Regioni ha elaborato alcune *Valutazioni in ordine alla proposta di revisione del PNRR*⁸¹. Si tratta di un documento (dotato di una valenza meramente politica, non giuridica) recante proposte dettagliate, integrative e modificative del Piano, che esprime un tentativo di recupero degli spazi di proposta dei territori, al fine di contribuire (in misura sostanziale) alla sua revisione. Allo stesso tempo, il documento rinnova quei rilievi critici sul metodo impiegato: tempi ristretti di esame, assenza di coinvolgimento degli enti territoriali nella fase di elaborazione della proposta di modifica, nonostante l'importanza assunta da Regioni e Province autonome nell'attuazione del Piano; l'urgenza di un confronto di merito per garantire il rispetto dei tempi.

In questo quadro, con specifico riferimento agli assetti della *governance*, dunque, le principali richieste delle Regioni riguardano il rafforzamento dei meccanismi di raccordo, la richiesta di sostegno alle amministrazioni territoriali, nonché l'istituzione di una Cabina di regia permanente tra Ministero e Regioni, volta ad esaminare, monitorare e assicurare una maggiore condivisione sia sugli aspetti della riprogrammazione, sia quelli della attuazione del Piano. E tuttavia, di tali proposte, forse anche in ragione delle esigenze di celerità⁸², non vi è traccia all'interno della modifica definitivamente presentata dal Governo (a seguito di approvazione del Parlamento, 1° agosto 2023) alla Commissione (comprensiva del capitolo sul *RePowerEU*) e che, avendo ricevuto parere positivo, è stata successivamente approvata dal Consiglio dell'Unione europea l'8 dicembre 2023⁸³.

Ciò nonostante, sono state redatte alcune *Proposte normative prioritarie delle Regioni e delle Province autonome in ordine all'attuazione del PNRR e delle politiche di coesione, per il conseguimento degli obiettivi, la semplificazione e accelerazione delle procedure*⁸⁴. Proposte normative e richieste di intervento piuttosto diffuse, che coinvolgono diverse aree del Piano⁸⁵; e che chiamano in causa – ancora

⁷⁷ Cfr. d.l. n. 19/2024, *Ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*, convertito nella l. n. 56/2024.

⁷⁸ Nella riunione della Cabina di regia del 7 marzo 2023 sono stati riuniti i rappresentanti dei territori per presentare proposte che, a seguire, sono state valutate da un Gruppo tecnico appositamente istituito.

⁷⁹ Cfr. *Informativa del Ministro per gli Affari europei, il Sud, le Politiche di coesione*, 18 maggio 2023.

⁸⁰ I risultati sono stati presentati nella riunione della Cabina di regia del 27 luglio 2023.

⁸¹ Pubblicate il 2 agosto 2023.

⁸² Esigenze anche connesse al termine di consegna entro (e non oltre) il 31 agosto 2023 del capitolo del *RePowerEU*.

⁸³ A questa si è pervenuti dopo un lungo negoziato avviato il 4 settembre 2023, in concomitanza del quale la Cabina di regia si è riunita 20 volte, coinvolgendo parti sociali e rappresentanti territoriali: cfr. Comunicato stampa, *Il Ministro Fitto presenta la revisione del Piano italiano approvata dalla Commissione UE*, in *Affarieuropei.gov*, 24 novembre 2023.

⁸⁴ Documento approvato dalla Conferenza delle Regioni il 20 dicembre 2023.

⁸⁵ Tra questi: transizione verde, ambiente, telemedicina, settori agricolo e alimentare, assistenza tecnica a livello centrale e locale; ma anche, in senso più ampio con interventi normativi: semplificazione procedure amministrative, assunzione personale dirigenziale, la modifica dei termini dell'art. 8, c. 5, d.l. n. 77/2021.

una volta – questioni note rispetto a difficoltà di sistema, ascrivibili prevalentemente all'assenza di coordinamento, alla richiesta del riconoscimento di un ruolo di coordinamento delle Regioni e all'accesso a informazioni sullo stato di avanzamento delle misure e al relativo monitoraggio sul territorio, specie per quegli interventi dove le Regioni non operano in qualità di soggetti attuatori. Ed è proprio con riguardo a questi profili che viene in rilievo la (rinnovata, anche se in forma diversa) proposta di istituzione della Unità di Missione PNRR territoriale: una sede di raccordo e coordinamento dalla composizione variabile in funzione dei soggetti interessati dalla misura, che valorizza il ruolo delle Regioni e delle Province autonome nel monitoraggio degli interventi sul territorio e l'interlocuzione con *stakeholder* e attori sociali ed economici; e tuttavia, anche in questo caso, tale proposta non sembra aver trovato accoglimento.

Questa tendenza si conferma anche con riferimento all'attività consultiva-negoziata svolta in merito alle modifiche della *governance* connesse alla revisione del Piano intervenute, da ultimo, con l'adozione del d.l. n. 19/2024⁸⁶. In questo ambito, tuttavia, attraverso l'esperimento di un parere favorevole-condizionato all'approvazione delle proposte della Conferenza unificata sullo schema di conversione in legge del decreto, si è ricercata una prova di forza (politica) con lo Stato, destinatario di un monito rispetto alla mancanza di coinvolgimento della Conferenza delle Regioni in materie di interesse regionale (perché ciò non si ripeta); e di una richiesta di «impegno formale» quanto allo stanziamento delle risorse per gli anni successivi: «in caso negativo le Regioni valuteranno iniziative anche giurisdizionali a tutela delle programmazioni già avviate»⁸⁷.

4. Sulla necessità di attuare il principio di leale collaborazione. Osservazioni conclusive. L'analisi condotta induce ad alcune osservazioni conclusive. I processi istituzionali considerati nelle diverse fasi del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* – quale «‘concentrato’ di indirizzo politico»⁸⁸ – si sono rivelati un osservatorio utile per ricostruire le tendenze in atto nel sistema dei raccordi interistituzionali e nei processi di formazione dell'indirizzo politico e le sue trasformazioni. Questo, com'è noto, si configura oggi come il prodotto di determinazioni non solo nazionali, ma altresì negoziazioni euro-nazionali nell'ambito delle quali viene in rilievo anche il ruolo delle Autonomie. Un ruolo, tuttavia, che non sempre si declina – così come avverrebbe in un paradigma collaborativo come quello che caratterizza il «tipo» di Stato italiano – secondo forme di partecipazione sostanziale, che integrano prospettive di differenziazione ed esigenze dei territori nel quadro dell'indirizzo politico nazionale. Al riguardo, infatti, la prassi (e non solo la più recente) ha mostrato un ruolo preminente dell'Esecutivo statale (e, in particolare, della Presidenza del Consiglio)

⁸⁶ Tra le principali misure del decreto-legge: l'integrazione di risorse umane e la modifica delle funzioni di alcuni organi, a partire dalla Struttura di missione (art. 4); la nomina di Commissari (come quello previsto per gli obiettivi legati al superamento degli insediamenti abusivi per combattere lo sfruttamento dei lavoratori in agricoltura) per il conseguimento di obiettivi specifici (Missione 5, Componente 2, Investimento 2.2 del PNRR); il rafforzamento della capacità amministrativa dei soggetti titolari degli interventi e degli enti locali (quanto all'attività di esecuzione e monitoraggio degli interventi: art. 8); la semplificazione delle procedure, per la riduzione dei tempi di esecuzione del PNRR e del PNC; l'implementazione dell'attività di controllo e monitoraggio a livello provinciale, attraverso l'istituzione di una Cabina di coordinamento (presieduta dal Prefetto o da un suo delegato) con il compito di definire piani di azione per l'attuazione dei programmi a livello provinciale (art. 9).

⁸⁷ Così Conferenza unificata, *Posizione sul decreto-legge 2 marzo 2024, n. 19*, 4 aprile 2024, 2, da cui sono tratti entrambi i virgolettati.

⁸⁸ Così: A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana*, cit., 260.

anche all'interno delle Conferenze⁸⁹. E tale preminenza si è riproposta anche nel PNRR, in ciascuna delle fasi considerate, mostrando forme di raccordo a debole capacità di condizionamento: quella ascendente, infatti, è stata prevalentemente connotata da modalità di raccordo informali e per lo più risoltesi attraverso informative unilaterali da parte del Governo, ovvero nella ratifica – benché spesso con riserva – delle relative determinazioni; in quella, per così dire, strumentale – rispetto alla predisposizione del Piano e della sua *governance* – le Conferenze hanno assunto un ruolo di mera consulenza a debole capacità negoziale, attraverso pareri esperiti in sede di conversione dei dd.ll. n. 77/2021, n. 13/2023 e, da ultimo, n. 19/2024; e infine, anche in quella di modifica del *Piano* gli esiti non sono stati diversi: si sono replicate modalità informali per la raccolta delle proposte degli enti territoriali per il piano energetico nella Cabina di regia (almeno in una prima fase); e si è registrato il tentativo di recuperare uno spazio partecipativo della Conferenza delle Regioni attraverso l'elaborazione di documenti recanti proposte e valutazioni che, tuttavia, anche alla luce della relativa natura (solo) politica, non hanno incontrato recepimento.

Così, nel quadro di una gestione centralizzata⁹⁰, gli enti territoriali hanno assunto un ruolo prevalentemente esecutivo, in qualità di soggetti attuatori. Le ragioni sono molteplici e dipendono da fattori diversi; tra questi: la natura *soft* dello strumentario di concertazione delle autonomie; l'efficacia esclusivamente politica (e non vincolante) delle determinazioni assunte nelle sedi di coordinamento; l'irrilevanza dello svolgimento delle procedure collaborative come parametro di legittimità di un atto normativo⁹¹. Fattori che confermano che la questione, dunque, è ben più profonda e che le vicende del PNRR siano capaci di metterla in rimarchevole evidenza⁹²; tali esiti, infatti, sembrano corrispondere – certo, anche alla luce delle esigenze contingenti, come dimostra altresì la previsione (e il rafforzamento) dell'intervento sostitutivo – a una logica gerarchica di fondo che informa la relazione Stato-Autonomie, che trae fondamento da una sorta di residuo della clausola di interesse nazionale che coincide, in questo caso, con gli obiettivi del *Piano*. In questo ambito, la capacità negoziale (e di proposta) delle autonomie sembra dipendere dalla volontà del Governo a sostenerle; e quando ciò non avvenga, il contributo delle autonomie si produce soltanto nella sola fase esecutiva, secondo forme riconducibili a una sorta di federalismo di mera esecuzione che si realizza a Costituzione invariata⁹³.

La questione di fondo, dunque, è attuare il principio di leale collaborazione⁹⁴, nonostante il contesto attuale; e farlo, non equivale a praticare modalità formali che si risolvono nella (sola) acquisizione di pareri, in comunicazioni unilaterali, ovvero nell'uso strumentale delle Conferenze per la ricerca del consenso (ora preventivo, ora successivo, come avviene per i decreti-legge) rispetto all'attività normativa del Governo per ridurre il contenzioso

⁸⁹ Ma anche, nelle Regioni, a vantaggio dell'esecutivo sul legislativo regionale: cfr. A. Conzutti, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2022.

⁹⁰ Cfr. F. Polacchini, *Nuove emergenze e (possibili?) modifiche del PNRR: profili sostanziali e procedurali*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2022, 910 ss.

⁹¹ Su questo profilo, si v. la ricostruzione di D. Mone, *L'istruttoria legislativa e il sindacato del giudice costituzionale a tutela del principio autonomistico: a proposito della clausola di unità*, in *Rivista AIC*, 4, 2016, 1 ss.

⁹² E riguarda il rafforzamento delle autonomie (non solo per il PNRR) «mediante un irrobustimento delle loro strutture amministrative e l'attribuzione di risorse ulteriori [per] sviluppare la loro autonomia, anche a fini di coesione territoriale»: cfr. N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, 1, 2022, XI ss.

⁹³ Cfr. E. Catelani, *Profili costituzionali del PNRR*, *Lettera AIC*, 5, 2022; nonché, da ultimo: A. Dirri, *La leale cooperazione nell'assetamento del PNRR: un regionalismo "esecutivo" per il superamento dei divari territoriali*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2024, 166 ss.

⁹⁴ Come già rilevato in Corte dei conti, *Relazione sullo stato di avanzamento del Piano*, marzo 2022.

costituzionale⁹⁵. Al contrario, questo principio si fonda sulla sintesi e il bilanciamento armonico tra esigenze di unità e istanze di differenziazione, e richiede, per inverarsi, la previsione – e il rafforzamento – procedure negoziali, strumenti e sedi (forse, come pure si è prospettato nel tempo e in alcune proposte della XVIII Legislatura, anche di rango costituzionale)⁹⁶ che consentano l'inclusione dei territori nei processi di decisione politica. Questo – anche in virtù delle prospettive in atto di differenziazione regionale⁹⁷ – affinché le sedi di raccordo possano assolvere, in misura sostanziale, a quella funzione «unificante»⁹⁸ che le è propria; e possano farlo, ancorché nella fase esecutiva, valorizzando il ruolo dei territori (soprattutto, delle Regioni) nell'attuazione del *Piano*, perché le opportunità – senza precedenti – cui questo può condurre, incontrano come punto di caduta la realizzazione di politiche perequative, per la garanzia dei diritti e la composizione dei divari territoriali⁹⁹, che dipendono anche dallo svolgimento di processi di effettiva cooperazione tra tutte le Istituzioni coinvolte¹⁰⁰.

Abstract. La ricerca considera la relazione dinamica tra Stato e Regioni in Italia, assumendo il punto di vista del sistema delle conferenze nelle vicende del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*. Essa si svolge lungo tre assi tematici principali: il primo ricostruisce, per linee essenziali, le coordinate teoriche e ordinamentali di riferimento, analizzando formanti e modalità del raccordo interistituzionale in Italia. Il secondo riflette sulle vicende del PNRR, dal punto di vista del ruolo dell'attività delle Conferenze nelle fasi di elaborazione, attuazione e modifica, osservando le diverse modalità impiegate nell'avvicendamento tra i Governi Conte II, Draghi e Meloni. Il terzo, infine, sulla base dell'analisi condotta, svolge alcune considerazioni conclusive sul rendimento e sul ruolo che l'attuazione del principio di leale collaborazione può assumere per rilanciare le sorti del Autonomie e garantire il perseguimento degli obiettivi del *Piano*.

Abstract. The research considers the dynamic relationship between State and Regions in Italy, taking the point of view of the conference system in the events of the *National Recovery and Resilience Plan*. It unfolds along three main thematic axes: the first reconstructs, by essential

⁹⁵ Cfr. E. Catelani, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2020, 505; da ultimo, su questo aspetto, si v. altresì: *Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri*, 23 ottobre 2023.

⁹⁶ Si tratta del A.S. 1825 del 2020, sul quale si v. G. Sobrino, *I raccordi Stato-Regioni e le possibili modifiche del bicameralismo conseguenti alla riduzione del numero dei parlamentari*, in *federalismi.it*, 20, 2022, 233 ss. Sulla ipotesi di costituzionalizzazione, in generale, da ultimo, si v. L. Castelli, *Il sistema delle conferenze. Terza Camera o sede di ratifica?*, Bologna, 160 ss.; con riferimento alle ipotesi pregresse, invece, si v. A. Piraino, *La costituzionalizzazione (diretta ed indiretta) del sistema delle conferenze (art. 118.3)*, in *Federalismi.it*, 2, 2006, 1 ss.

⁹⁷ Sul punto, si vv. S. Staiano, *Salvare il regionalismo dalla differenziazione dissolutiva*, in *federalismi.it*, 7, 2023, V ss.; A. Patroni Griffi, *Considerazioni sull'autonomia regionale differenziata e sui presupposti costituzionali della sua attuazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Pietro Ciarlo*, Napoli, III, 2022; A. Lucarelli, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, in Id., A. Patroni Griffi (a cura di), *Regionalismo differenziato o trasformazione della forma di Stato?*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 1, 2019, 2 ss. Da ultimo, si v. L. Chieffi, *I persistenti dubbi di conformità a costituzione del d.d.l. recante «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione»*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 1, 2024, 310 ss.; inoltre, con riferimento al rapporto tra differenziazione e principio di solidarietà, si v. F. Zammartino, *Alcune note sul valore della solidarietà quale principio costituzionale*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 1, 2024, 446 ss.

⁹⁸ Così: C. Caruso, *Cooperare per unire*, cit., 308.

⁹⁹ Cfr. B. Caravita, *PNRR e Mezzogiorno: la cartina di tornasole di una nuova fase dell'Italia*, in L. Bianchi, B. Caravita (a cura di), *Il PNRR alla prova del Sud*, Napoli, 2021, 14 ss.

¹⁰⁰ Cfr. U. Ronga, *La Cabina di regia nel procedimento di attuazione del PNRR. Quale modello di raccordo tra Stato e Autonomie?*, cit., 57 ss.

lines, the theoretical and ordinamental coordinates of reference, analysing formants and modalities of inter-institutional connection in Italy. The second reflects on the events of the *NRRP*, from the point of view of the role of the activity of the Conferences in the phases of drafting, implementation and review, observing the different methods employed in the alternation between the Conte II, Draghi and Meloni Governments. Finally, the third, on the basis of the analysis conducted, makes some concluding considerations on the performance and role that the implementation of the principle of loyal cooperation can play in relaunching the fortunes of the Autonomies and ensuring the pursuit of the *Plan's* objectives.

Parole chiave. Raccordi interistituzionali – sistema delle Conferenze – indirizzo politico multilivello – *PNRR* – principio di leale collaborazione.

Key words. Interinstitutional links – Conference system – multi-level policy-making – *NRRP* – principle of loyal cooperation.

INCENTIVI E DISINCENTIVI ALLA REALIZZAZIONE DI INVESTIMENTI NEL SETTORE DELLE ENERGIE RINNOVABILI: QUESTIONI IN TEMA DI AFFIDAMENTO E TUTELA*

di Biancamaria Raganelli** e Ilenia Mauro***

689

Sommario. 1. Il quadro regolatorio di riferimento in materia di promozione e sviluppo della produzione di energia da fonti rinnovabili. – 2. Alcune recenti modifiche in materia di politica energetica. – 3. Il c.d. principio europeo di *legitimate expectation* dell'operatore economico. – 4. L'interpretazione e i chiarimenti forniti dalla giurisprudenza amministrativa sui poteri di verifica e controllo e la tutela del legittimo affidamento. – 5. La posizione della Corte costituzionale. – 6. L'attività interpretativa della Corte di Giustizia dell'UE con funzioni di *rule making*. – 7. Le verifiche rimesse al giudice nazionale. – 8. Alcune riflessioni conclusive.

1. Il quadro regolatorio di riferimento in materia di promozione e sviluppo della produzione di energia da fonti rinnovabili. La disciplina europea per la promozione e incentivazione delle energie rinnovabili è evoluta in maniera significativa negli ultimi 15 anni, nutrita da un complesso sistema di fonti e articolata in una «stratificazione» di norme sovranazionali, interne, primarie e secondarie.

Come noto, le c.d. fonti di energia rinnovabile costituiscono alternative ai combustibili fossili. L'energia eolica, solare, idroelettrica, oceanica, geotermica, biomassa e biocarburanti contribuiscono a ridurre le emissioni di gas a effetto serra, a diversificare l'approvvigionamento energetico e a ridurre la dipendenza dai mercati volatili e inaffidabili dei combustibili fossili, in particolare del petrolio e del gas. Nel 2021 le energie rinnovabili hanno rappresentato il 21,8 % del consumo finale lordo di energia dell'UE¹. Nel 2023 l'obiettivo dell'UE in materia di energie rinnovabili per il 2030 è stato innalzato al 42,5 % mirando a raggiungere il 45 %.

La base giuridica dello sviluppo della disciplina europea secondaria e nazionale di recepimento è fornita dall'art. 194 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, secondo cui nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: garantire il funzionamento del mercato dell'energia; garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione; promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili; promuovere l'interconnessione delle reti energetiche.

* Sottoposto a referaggio.

** Professoressa Associata di Diritto dell'Economia – Università di Roma Tor Vergata.

*** Giurista d'impresa. Tutte le opinioni rappresentate nel presente articolo appartengono esclusivamente all'Autore del contenuto e non rappresentano quelle di persone, istituzioni, società o organizzazioni a cui l'Autore può essere associato a titolo professionale o personale, se non diversamente indicato.

¹ A livello internazionale, in base ai dati dell'ultimo report dell'*International Renewable Energy Agency* (cd. IRENA), l'84% di tutta la capacità elettrica aggiunta nel 2022 è stata ottenuta da fonti rinnovabili; percentuale in aumento nel 2023, che ha raggiunto l'86%.

A tal fine, è previsto che il Parlamento europeo e il Consiglio, stabiliscano le misure necessarie per conseguire gli obiettivi citati, adottate previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni.

Il Trattato chiarisce che le misure citate non incidono sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico. Il Consiglio può tuttavia stabilire le misure principalmente di natura fiscale, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo.

Come evidenziato in letteratura, gli interventi per sostenere le imprese nel settore energetico tradizionalmente sono stati affrontati come una questione eminentemente nazionale e gli aiuti sono stati sottoposti alla ferrea regola del divieto di cui all'art. 107, TFUE. L'impostazione è cambiata più recentemente, tenuto conto dell'interpolazione sussistente fra l'intervento di uno Stato e quello degli altri *partner* europei. Il ruolo dei soggetti pubblici è mutato in molti settori dell'economia, con un forte impulso armonizzatore svolto dall'Unione europea, a partire dalla crisi pandemica e poi proseguito con la crisi energetica riconducibile alle guerre in Ucraina e Israele. Quello energetico è un settore fondamentale dell'economia europea che riguarda interessi consolidati, involge questioni di geopolitica e rappresenta un elemento importante dal punto di vista macroeconomico².

A partire dal 2021 sono state avanzate una serie di proposte volte a rivedere e aggiornare la legislazione dell'UE in materia di energia, clima e biodiversità. Il pacchetto comprendeva proposte riguardanti la direttiva sulle energie rinnovabili, la direttiva sull'efficienza energetica, la direttiva sulla tassazione dei prodotti energetici, la direttiva sulla prestazione energetica nell'edilizia, il pacchetto sul mercato dell'idrogeno e del gas decarbonizzato, il regolamento sulla riduzione delle emissioni di metano nel settore dell'energia, un Fondo sociale per il clima e molte altre proposte.

Con la direttiva 2001/77/CE l'Unione Europea, a seguito degli impegni alla riduzione delle emissioni inquinanti previste in ambito internazionale dal Protocollo di Kyoto adottato nel 1997, definiva il quadro comune per la promozione dell'energia da fonti rinnovabili, recepita nell'ordinamento nazionale con il d.lgs. n. 387/2003. In applicazione dei principi generali del diritto dell'Unione, il meccanismo incentivante costituiva una misura necessaria al raggiungimento di obiettivi strategici ma, al contempo, provvisoria, in quanto destinata a permanere solo fino alla equiparazione fra i costi d'investimento per l'installazione di impianti di energia rinnovabile e quelli previsti per altre forme di generazione elettrica. Il meccanismo risultava di fatto già in tensione con i principi in tema di divieto di aiuti di Stato e con la tutela della concorrenza nel mercato. Il d.lgs. n. 387/2003, di recepimento in Italia, individua gli obiettivi nella promozione di un maggior contributo delle fonti energetiche rinnovabili alla produzione di elettricità nel relativo mercato italiano e comunitario e nel favorire lo sviluppo di impianti di microgenerazione elettrica alimentati da fonti rinnovabili.

La direttiva sulle energie rinnovabili del 2009 stabiliva che entro il 2020 il 20 % del consumo finale lordo di energia dell'UE e il 10 % del consumo energetico del settore dei trasporti di ogni Stato membro sarebbero dovuti provenire da fonti rinnovabili. Definiva diversi meccanismi che gli Stati membri potevano applicare per promuovere gli investimenti nelle fonti di energia rinnovabili. Questi sono stati chiamati a sviluppare traiettorie indicative per

² Sul punto tra gli altri, G. Luchena, *Crisi energetica e aiuti di Stato*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'economia*, 1, 2022, 129 ss.; Id., *Programmazione multilivello dell'economia e condizionalità*, in *Federalismi.it*, *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia*, 22 febbraio 2022; Id., *Transizione ecologica*, *Atti del Convegno L'attuazione nazionale del Recovery Fund e il futuro dell'Europa*, in *Passaggi costituzionali*, 2021; G. Cerrina Feroni, *Contesto e prospettive delle energie rinnovabili in Italia: tra diritto e politica*, in *Federalismi.it*, 25 giugno 2014.

conseguire i loro obiettivi, a presentare piani d'azione nazionali per le energie rinnovabili e pubblicare ogni due anni relazioni nazionali sullo stato di avanzamento delle energie rinnovabili.

Una versione riveduta della direttiva sulle energie rinnovabili è entrata in vigore a dicembre 2018 e ha stabilito un nuovo obiettivo vincolante per l'UE in materia di energie rinnovabili pari ad almeno il 32 % dei consumi energetici finali lordi entro il 2030 e un obiettivo più ambizioso, pari al 14 %, per quanto riguarda la quota di energia rinnovabile nel settore dei trasporti entro il 2030. Il Regolamento europeo 2018/1999 prevede che gli Stati membri dell'Unione propongano obiettivi energetici nazionali e definiscano piani nazionali decennali per l'energia e il clima per il periodo 2021-2030 da presentare entro marzo 2023. Tali piani sono monitorati ogni due anni attraverso relazioni sullo stato di avanzamento e sono valutati dalla Commissione, che può adottare misure a livello dell'UE per garantire la loro coerenza con gli obiettivi generali dell'Unione.

2. Alcune recenti modifiche in materia di politica energetica. Si è giunti, poi, alla dir. UE 2023/2413, frutto di tre importanti modifiche in materia di politica energetica.

La prima modifica volta ad allineare gli obiettivi dell'Unione in materia di energie rinnovabili alla sua nuova ambizione climatica, aumentando l'obiettivo vincolante di fonti energetiche rinnovabili per l'UE al 40 % entro il 2030 e promuovendo la diffusione di combustibili rinnovabili, come l'idrogeno, nell'industria e nei trasporti con obiettivi secondari aggiuntivi. La seconda (piano *REPowerEU*) introdotta a seguito dell'aggressione russa nei confronti dell'Ucraina, è finalizzata ad accelerare la transizione verso l'energia pulita in linea con la decisione di eliminare gradualmente la dipendenza dai combustibili fossili russi, innalzando l'obiettivo vincolante di fonti energetiche rinnovabili per l'UE al 45 % entro il 2030 attraverso l'installazione di pompe di calore, l'aumento della capacità solare fotovoltaica e l'importazione di idrogeno rinnovabile e biometano.

Nel 2022 è stata introdotta una terza modifica (sotto forma di regolamento del Consiglio) per accelerare la diffusione delle energie rinnovabili presumendo che gli impianti di energia rinnovabile siano di interesse pubblico prevalente, il che consentirebbe autorizzazioni più rapide per i progetti in materia di energie rinnovabili e deroghe specifiche alla legislazione ambientale dell'UE.

A fine 2023 l'aggiornamento della direttiva sulle energie rinnovabili ha portato al 42,5 % l'obiettivo per il 2030 in materia di fonti energetiche rinnovabili, mentre gli Stati membri puntano a raggiungere il 45 %. Si accelera il processo di rilascio delle autorizzazioni per costruire centrali elettriche nuove a energia rinnovabile, come pannelli solari o parchi eolici, così definendo il tempo massimo per l'approvazione dei nuovi impianti in 12 mesi nelle zone di riferimento per le energie rinnovabili e 24 mesi altrove. Nel settore dei trasporti, invece, sono definiti i seguenti obiettivi: 29 % per la quota di energia rinnovabile entro il 2030 o una riduzione del 14,5 % delle emissioni di gas a effetto serra attraverso un uso maggiore di biocarburanti avanzati e combustibili rinnovabili di origine non biologica, come l'idrogeno. Per l'industria si applica un obiettivo vincolante del 42 % di idrogeno rinnovabile nel consumo totale di idrogeno entro il 2030 e del 60 % entro il 2035, nonché un obiettivo indicativo di un aumento medio annuale delle fonti di energia rinnovabili di 1,6 punti percentuali. Ciascuno Stato membro è chiamato inoltre a stabilire un obiettivo indicativo del 5 % della nuova capacità di energia rinnovabile installata proveniente da tecnologie innovative entro il 2030.

Dal punto di vista fiscale, invece, a metà 2021 la Commissione ha avviato il percorso di revisione della direttiva sulla tassazione dei prodotti energetici (2003/96/CE), pubblicando una proposta, con cui chiede di allineare la tassazione dei prodotti energetici alle politiche

dell'UE in materia di ambiente e clima e allo stesso tempo promuovere le tecnologie pulite, eliminando esenzioni obsolete e aliquote ridotte attualmente previste in caso di uso dei combustibili fossili.

Sul versante strettamente nazionale, ai fini che qui rilevano, si segnala, tra le importanti novità per il mercato energetico, la redazione di un quadro normativo definito per lo sviluppo delle c.d. Comunità Energetiche Rinnovabili («CER») a qualche anno di distanza dell'entrata in vigore dell'art. 31, d.lgs. n. 199/2021, che ha introdotto in Italia una disciplina specifica in materia. Con decreto del 23 febbraio 2024, il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza energetica è intervenuto in attuazione del d.m. 7 dicembre 2023, approvando le «regole operative per l'accesso al servizio per l'autoconsumo diffuso e al contributo PNRR» elaborato dal GSE, per definire modalità e tempistiche per richiedere le due tipologie di incentivo previste: i contributi in conto esercizio e quelli in conto capitale³. Le Comunità Energetiche Rinnovabili rappresentano un importante cambiamento nel rapporto tra cittadini ed energia e un passo fondamentale nella promozione dell'autoconsumo di energia da fonti rinnovabili e nel raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità che l'Europa si è posta entro il 2030.

In questo contesto europeo e nazionale di recepimento, si inserisce la complessa normativa secondaria che contiene la disciplina delle diverse forme di incentivazione, costituita dai numerosi atti regolamentari e amministrativi generali, anche di *soft law* quali *Linee Guida*, *Regole Applicative* e *Istruzioni Operative* finalizzate ad uniformare l'azione amministrativa degli enti muniti di competenze in materia, tra cui prevalentemente il Gestore dei Servizi Energetici⁴.

3. Il c.d. principio europeo di *legitimate expectation* dell'operatore economico. La normativa in materia di incentivazione della produzione di energia elettrica rappresenta un campo di applicazione privilegiato del principio del legittimo affidamento dell'operatore economico che, già a partire dalle elaborazioni giurisprudenziali della Corte di Giustizia degli anni '70 del secolo scorso, ha trovato riconoscimento nell'ordinamento europeo.

Il quadro regolatorio di riferimento attribuisce al privato un beneficio in assenza del quale l'attività economica, presumibilmente, non sarebbe stata compiuta o sarebbe compiuta in forme e in quantità diverse. Inoltre, in virtù di tale normativa si instaura un rapporto di durata tra il privato e l'amministrazione⁵.

Come noto, la *legitimate expectation* conduce – nella giurisprudenza sovranazionale – a ritenere che una situazione di vantaggio riconosciuta ad un privato da un atto dell'autorità amministrativa, non può essere successivamente rimossa, se non a fronte della necessità di salvaguardare un interesse pubblico rilevante. Da tale rivalutazione dell'interesse pubblico conseguirebbe il riconoscimento di una tutela indennitaria a favore del privato, che ristori del venir meno della posizione acquisita⁶. Il diritto di avvalersi di tale principio, secondo consolidata giurisprudenza europea, presuppone che rassicurazioni «precise», «incondizionate» e «concordanti», provenienti da fonti autorizzate e affidabili, siano state

³ Sul sito del GSE sono ora online i portali per l'invio delle richieste dei contributi per le CER. <https://www.gse.it/servizi-per-te/autoconsumo/gruppi-di-autoconsumatori-e-comunita-di-energia-rinnovabile>.

⁴ Tra gli altri, i c.d. «conti energia» per la fonte fotovoltaica (d.m. 28 luglio 2005, 19 febbraio 2007, 6 agosto 2010, 5 maggio 2011); il d.m. 28 dicembre 2012 per quanto riguarda il meccanismo dei titoli di efficienza energetica («certificati bianchi»); i d.m. 6 luglio 2012 e 23 giugno 2016 per l'incentivazione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico.

⁵ Per un approfondimento, si veda F. Scalia, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, in *Il diritto dell'economia*, 98, 2019, 229-267.

⁶ Sulla qualificazione del principio del legittimo affidamento come uno dei principi fondamentali dell'Unione Europea, Corte Giust., *Agrargenossenschaft Neuzelle*, sentenza del 14 marzo 2013, causa C- 545/11.

fornite all'interessato dalle autorità competenti dell'Unione. Tale diritto spetta a qualsiasi soggetto in capo al quale un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione abbia ingenerato aspettative fondate, fornendogli precise rassicurazioni⁷.

La nozione del legittimo affidamento nasce in alcuni ordinamenti domestici e poi viene integrata nell'ordinamento europeo per il tramite della Corte di giustizia e della sua attività di *rule making*, secondo il c.d. *legal transplant*, fenomeno di interazione degli ordinamenti multilivello che compongono l'Unione europea. In particolare, i principi giuridici dell'attività amministrativa di matrice europea e quelli rivenienti dalle esperienze giuridiche nazionali si integrano nello *ius commune* attraverso la rete tra Corti nazionali e Corte di giustizia. Un fenomeno riconducibile al processo interattivo tra *jura particularia* convergenti funzionalmente verso uno *jus commune*, che si affianca al processo di armonizzazione delle discipline nazionali nei diversi settori⁸. Il meccanismo di «contagio o influenza tra principi» può avvenire in senso «ascendente», dagli ordinamenti nazionali a quello sovranazionale, ovvero «discendente», ma anche in senso «ciclico», con l'effetto di produrre una sorta di osmosi di esperienze e categorie con conseguente tendenziale convergenza fra diversi modelli amministrativi a livello europeo.

Nell'ordinamento tedesco il principio del legittimo affidamento nasce come corollario di quello di certezza del diritto, il c.d. *rechtssicherheit*, connesso al brocardo *non venire contra factum proprium*, che evoca la non contraddizione tra l'atto e il proprio precedente comportamento. Dagli inizi del Novecento la dottrina ha attribuito notevole rilevanza al principio dell'affidamento del cittadino, nei confronti di altri soggetti privati, ma anche e soprattutto dei soggetti pubblici, considerandolo come una ramificazione del principio della certezza del diritto⁹. La dottrina, ha riconosciuto rilevanza al principio trovando affermazione nei rapporti tra privati, ma soprattutto in quelli tra i privati e la pubblica amministrazione. Si è quindi posto come parametro di legittimità dell'*agere* amministrativo lesivo dell'affidamento nel perdurare di una condizione vantaggiosa, divenendo principio fondamentale dello Stato di diritto¹⁰.

Nell'ordinamento inglese, il principio è riconducibile al c.d. *estoppel principle*, secondo cui se

⁷ La Corte di Giustizia ha stabilito per la prima volta che il principio della tutela dell'affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario con la sentenza *Töpper*, Corte di giustizia, *Töpper*, sentenza del 3 Maggio 1978, causa C-12/77. Corte Giust, *Kabla Thüringen Porzellan/Commissione*, sentenza del 16 dicembre 2010, causa C-537/08 P, punto 63; Id, *HGA e a./Commissione*, sentenza del 13 giugno 2013, causa da C-630/11 P a C-633/11 P, punto 132.

⁸ Sul punto si veda, tra gli altri, E. Chiti, *L'evoluzione del sistema amministrativo europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 684; M. P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008, 174.; M. Aloise, *Effetti del diritto comunitario sulle situazioni giuridiche soggettive tutelate dal diritto amministrativo italiano*, in *opiniojuris.it*, 1998.; A. Massera, *Note minime sul diritto amministrativo dell'integrazione europea*, in *Ciencia de la Legislación*, 2, 2009. Si veda, tra gli altri, anche a C. Contessa, *I principi regolatori dell'azione amministrativa fra diritto nazionale ed eurounitario*, in *dirittoamministrativo.it*, 2020; M. Bacci, *L'evoluzione del principio del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea e degli Stati membri*, in *masterdirittoprivatoeuropeo.it*, 2015.; R. Sestini, *Legittimo affidamento e certezza giuridica*, in www.agatif.org/download/2012-Lionerel-Sestini.pdf, 2-3, 2012.; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 177 ss.

⁹ La Corte costituzionale della Repubblica Federale Tedesca, sostenendo la meritevolezza di tutela dell'affidamento di un cittadino che abbia legittimamente confidato nel perdurare di una condizione per lui vantaggiosa, lo ha definito come un principio fondamentale dello Stato di diritto (BVerfGE, 18 dicembre 1953, n. 15; 24 luglio 1957, n. 14; 14 Marzo 1963 n. 30; 29 gennaio 1969, n. 20; 20 aprile 1982, n. 20; 3 giugno 1992, n. 15).

¹⁰ BVerfGE, 3, 237 (sent. n. 15 del 18 dicembre 1953); BVerfGE, 7, 89 ss. (sent. n. 14 del 24 luglio 1957); BVerfGE, 15, 319 (sent. n. 30 del 14 marzo 1963); BVerfGE, 25, 167 ss. (sent. n. 20 del 29 gennaio 1969); BVerfGE, 27, 297 ss. (sent. n. 28 del 16 dicembre 1969); BVerfGE, 60, 267 (sent. n. 20 del 20 aprile 1982); BVerfGE, 86, 268 II, 327 (sent. n. 15 del 3 giugno 1992).

un soggetto, con le sue parole o un suo comportamento, induce un altro a confidare su una situazione di apparenza, non gli è consentito successivamente di agire in contraddizione con l'affidamento ingenerato, se ciò condurrebbe ad un risultato in contrasto con «giustizia ed equità».

Nell'ordinamento italiano, il legittimo affidamento può essere considerato esplicazione del dovere di buona fede, che si fa discendere dal dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che consiste nell'esercitare i diritti in maniera tale da non comportare un eccessivo sacrificio della sfera giuridica altrui¹¹. Nel contesto nazionale, il legittimo affidamento nel rapporto amministrazione-privato è stato tradizionalmente improntato su una tutela demolitoria ed è divenuto principio e canone di comportamento con il tempo, in quanto ritenuto assorbito dall'interesse pubblico sotteso all'esercizio del potere amministrativo¹².

Quanto ai presupposti operativi del principio di legittimo affidamento, rilevano un profilo oggettivo ed uno soggettivo: il vantaggio attribuito da un atto amministrativo unitamente al decorso di un ragionevole lasso di tempo tale da ingenerare l'aspettativa verso il consolidamento del vantaggio stesso, e la buona fede non colposa del destinatario dell'atto ampliativo.

Taluna dottrina sostiene che per l'ordinamento comunitario il principio di legalità formale possa arretrare di fronte alla necessità di assicurare la stabilità dei rapporti giuridici, privilegiando l'intangibilità di un provvedimento attributivo di un vantaggio in favore di un privato che abbia confidato, in buona fede, sulla stabilità del beneficio concesso¹³. Attraverso la c.d. «giurisprudenza creativa» della Corte di giustizia sorgono le premesse per l'emersione di un diritto europeo alla parità, intesa come assenza di ingiustificate posizioni di privilegio del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Così, a partire dalla sentenza *Töpfer* viene espressamente riconosciuta la tutela dell'affidamento, così sancendo l'ingresso del principio del legittimo affidamento nell'ordinamento giuridico europeo, la cui inosservanza determina una violazione del trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione¹⁴.

Mentre nell'elaborazione giuridica nazionale il principio in esame assurge a regola di comportamento del contegno amministrativo, nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione esso rappresenta una regola di carattere generale, c.d. attizia, volta a limitare il potere amministrativo di disconoscere i vantaggi riconosciuti con pregressi atti (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4392/2020). Sotto il profilo oggettivo, impone da un lato che le norme di diritto

¹¹ Nella dottrina italiana, tra gli altri, L. Vagni, *La regola dell'affidamento nel diritto comune europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2013, 573 ss.; S. Bastianon, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, 27; G. Grasso, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in sna.gov.it/www.sspa.it/wp-content/uploads/2010/04/rilievoprincipiolegittimo-affidamento.pdf, 2010, 6; M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008, 12 ss.; G. Falcon, *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, 360; D.U. Galetta, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro amm. TAR*, 6, 2008, 1912 ss.; Id., *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Foro amm. TAR*, 4, 2008, 757 ss.; F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta all'alternanza»*, Milano, 2001, 21 ss.; L. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento del cittadino tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998; E. Castorina, *«Certezza del diritto» e ordinamento europeo: riflessioni attorno ad un principio «comune»*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1998, 1194 ss.; P. Mengozzi, *Da un case by case balance of interests a un two step analysis approach nella giurisprudenza comunitaria in tema di tutela del legittimo affidamento*, in *Aa.Vv., Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, 1998, 638 ss.

¹² E. Guicciardi, Recensione a K. H. Schmitt, *Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, in *Archivio giuridico di diritto pubblico*, 1936, 556 ss.

¹³ Così F. Caringella, L. Tarantino, *Lezioni e sentenze di diritto amministrativo*, Roma, 2012, 590 ss.

¹⁴ Corte Giust. *Töpfer c. Commissione*, sentenza del 3 maggio 1978, causa 112/77.

siano chiare e precise e, dall'altro, che la loro applicazione sia prevedibile per i soggetti dell'ordinamento, in particolare quando possono avere conseguenze sfavorevoli sugli individui e sulle imprese. Presuppone che una normativa consenta agli interessati di conoscere con esattezza la portata degli obblighi che essa impone loro e che questi ultimi possano conoscere senza ambiguità i loro diritti e i loro obblighi e regolarsi di conseguenza. Sotto il profilo soggettivo, invece, è funzionale ad assicurare la tutela delle singole situazioni giuridiche.

Il legittimo affidamento del privato risulti tutelabile solo ove, in sede di giudizio di comparazione, esso sia prevalente rispetto all'interesse pubblico contrapposto, mentre ove si trovi in rapporto dialettico con un interesse pubblico di natura inderogabile, la tutela del principio in esame risulterà recessiva. Come chiarito dalla Corte di giustizia, la possibilità di avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento è concessa a ogni operatore economico in capo al quale un'autorità nazionale ha fatto sorgere aspettative fondate, ma la tutela dello stesso dipende dalla comparazione degli interessi in gioco e dal caso specifico. Tuttavia, come si chiarirà meglio di seguito, qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento atto a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio di tale principio nel caso in cui tale provvedimento sia adottato¹⁵.

Un caso emblematico in cui la tutela del legittimo affidamento è stata invocata ha riguardato alcune banche nazionali slovene durante la crisi finanziaria 2007 che chiedevano di ottenere il salvataggio con denaro pubblico. Nel caso *Kotnik*, la Corte di giustizia ha dichiarato che gli azionisti e i creditori subordinati delle banche oggetto di misure *burden sharing* non possono avvalersi del principio di tutela del legittimo affidamento per opporsi all'attuazione delle stesse¹⁶. Il diritto di avvalersi di tale principio, secondo consolidata giurisprudenza, presuppone che assicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate e affidabili, siano state fornite all'interessato dalle autorità competenti dell'Unione e comunque, la tutela della stabilità finanziaria è stata ritenuta prevalente nel caso specifico, così supportando la virata europea dal *bail-out* al *bail-in* nella gestione delle crisi bancarie¹⁷. L'affermazione della Corte di Giustizia ha una portata di grande rilievo, anche in considerazione del valore di diritto primario riconosciuto ai principi sanciti dalla sua giurisprudenza. Essa statuisce che il potere discrezionale delle istituzioni europee è in grado di prevalere sul principio del legittimo affidamento.

4. L'interpretazione e i chiarimenti forniti dalla giurisprudenza amministrativa sui poteri di verifica e controllo e la tutela del legittimo affidamento. Nell'ordinamento nazionale, come noto, i principi europei sono annoverati tra i principi generali dell'azione legislativa e amministrativa per il tramite, rispettivamente, dell'art. 117, c. 1, Cost., e dell'art. 1, c. 1, della legge generale sul procedimento amministrativo, la l. n. 241/1990.

¹⁵ Corte Giust, *SD/Agrárminiszter*, sentenza del 16 ottobre 2019, causa C-490/18. In letteratura vedi J. Temple Lang, *Legal certainty and legitimate expectations as general principles of law*, in U. Bernitz, J. Nergelius, *General principles of EC law*, The Hague, 1999, 170.

¹⁶ Corte Giust., Grande Sezione, *Kotnik e a. - Pres. K. Lenaerts - Avvocato generale N. Wahl*, sentenza del 19 luglio 2016, causa C-526/14 - Per un commento tra gli altri B. Raganelli, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2016.

¹⁷ Il fatto che nel corso della prima fase della crisi finanziaria internazionale si sia fatto un massiccio ricorso a forme di ricapitalizzazioni pubblicistiche, senza che i creditori subordinati fossero stati invitati a contribuire al salvataggio degli istituti di credito, non consente ai creditori di cui al procedimento principale di avvalersi del principio di tutela del legittimo affidamento. Infatti, tale circostanza non integra gli estremi di una assicurazione precisa, incondizionata e concordante, in grado di far sorgere in capo ad azionisti e creditori subordinati un legittimo affidamento a non essere sottoposti in futuro a misure di condivisione degli oneri.

Come ricordato, il principio del legittimo affidamento rappresenta un canone dell'azione amministrativa e corollario della certezza del diritto e del buon andamento della pubblica amministrazione¹⁸. Esso mira a realizzare un giusto equilibrio nel rapporto tra amministrazione ed amministrati e può definirsi quale stato di fiducia del cittadino sull'apparenza delle situazioni e dei fatti, che si consolida grazie al protrarsi di un lungo periodo di tempo.

Una *apparentia iuris*, quindi, che in virtù del tempo e della buona fede si impone al ricorrere di tre elementi che rendono l'affidamento effettivamente tutelabile: l'elemento oggettivo, ossia il provvedimento attributivo del vantaggio; l'elemento soggettivo, ossia la buona fede del privato destinatario del beneficio; e l'elemento temporale, ossia il decorso di un certo lasso di tempo¹⁹.

Ebbene, nel contesto di riferimento, il tema della tutela del legittimo affidamento si è posto con specifico riferimento alle modifiche normative di disposizioni incentivanti, cui corrispondono, nel tempo, opposti orientamenti della giurisprudenza costituzionale e di legittimità²⁰. Dapprima, infatti, esigenze di tutela dell'affidamento legittimo si sono poste per i produttori attivi nel campo della produzione di energia da fonte idrica²¹, tuttavia, l'ambito nel quale si consolida più di recente l'orientamento interpretativo della Consulta sul principio del legittimo affidamento applicato alla normativa sopravvenuta in materia di incentivazione dell'energia prodotta da fonti rinnovabili è il fotovoltaico.

In questa sede, ci si soffermerà sulla invocata lesione dell'affidamento dei beneficiari di incentivi per la produzione di energia da fonte solare ad opera del cd. spalma incentivi²², in virtù del quale dal 2015 le tariffe incentivanti spettanti per impianti con potenza superiore ai

¹⁸ La letteratura sul principio del legittimo affidamento è vasta. Il primo e più risalente studio in argomento è di F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

¹⁹ In tal senso, M. Caprioli, *Il potere di autotutela della P.A. in seguito all'entrata in vigore della l. 124/2015 (Legge Madia)*, in *Dir. e giurisprudenza*, 3, Roma, 2016, 116 ss. Giova rammentare, tuttavia, l'esistenza di una dottrina critica al riconoscimento di una correlazione netta tra il principio della certezza del diritto e del legittimo affidamento. Invero, nelle elaborazioni giurisprudenziali in materia, a volte il principio della tutela dell'affidamento è definito un corollario del principio di certezza; talaltra la giurisprudenza sottolinea la diversità dei due principi e dei presupposti per la loro applicazione, in ragione della valenza soprattutto oggettiva del principio di certezza, posto a presidio di valori ordinamentali, quali l'efficienza e l'efficacia, e invece soggettiva dell'altro, nel quale prevale l'interesse dei privati alla stabilità delle proprie aspettative. Così, M. Gigante, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II., 135, Milano, 2017.

²⁰ F. Scalia, nel saggio citato, ricorda come il tema si sia posto: «[...] non solo nei confronti di leggi retroattive in senso proprio, quanto- soprattutto- di leggi caratterizzate da una retroattività impropria, in quanto formalmente pro futuro, ma incidenti su rapporti di durata sorti in forza della normativa dalle stesse modificate». La definizione di retroattività impropria è offerta da V. Onida, *Poteri pubblici e tutela dell'affidamento*, in E. Bruni Liberati, M. De Focatiis, A. Travi (a cura di), *Il difficile mercato. Tutela dell'affidamento, regolazione del retail e repressione degli abusi nella disciplina dei settori energetici*, Milano, 2007. Secondo l'A., si parla di «retroattività propria» quando la legge attribuisce una nuova qualificazione giuridica a fatti già avvenuti, incidendo in senso modificativo su effetti giuridici già prodotti; si ha «retroattività impropria» quando la legge reca, per il futuro, innovazioni sui presupposti e sugli elementi costitutivi del trattamento giuridico di rapporti già in corso, sorti sulla base delle norme preesistenti, e destinati a durare nel tempo, per effetto di nuove valutazioni del legislatore.

²¹ La l. n. 592/1982, riconosceva ai concessionari di grandi derivazioni la possibilità di ottenere una proroga della durata della concessione a fronte dell'assunzione- da parte degli operatori economici- degli investimenti necessari a conseguire un aumento di potenza e di produzione di energia. Effettuati gli interventi richiesti dalla legge, il procedimento non giunse mai a conclusione, con la prevista approvazione della convenzione da parte del Ministero dell'Industria, che avrebbe dovuto confermare il prolungamento della concessione, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 79/1999, che ha trasferito alle Regioni le competenze amministrative in materia. Adite le competenti autorità, i giudici amministrativi prima e le Sezioni Unite della Cassazione (Cass. SS.UU., nn. 4194/2016, 4195/2016 e 4196/2016) poi respinsero i ricorsi proposti da quegli operatori che avevano fatto affidamento su una delle leggi di incentivazione poi dichiarata incostituzionale.

²² Art. 26, c. 3, d.l. n. 91/2014 (conv. in l. n. 116/2014).

200 kW sarebbero state rimodulate secondo tre opzioni, tutte peggiorative rispetto ai regimi anteriori, cristallizzati nelle convenzioni stipulate dagli operatori economici con il GSE. La costituzionalità della norma in commento è stata posta in discussione dal Tar Lazio, con sessantatré ordinanze di rimessione, relative ad altrettanti giudizi.

I Giudici rimettenti prospettavano la violazione del principio del legittimo affidamento ad opera della normativa sopravvenuta, incidente su posizioni di vantaggio acquisite e consolidate nella sfera giuridica degli operatori economici, in virtù delle convenzioni sottoscritte con il GSE. Tale lesione venne ricondotta alla violazione degli artt. 3²³ e 41 Cost., e degli artt. 11 e 117, c. 1 Cost., in relazione all'art. 1, Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU e all'art. 6, par. 3, del TUE. Più nello specifico, si sosteneva la violazione dell'art. 3 Cost. per i profili di irragionevolezza e sproporzione dell'intervento normativo avuto riguardo alle finalità perseguite dal legislatore, nonché per i profili di disparità di trattamento tra operatori economici titolari di impianti di energia da fonte fotovoltaica e i restanti operatori economici operanti nel campo delle rinnovabili diverse dal fotovoltaico.

5. La posizione della Corte costituzionale. I dubbi di incostituzionalità prospettati dal Tar Lazio sono stati analizzati e rigettati dalla Corte Costituzionale con la sent. n. 16/2017²⁴, che si è soffermata sulla medesima previsione normativa poi oggetto di scrutinio da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea, ossia l'art. 26, cc. 2 e 3, d.l. n. 91/2014, conv. con mod. in l. n. 116/2014.

La Consulta ribadisce il proprio orientamento consolidato, affermando che l'affidamento del cittadino costituisce un elemento fondamentale e indispensabile di uno Stato di diritto; tuttavia, rigetta la questione di incostituzionalità ritenendo che la sua tutela non osta, in modo assoluto, all'emanazione da parte del legislatore di previsioni normative che modificano in senso sfavorevole la disciplina dei rapporti di durata, con l'unico limite rappresentato dalla illegittimità di una normativa retroattiva in materia penale.

Il ragionamento della Consulta, dunque, si fonda, da un lato, sul criterio di ragionevolezza e, dall'altro, sul bilanciamento degli interessi rilevanti nella vicenda di cui trattasi. Quanto al primo profilo, è noto come il Giudice delle Leggi non abbia mai *tout court* considerato incostituzionale la portata retroattiva di una norma – salvo il menzionato limite di cui all'art. 25, c. 2, Cost. – ritenendo, ad ogni modo, le leggi retroattive «sospette» e, come tali, bisognose di uno scrutinio di ragionevolezza rinforzato²⁵. Tale scrutinio rafforzato, valutato alla luce della *ratio legis* di cui al d.l. n. 91/2014, consente alla Corte di: «[...] escludere che questa [la norma impugnata, *id est* l'art. 26 del testo normativo in commento, n.d.r.] abbia inciso all'interno dei rapporti di durata, riconducibili alle convenzioni stipulate dai fruitori degli incentivi di che trattasi con il GSE, in modo irragionevole, arbitrario e imprevedibile, così da ledere – come si denuncia – il principio evocato». Infatti, afferma la Consulta che il legislatore del 2014 sia intervenuto, nella materia in esame, al dichiarato fine di «favorire una migliore

²³ Dalla fine degli anni '90, la Consulta ha rinvenuto il fondamento costituzionale del principio del legittimo affidamento nell'art. 3 Cost. Si veda, in tal senso, Corte cost., sent. n.108/2016, secondo cui il principio di esame: «... è custodito da una delle molteplici declinazioni dell'art. 3 Cost. Il principio dell'affidamento, benché non espressamente menzionato in Costituzione, trova tutela all'interno di tale precetto tutte le volte in cui la legge ordinaria muti le regole che disciplinano il rapporto tra le parti come consensualmente stipulato».

²⁴ Per una disamina completa del testo, si rinvia alla lettura della sentenza consultabile su <https://www.giurcost.org/decisioni/2017/0016s-17.html>.

²⁵ In dottrina si afferma, sin da epoca risalente, che il principio di irretroattività delle leggi non rappresenta un criterio vincolante per il legislatore, ma piuttosto un criterio direttivo. Così come, in materia extra penale, esso viene indicato quale impegno morale» più che giuridico. Si vedano, in tal senso, R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993, 283 ss.; A. Sandulli, *Il principio di irretroattività delle leggi e la costituzione*, in *Foro amm.*, II, 1947, 73 ss.

sostenibilità nella politica di supporto alle energie rinnovabili» (art. 26, c. 1, d.l. n. 91/2014) e di «pervenire ad una più equa distribuzione degli oneri tariffari fra le diverse categorie di consumatori elettrici», prevedendo a tal proposito che i minori oneri per l'utenza derivanti dalla rimodulazione degli incentivi per gli impianti fotovoltaici siano, appunto, «destinati alla riduzione delle tariffe elettriche dei clienti di energia elettrica in media tensione e di quelli in bassa tensione [...]» (art. 23 d.l. citato).

In definitiva, l'intervento legislativo di cui trattasi non può considerarsi irragionevole, arbitrario o imprevedibile, rispondendo, *a contrario*, ad un interesse pubblico, in termini di equo bilanciamento degli opposti interessi in gioco, volto a coniugare la politica di supporto alla produzione di energia da fonte rinnovabile con la maggiore sostenibilità dei costi correlativi a carico degli utenti finali dell'energia elettrica. Infatti, l'intervento legislativo del 2014 nasceva in un contesto in cui, a fronte della remuneratività delle tariffe incentivanti per i produttori di energia solare, si verificava una ricaduta di tale onere economico sugli utenti finali di energia elettrica. Pertanto, il legislatore avrebbe agito in ottica perequativa, per pervenire ad una distribuzione equa degli oneri tariffari fra le diverse categorie di consumatori elettrici.

Ad ogni modo, anche a fronte del pronunciamento della Consulta, il Tar Lazio²⁶ ha rimesso al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione di compatibilità con i principi generali dell'UE di legittimo affidamento e certezza del diritto della normativa nazionale del cd. spalma-incentivi.

Il dubbio di compatibilità sorgeva anche alla luce della pregressa giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, poiché, nel caso di specie, la modifica normativa avrebbe inciso in senso sfavorevole sulle convenzioni individualmente stipulate con il GSE, prima ancora della loro scadenza. Conseguentemente, i Giudici rimettenti si interrogano se, anche alla luce del criterio dell'operatore economico prudente e accorto, la prevedibilità della modifica normativa peggiorativa possa conseguire ad una diversa considerazione degli interessi in gioco da parte del legislatore nazionale, anche in assenza di circostanze eccezionali che la giustificano e a fronte di convenzioni stipulate tra l'operatore stesso ed una parte pubblica, che fissano la misura dell'incentivo per una durata ventennale.

6. L'attività interpretativa della Corte di Giustizia dell'UE con funzioni di rule making. La Corte di Giustizia dell'Unione europea dal canto suo ha riconosciuto la legittimità delle previsioni di cui agli artt. 26, cc. 2 e 3, nonché dell'art. 3, d.l. n. 91/2014, conv. in l. n. 116/2014 nella parte in cui dispone una revisione delle tariffe incentivanti per la produzione di energia elettrica da impianti fotovoltaici²⁷.

Non ha ritenuto integrata la invocata violazione dei principi di certezza del diritto e del legittimo affidamento, in quanto ha ritenuto che la formulazione della normativa nazionale costituisce un'indicazione sufficientemente chiara per gli operatori economici nel senso che gli incentivi in questione potevano essere modificati o soppressi. In definitiva, è stato ritenuto che la normativa europea in materia di energia «non osta ad una normativa nazionale che prevede la riduzione o il rinvio del pagamento degli incentivi per l'energia prodotta dagli impianti solari fotovoltaici, incentivi precedentemente concessi mediante decisioni amministrative e confermati da apposite convenzioni concluse tra gli operatori di tali impianti

²⁶ Tar Lazio, Sez. III-ter, 28/09/2018, n. 11124. Gli ulteriori parametri di legittimità invocati dai Giudici amministrativi sono stati il principio di leale cooperazione ed effetto utile, nonché gli artt. 16 e 17 della Carta dei Diritti Fondamenti dell'UE riguardanti, rispettivamente, la libertà d'impresa e il diritto di proprietà, con la Dir. CE n. 2009/28/CE e con l'art. 216, par. 2, TFUE, in particolare in rapporto al Trattato sulla Carta europea dell'energia.

²⁷ Corte Giust., Sez. IV, 15/04/2021, C-798/18 e C-799/18.

e una società pubblica, qualora tale normativa riguardi gli incentivi già previsti ma non ancora dovuti».

Nel ragionamento seguito dal giudice europeo, in particolare, rileva, da un lato, che le convenzioni stipulate dall'operatore economico con il GSE, concluse sulla base di contratti-tipo, non assegnavano incentivi agli impianti, ma si limitavano a fissare le modalità della loro erogazione e, con riferimento alle convenzioni siglate dopo il 31/12/2012, il GSE si riservava di modificare unilateralmente le condizioni poste, in caso di eventuali sviluppi normativi. Dall'altro, la Corte di Giustizia dell'Unione europea afferma che le misure introdotte dal cd. spalma incentivi non incidevano su incentivi già riconosciuti, ma esse erano applicabili *pro futuro*, a decorrere dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 91/2014 con riferimento ad incentivi previsti, ma non ancora dovuti.

Con la richiamata sentenza, dunque, la Corte ribadisce il proprio costante orientamento in materia di tutela dell'affidamento legittimo, da scrutinare alla luce del parametro della imprevedibilità, per un operatore prudente e accorto, della modifica legislativa che incida, in senso peggiorativo, su rapporti sorti in virtù della previgente disciplina, e del parametro oggettivo della cd. base affidante, ossia un atto precedente su cui incide la novella legislativa, contenente assicurazioni precise o proveniente da enti e/o soggetti autorizzati e affidabili²⁸. Tuttavia, se è vero che l'operatore economico non può riporre affidamento nel fatto che non interverrà alcuna modifica legislativa, è anche vero che egli può porre in discussione le modalità di applicazione della modifica stessa da parte del legislatore.

Alla luce di quanto precede, il giudice del rinvio è stato chiamato, dunque, a compiere il sindacato, anche di proporzionalità, sulla conformità della normativa nazionale al principio invocato, una volta ottenuti tutti gli elementi interpretativi rientranti nel diritto dell'Unione che possono consentirgli di valutare tale conformità²⁹. A tal fine, il giudice del rinvio può tener conto di tutti gli elementi rilevanti ricavabili dai termini, dalla finalità o dall'economia delle normative in questione.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha, anche successivamente, avuto occasione di analizzare il rapporto tra il sistema normativo dell'incentivazione delle energie rinnovabili e la tutela del legittimo affidamento, ribadendo i principi di diritto già espressi con la citata decisione del 15 aprile 2021.

In particolare, con l'ordinanza del 1° marzo 2022³⁰, la Sezione Decima della Corte si è pronunciata in merito a sette rinvii pregiudiziali sollevati dal Tar Lazio³¹ ai sensi dell'art. 267 TFUE con riferimento, ancora una volta, all'art. 26, d.l. n. 91/2014, conv. in l. n. 116/2014 in rapporto, tra gli altri, agli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento. La Corte di Giustizia dell'Unione europea, in linea con il proprio precedente indirizzo interpretativo, ha concluso nel senso che l'art. 3, par. 3, lettera a), direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili e gli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,

28 La Corte Giust., inoltre, pone l'accento sulla necessità che il legislatore nazionale preveda un adeguato periodo transitorio per consentire agli operatori economici di adeguarsi al mutato quadro normativo, ovvero preveda idonee compensazioni.

29 Punto 43 della sentenza del 15/04/2021, cit. Si veda anche le ordinanze del 13/02/2019, 12/06/2019 e 7/02/2020. Il rinvio pregiudiziale è stato sollevato nell'ambito dei giudizi di annullamento del d.m. 16/10/2014, recante le modalità per la rimodulazione delle tariffe incentivanti in attuazione del citato art. 26, d.l. n. 91/2014, nonché delle tabelle indicanti i fattori moltiplicativi da applicare ai fini del calcolo dell'incentivo, pubblicate dal GSE il 27/10/2014 e, inoltre, delle istruzioni operative adottate dallo stesso GSE e pubblicate sul proprio sito istituzionale in data 3/11/2014.

letti alla luce dei principi di certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che prevede la riduzione o il rinvio del pagamento degli incentivi per l'energia prodotta dagli impianti fotovoltaici, incentivi precedentemente concessi mediante decisioni amministrative e confermati da apposite convenzioni concluse tra gli operatori di tali impianti e una società pubblica, qualora tale normativa riguardi gli incentivi già previsti, ma non ancora dovuti.

Nel ragionamento seguito dalla Corte europea, condotto dopo una ricognizione del quadro normativo di riferimento, costituito dal diritto internazionale, dell'UE e nazionale, e dopo avere richiamato i propri precedenti in argomento, è stato evidenziato che il principio di certezza del diritto, che ha come corollario quello della tutela del legittimo affidamento, impone, da un lato, che le norme di diritto siano chiare e precise e, dall'altro, che la loro applicazione sia prevedibile per i soggetti dell'ordinamento, segnatamente quando possono avere conseguenze sfavorevoli sugli individui e sulle imprese.

In particolare, detto principio impone che una normativa consenta agli interessati di conoscere con esattezza la portata degli obblighi che essa impone loro e che questi ultimi possano conoscere senza ambiguità i loro diritti e i loro obblighi e regolarsi di conseguenza. Ne consegue che la possibilità di avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento è prevista per ogni operatore economico nei cui confronti un'autorità nazionale abbia fatto sorgere fondate aspettative. Tuttavia, qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, esso non può invocare detto principio nel caso in cui il provvedimento venga adottato. Inoltre, gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sul mantenimento di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali.

7. Le verifiche rimesse al giudice nazionale. Ad ogni modo, la Corte di Giustizia dell'Unione europea fa salve le verifiche rimesse esclusivamente al giudice nazionale, cui spetta esaminare se la normativa nazionale sia conforme ai principi oggetto di scrutinio della Corte, che fornisce in sede di rinvio tutti gli elementi interpretativi utili ai fini del menzionato sindacato di conformità.

Nel condurre il suo scrutinio, inoltre, il giudice nazionale può tenere conto di tutti gli elementi rilevanti ricavabili dai termini, dalla finalità o dall'economia delle normative in questione. E tali elementi, nel ragionamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea, sono rinvenibili: (i) nell'art. 7, c. 2, d.lgs. n. 387/2003, nella misura in cui «indica all'operatore economico prudente e accorto [...] che gli incentivi in questione non erano garantiti a tutti gli operatori interessati per un periodo determinato, tenuto conto, in particolare, del riferimento a un importo decrescente delle tariffe incentivanti nonché alla durata limitata dell'incentivo e della fissazione di un limite massimo di potenza elettrica cumulata ammissibile all'incentivo medesimo»; (ii) nella natura delle convenzioni concluse tra i gestori di impianti fotovoltaici e il GSE, firmate sulla base di contratti-tipo, che non assegnavano, di per sé, incentivi agli impianti stessi, ma fissavano unicamente le modalità della loro erogazione, e che, per le convenzioni concluse dopo il 31/12/2012, il GSE si riservava il diritto di modificare unilateralmente le condizioni di queste ultime a seguito di eventuali sviluppi normativi, come espressamente indicato in tali convenzioni; (iii) in aggiunta, le modifiche apportate dall'art. 26 citato non hanno portata retroattiva e sono applicabili a decorrere dall'entrata in vigore del decreto-legge stesso.

Il Tar Lazio³² si è da ultimo pronunciato sulla validità del citato d.l. n. 91/2014, facendo piena applicazione dei criteri ermeneutici forniti dalla pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea, e dalla precedente giurisprudenza di costituzionalità. Il giudice amministrativo ha ritenuto, tra le altre cose, che: «[...] la modifica alle tariffe precedentemente riconosciute deve essere ricondotta [...] al complessivo sistema e ratio dei sistemi incentivanti, non obbligatori e sempre modificabili secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia, soggetti ad evoluzione legislativa coerentemente alle caratteristiche di mutevolezza e temporaneità proprie dei regimi di sostegno; inoltre, non è possibile rinvenire un sinallagma tra gli investimenti effettuati dall'operatore e la tariffa che gli viene riconosciuta, considerato che al momento in cui viene deciso ed effettuato l'investimento non si ha alcuna sicurezza in ordine al riconoscimento del regime incentivante, il quale è subordinato [...] all'accertamento della sussistenza dei relativi requisiti, senza che via sia alcuna preventiva rassicurazione in ordine alla relativa spettanza».

Inoltre, con specifico riferimento alla modifica unilaterale delle convenzioni stipulate con il GSE, il Tar adito³³ ha avuto modo di precisare che le convenzioni tariffarie stipulate con il Gestore «... non sono riducibili a contratti finalizzati ad esclusivo profitto dell'operatore – che dovrebbe vedere ferme le condizioni iniziali, per vent'anni, anche ove le condizioni tecnologiche mutino profondamente – ma costituiscono strumenti di regolazione, volti a raggiungere l'obiettivo dell'incentivazione di certe fonti energetiche nell'equilibrio con le altre fonti di energia rinnovabili, e con il minimo sacrificio per gli utenti che pure ne sopportano l'onere economico». Da ciò deriverebbe, ad ulteriore conferma della legittimità dell'intervento normativo oggetto di scrutinio, che l'esistenza della convenzione non implica automatica certezza per l'operatore economico di stabilità ed immutabilità della misura incentivante.

8. Alcune riflessioni conclusive. La transizione ecologica e la necessità degli Stati di far fronte ad una domanda di energia crescente pongono il legislatore, nazionale ed europeo, di fronte alla necessità di agire su due binari complementari per il raggiungimento del cd. *Green Deal*, nella ricerca dei capitali pubblici e privati necessari al finanziamento degli investimenti nelle rinnovabili³⁴.

Si è parlato di «nuovo modello» che non tende a disarticolare e a scomporre socialmente l'umanità, ma provi a «riconciliare crescita e ambiente»: un progetto ambizioso eppure necessario che, tuttavia, incontra non poche incognite nella composizione di opposti valori – economici, sociali e ambientali – da bilanciare in modo proporzionale³⁵. Un modello che trova risposta nella proposta della Commissione europea di realizzare il c.d. *Green Deal europeo* quale risposta al problema dei cambiamenti climatici e strumento di realizzazione

³² Si vedano, da ultimo, Tar Lazio, Roma, Sez. III-ter, n. 5576/2024 e Tar Lazio, Roma, Sez. III-ter, n. 5569/2024.

³³ Così, tra le altre, Tar Lazio, Roma, Sez. III-ter, n. 2814/2024.

³⁴ Sul tema, tra gli altri, A. Bartosh, *The EU Green Deal and Lessons Drawn from the Christmas Story of the Grinch*, in *European State Aid Law Quarterly*, 4, 2021, 459.; M. Passalacqua (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, 2021; G. Luchena, *La programmazione europea nello scenario globale*, in *EuroBalkan Law Review and Economics Review*, 1, 2023, 247-283; Id., *Gli strumenti di sostegno pubblico alla conversione ambientale*, in M. Passalacqua (a cura di), cit., 183 ss.; M. Passalacqua, *Green Deal e transizione digitale verso un diritto eventuale*, ivi, 3 ss.; B. Celati, *Diritto per lo sviluppo economico nella transizione climatica*, ivi, 271 ss.; T. Favaro, *Pubblico, privato e collettivo: la transizione ecologica tra società e comunità*, ivi, 315 ss.; A. Polisenio, *Transizione energetica transnazionale*, in *Economia pubblica*, 2, 2023.

³⁵ G. Luchena, *Il rilancio dell'economia attraverso aiuti statali proattivi e condizionati*, in *Passaggi Costituzionali*; S. Cavaliere, *Economia circolare e intervento pubblico nell'economia: spunti di riflessione*, in www.dirittifondamentali.it, 31 marzo 2020, 4; E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. Econ.*, 98, 2019, 494.

dell'Agenda 2030 e degli obiettivi di sviluppo sostenibile promossi dall'Onu³⁶. In tale prospettiva si muove il d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020, recante disposizioni in tema di semplificazione in materia di interventi su progetti o impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile e di taluni nuovi impianti, nonché di spalma incentivi, c.d. Decreto semplificazioni. Questo, nel caso in cui il Gestore disponga il rigetto dell'istanza di accesso agli incentivi, ovvero la decadenza ed il recupero di quanto già percepito per riscontrate e sopravvenute violazioni della normativa in materia, nell'ambito dell'esercizio dei poteri di verifica del GSE, richiama la necessaria considerazione e tutela del legittimo affidamento dell'operatore economico³⁷.

Il richiamo operato dal legislatore all'art. 21-*nonies* della legge sul procedimento amministrativo sembra confermare la necessità di garanzia di quei principi generali condivisi, quali sono appunto il principio del legittimo affidamento e della proporzionalità, costituenti il cd. nucleo comune dei diritti europei, sul cui riconoscimento si fonda l'integrazione tra gli ordinamenti europei³⁸.

Secondo alcuni, la previsione contenuta nel Decreto semplificazioni sembra andare, in qualche misura, in direzione opposta rispetto alle conclusioni raggiunte dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea di cui si è dato conto nel testo. Sembra in effetti alimentare un affidamento senza condizioni e bilanciamento. Una svista, un voluto cambio di rotta o un approccio compatibile con la lettura fornita dalla giurisprudenza?

La giurisprudenza, europea, costituzionale e amministrativa risulta consolidata nell'affermare che l'ordinamento vigente offre tutela, nel campo delle energie rinnovabili, esclusivamente all'affidamento dell'operatore economico qualificato, esperto ed avveduto, poiché l'accesso ai sistemi di incentivazione è subordinato alla rigorosa ricorrenza di tutti i presupposti della fattispecie normativa, e la sua permanenza nel tempo, alle condizioni iniziali, non è garantita. La giurisprudenza citata ha infatti inciso fortemente, se non addirittura escluso la rilevanza della tutela del legittimo affidamento dell'operatore economico nell'ambito delle energie rinnovabili, se non nei limitati margini individuati in sede interpretativa³⁹.

È questo un approccio inadeguato ad offrire uno stimolo sufficiente per la realizzazione di investimenti nel campo dell'energia sostenibile, potendo anzi tradursi in un disincentivo? Non necessariamente. Serve tuttavia a preservare un margine di valutazione a tutela dell'interesse generale che, come noto, consta di vari profili di analisi, nel quale entrano in gioco principi fondamentali di rango europeo, oltre che nazionale, che necessitano di essere tutelati, ma che possono porsi involontariamente in conflitto. L'interpretazione offerta dalla giurisprudenza non intende aprioristicamente privare di efficacia la previsione di incentivi in un settore tanto delicato come quello delle energie rinnovabili, ma intende subordinarne l'attuazione a delle condizioni e ad un costante bilanciamento di interessi finalizzato a stabilire una sorta di *ranking* tra principi di volta in volta prevalenti.

Da un lato, infatti, emerge la necessità di tutelare la discrezionalità dei Paesi membri

³⁶ Comunicazione della Commissione, *Il Green Deal europeo*, Bruxelles, 11.12.2019, COM(2019) 640 final.

³⁷ Art. 56 del citato d.l. semplificazioni che, rinviando espressamente all'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990.

³⁸ Già nel lontano 1958 Rivero affermava che l'integrazione più stretta in Europa si fondava sull'esistenza di un sostrato comune. Si veda, J. Rivero, *Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Arcier*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1958, 295. Approfondisce il tema con riferimento ai diritti amministrativi, G. Della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa*, Napoli, 2019.

³⁹ E. Traina, *Incentivi alla produzione di energie rinnovabili, poteri amministrativi e legittimo affidamento nella giurisprudenza*, seminario formazione «Scelte ambientali, azione amministrativa e tecniche di tutela dopo la legge di rev. Cost. n. 1 del 2022», 1-2 luglio 2022, Firenze, 2022.

nell'adozione e nel mantenimento di un regime di sostegno alla produzione energetica da fonti rinnovabili. Dall'altro, la necessità di garantire in ogni caso il rispetto dei principi generali dell'ordinamento comunitario, a partire dalla certezza del diritto e del legittimo affidamento, la cui valutazione è rimessa al giudice nazionale e ancorata a due parametri, ossia la qualifica del soggetto leso quale operatore «prudente e accorto» e la prevedibilità concreta della modifica normativa.

Ebbene, se da un lato, la giurisprudenza sovranazionale ha sostenuto che la certezza del diritto, pur non impedendo modifiche normative (fatto salvo il limite dell'irretroattività), imponesse comunque al legislatore nazionale di tenere in adeguato conto le situazioni specifiche degli operatori economici, se del caso prevedendo correttivi in grado limitare gli effetti pregiudizievoli della normativa sopravvenuta⁴⁰. Dall'altro ci si può interrogare sull'effettivo grado di prevedibilità dell'intervento legislativo stesso. A tale ultimo proposito, giova rammentare come l'applicazione di regimi incentivanti fa sorgere rapporti di durata tra privato ed amministrazione erogatrice e, secondo alcuni⁴¹, diventa fisiologico che nel corso del tempo possa ravvisarsi la necessità o l'opportunità di intervenire sulla regolamentazione dello stesso. L'esperienza legislativa italiana mostra in vari contesti un atteggiamento del legislatore non sempre lineare, che contribuisce ad alimentare incertezza negli operatori del settore. È nota, inoltre, la cosiddetta bulimia italiana nella produzione di norme, che si traduce in una spesso confusa stratificazione, contrapponendosi alle più volte invocate esigenze di semplificazione e alimentando temi di diritto transitorio. Ogni buon legislatore nella previsione di meccanismi incentivanti dovrebbe valutare fin dalla fase di ideazione e formulazione della normativa i diversi interessi in gioco coinvolti.

Se in alcuni casi gli interventi normativi hanno avuto effetti peggiorativi sui programmi di incentivazione in funzione di una maggiore sostenibilità economica del sistema, in altri, le modifiche legislative sono apparse muoversi in direzione opposta. Non manca in dottrina chi si interroga su quale debba essere il grado della prevedibilità in concreto dell'intervento normativo modificativo in *peius*, avuto riguardo all'operatore economico prudente e accorto, quindi, diligente nel tenersi informato e aggiornato⁴². La questione potrebbe essere affrontata verificando se la normativa sopravvenuta, pur non prevedibile, sia davvero tale da ledere in modo sproporzionato o irragionevole le aspettative degli operatori economici, valutando la ragionevolezza anche alla luce del fattore temporale e, quindi, alla distanza di tempo tra la cristallizzazione di una posizione di vantaggio con l'avvio di un rapporto di durata e il momento dell'intervento di modifica legislativa.

Il sostegno alla produzione energetica da fonti rinnovabili si pone da tempo al centro del dibattito globale sui pro e i contro, i costi e le distorsioni connesse alla previsione di specifiche politiche. In Europa il sostegno alla produzione energetica da fonti rinnovabili ha alimentato le politiche energetiche europee e, di riflesso, nazionali, in vista dell'obiettivo della decarbonizzazione e della lotta ai cambiamenti climatici. Nel perseguimento di tali obiettivi vengono in rilievo istanze di bilanciamento tra interessi pubblici meritevoli di tutela, che necessitano di attenta ponderazione fin dalla fase di formulazione della disciplina. Una normativa fatta di norme auspicabilmente chiare e non contraddittorie, adeguatamente pensate.

⁴⁰ Cfr. Corte Giust., 11 giugno 2015, C-98/14, che richiama sentenze VEMW e a., C-17/03, EU:C:2005:362, punto 81, nonché Plantanol, C-201/08, EU:C:2009:539, punto 49; nello stesso senso Corte di Giustizia UE C-487/01 e C-7/02.

⁴¹ In questo senso, F. Scalia, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2019, 229-267.

⁴² L. Aniballi, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e gli interventi rimodulatori*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2022, 481 ss.

In questo contesto, sarebbe auspicabile attivare su questi temi programmi di analisi e studio che durino nel tempo, limitando il ricorso ad interventi normativi emergenziali o legati alle contingenze del momento, al fine di incoraggiare l'iniziativa economica privata in uno dei settori strategici per il processo di transizione ecologica del Paese.

Abstract. Quali incentivi e disincentivi alla realizzazione di investimenti nel settore delle energie rinnovabili?

Il *paper* si concentra sull'interpretazione del principio del legittimo affidamento proposta dalla giurisprudenza europea e nazionale, con specifico riferimento alla complessa normativa in materia di incentivi alla produzione di energia da fonti rinnovabili e propone alcune considerazioni sui profili di tutela. Gli approdi interpretativi sono valutati all'interno del contesto normativo di riferimento. L'atteggiamento del legislatore italiano si mostra a volte prudente, a volte propenso ad una iper-regolamentazione della materia.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale e della giurisprudenza amministrativa, da un lato, e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea dall'altro sembrano convergere sui punti chiave. Il legittimo affidamento tutelabile incontra un limite nel contesto del bilanciamento d'interessi sottesi ad un intervento normativo novativo, fermo il limite dell'irretroattività. L'atteggiamento del legislatore italiano contribuisce talvolta ad alimentare incertezza negli operatori del settore. Nel ruolo a questi affidato di ricerca di un equilibrio tra interesse pubblico al raggiungimento degli obiettivi del cd. *Green Deal* europeo e interesse privato allo sviluppo della libertà di iniziativa economica, sarebbe auspicabile attivare programmi di analisi e studio che durino nel tempo, limitando il ricorso ad interventi normativi emergenziali o legati alle contingenze del momento, al fine di incoraggiare l'iniziativa economica privata in uno dei settori strategici per il processo di transizione ecologica del Paese.

Abstract. Which incentives and disincentives to invest in renewable energy? The paper focuses on the interpretation of the principle of legitimate expectations given by the European and national jurisprudence, with specific reference to the complex legislation on incentives for the production of energy from renewable sources and proposes some considerations on the legal protection.

The attitude of the Italian legislator is sometimes cautious, sometimes inclined to a hyper-regulation of the matter. The jurisprudence of the Constitutional Court and administrative jurisprudence, on the one hand, and the Court of Justice of the European Union, on the other, seem to converge on the key points. The legitimate expectation that can be protected encounters a limit in the context of the balancing of interests underlying a regulatory innovation, without prejudice to the limit of non-retroactivity.

The attitude of the Italian legislator sometimes contributes to feed uncertainty in the sector. In the role entrusted to them of seeking a balance between public interest to the achievement of the objectives of the cd. European Green Deal and private interest in the development of freedom of economic initiative, it would be desirable to activate analysis and study programs that last over time, limiting the use of emergency regulatory interventions or related to current contingencies, in order to encourage private economic initiative in one of the strategic sectors for the country's ecological transition process.

Parole chiave. Energie rinnovabili – green deal – legittimo affidamento.

Key words. Renewable energy – European Green Deal – legitimate expectation.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Leandra Abbruzzo – Dottoranda di ricerca in Il diritto dei servizi nell’ordinamento italiano ed europeo – Università degli studi di Napoli Parthenope

Roberta Alfano – Professoressa Ordinaria di Diritto tributario – Università degli Studi di Napoli Federico II

Domenico Andracchio – Dottore di ricerca in Diritto dell’economia – Università di Roma La Sapienza

Elina Anfuso – Avvocata del Foro di Roma

Azzurra Baggieri – Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Università di Roma La Sapienza

Paolo Bonetti – Professore Associato confermato di Diritto costituzionale – Università di Milano Bicocca

Susana Borràs-Pentinat – Professoressa associata di Diritto internazionale pubblico e Relazioni internazionali – Università di Università Rovira i Virgili Terragona. Borsista Marie Skłodowska Curie

Valentina Capuozzo – Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato – Università di Bologna

Lorenzo Chieffi – Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania Luigi Vanvitelli

Alfredo Contieri – Professore Ordinario di Diritto amministrativo – Università di Napoli Federico II

Ninfa Contigiani – Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Macerata

Angela Cossiri – Professoressa Associata di Diritto costituzionale – Università di Macerata

Giuliano Costa – Dottore di ricerca in *Neuroscience and Education* – Università di Foggia

Salvatore D’Acunto – Professore Associato di Economia politica – Università della Campania Luigi Vanvitelli

Luigi D’Andrea – Professore Ordinario di Diritto Costituzionale – Università degli Studi di Messina

Claudio De Fiores – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università della Campania Luigi Vanvitelli

Giovanna De Minico – Professoressa ordinaria di Diritto Costituzionale – Università degli studi di Napoli Federico II

Luca Dell’Atti – Ricercatore di Diritto costituzionale – Università di Bari Aldo Moro

Nicola Di Modugno – Ricercatore confermato di Diritto amministrativo – Università del Sannio

Laura Fabiano – Professoressa Associata di Diritto pubblico comparato – Università di Bari Aldo Moro

Luigi Ferraiuolo – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II

Francesca Iole Garofoli – Ricercatore confermato in Diritto processuale penale – Università di Bari Aldo Moro

Adriano Giannola – Già Professore Ordinario di Economia bancaria. Presidente SVIMEZ – Associazione per lo sviluppo dell’Industria nel Mezzogiorno

Maria Chiara Girardi – Ricercatrice t.d., lett. *a*), di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II

Cosimo Pietro Guarino – Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Carlo Iannello – Associato di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania Luigi Vanvitelli

Maria Assunta Icolari – Professoressa Associata di Diritto Tributario – Università degli Studi Guglielmo Marconi

Pierdomenico Logroscino – Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Gianluca Marcantognini – Laureando in Giurisprudenza – Università di Urbino Carlo Bo

Ilenia Mauro – Giurista d’impresa

Franca Meola – Ricercatrice t.d., lett. *a*), di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli

Giulia Messere – Dottoranda di ricerca in Human Science, Psychology Communication and Social Science – Università di Macerata

Daniela Mone – Professoressa Associata di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania Luigi Vanvitelli

Vincenzo Giorgio Nardi – Dottore in Giurisprudenza – Università di Bari Aldo Moro

Anna Papa – Professoressa Ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli Parthenope

Federica Passarini – Ricercatrice t.d., lett. a), in Diritto internazionale – Università della Tuscia

Fulvio Pastore – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II

Daniel Gracia Peréz – Professore Assistente – Universidad del Atlántico Medio

Biancamaria Raganelli – Professoressa Associata di Diritto dell'Economia – Università di Roma Tor Vergata

Monica Raiteri – Professore ordinario di Sociologia del diritto e della devianza – Università degli Studi di Macerata

Franco Roberti – Già parlamentare europeo

Francesca Rosignoli – Postdoctoral fellow – Università di Torragona Rovira i Virgili

Antonio Saporito – Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo, Docente di Diritto Pubblico – Università degli studi di Bergamo. Docente di Diritto Amministrativo – Università Telematica Pegaso e Università Telematica Mercatorum

Franco Sicuro – Dottore di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Bari Aldo Moro

Antonio Leo Tarasco – Direttore generale Archivi del Ministero della cultura

Matteo Vecchi – Dottore in Giurisprudenza – Università di Roma LUMSA

Gianfranco Viesti – Professore Ordinario di Economia applicata – Università di Baro Aldo Moro

Alfonso Vuolo – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II

Francesco Zammartino – Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli l'Orientale

Maria Letizia Zanier – Professoressa Associata di Sociologia giuridica, della devianza e mutamento sociale – Università di Macerata



Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online (DPER on line) è una rivista scientifica di **Fascia A** di area 12 inserita negli elenchi dell'Anvur. La Rivista, fondata nel 2015 e pubblicata con cadenza semestrale, è dedicata allo studio di temi di Diritto pubblico di respiro europeo.

Eccettuati gli articoli espressamente richiesti dalla Direzione (*invited articles*), i contributi inviati a *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online* (DPER on line) destinati alla Sezione “Saggi”, e a discrezione del coordinamento anche quelli destinati alla Sezione “Note e commenti”, saranno sottoposti a un sistema di **peer review (double blind)** effettuato da uno o due valutatori scelti tra specialisti della materia, all'interno o all'esterno del Consiglio Scientifico, i quali ne valuteranno congruenza con i contenuti della rivista, rilevanza scientifica, aggiornamento, originalità, qualità del metodo, validità dei risultati, stile.

Nello specifico si prevede la valutazione di due referee anonimi per gli articoli destinati alla Sezione “Saggi”, parimenti per gli articoli destinati alla Sezione “Note e commenti”. Confermata la pubblicabilità del contributo, i valutatori indicheranno se l'articolo debba venire accettato integralmente, o richieda correzioni e messe a punto. I referee valuteranno altresì la correttezza della collocazione dell'articolo nella sezione Saggi o Note e commenti, e l'eventuale opportunità di collocare il contributo in una sezione diversa da quella indicata dall'Autore, nel qual caso si procederà a nuova valutazione secondo le regole previste per il peer review della sezione proposta dai referee. Di tutto ciò verrà informato tempestivamente l'Autore.

La Rivista ospita, sui temi della bioetica, una sezione curata dal Centro interuniversitario di ricerca bioetica - Cibr, le cui regole di pubblicazioni sono le medesime per le altre sezioni.

La Rivista ospita altresì una sezione “Materiali”, ove possono essere pubblicate liberamente lezioni, anticipazioni di pubblicazioni (previa autorizzazione) e altro materiale in modalità *blended*.

La Rivista è pubblicata in collaborazione con il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli.

Misure antiplagio

Tutti gli articoli proposti a **Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online** sono sottoposti a un'attenta verifica volta a rilevare eventuali usi impropri di altri testi, anche ricorrendo a software antiplagio come *Compilatio*, *Turnitin* o *iThenticate*. Quando è riscontrato un plagio si procede secondo quanto raccomandato nelle linee guida elaborate dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) (<http://publicationethics.org/resources/flowcharts>).

Se invece fossero i lettori a segnalare un plagio presente in un articolo di **Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online**, i coordinatori:

- 1) informano chi ha segnalato l'abuso della procedura che sarà immediatamente avviata;
- 2) verificano il grado di effettiva coincidenza dell'articolo di **Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online** con il testo o i testi che sarebbero stati plagiati;
- 3) informano dell'accaduto l'intera redazione di **Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online** per decidere collegialmente i successivi passi;
- 4) trasmettono all'autore dell'articolo le evidenze emerse dal confronto con gli eventuali testi plagiati e gliene chiedono conto.

Se dovesse risultare che l'autore ha effettivamente plagiato altri testi, i coordinatori di **Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online** il direttore si riserva ogni facoltà prevista dalla legge, rimuovendo e segnalando alle autorità competenti il contributo oggetto di plagio

Codice etico

Dichiarazione sull'etica e sulle pratiche scorrette nella pubblicazione dei lavori scientifici

La presente dichiarazione è conforme alle vigenti linee guida adottate dal *Committee on Publication Ethics* (COPE). Tutti gli attori coinvolti nel processo editoriale devono assumere, in ogni fase, comportamenti responsabili ed eticamente corretti.

Gli organi editoriali, i revisori e gli autori sono tenuti a conoscere e condividere le seguenti regole etiche:

1) Decisione di pubblicazione.

La Direzione scientifica della Rivista è responsabile della **decisione di pubblicare** gli elaborati sottoposti alla Rivista. La Direzione scientifica è guidata dalle politiche editoriali della Rivista e vincolata alle disposizioni di legge vigenti in materia di diffamazione, violazione del *copyright* e plagio. La Direzione scientifica della Rivista, nell'assumere tali decisioni, si avvale del supporto dei *referee* del Comitato di valutazione, in ragione della loro autorevolezza e della competenza specifica richiesta, secondo una procedura di revisione che si svolge secondo le modalità dichiarate sulla pagina *web* della Rivista.

La Direzione è tenuta a valutare i lavori per il loro contenuto scientifico, senza distinzioni di razza, sesso, orientamento sessuale, credo religioso, origine etnica, cittadinanza, nonché di orientamento scientifico, accademico o politico degli autori.

La decisione di accettare o rifiutare un contributo per la pubblicazione è basata sull'importanza, sull'originalità e sulla chiarezza del testo, oltre che sulla validità dello studio e sulla sua rilevanza rispetto agli interessi della Rivista. La Direzione scientifica, i Responsabili della valutazione e il Comitato editoriale, pur nel rispetto dell'anonimato dell'autore e del valutatore, si impegnano a evitare ogni genere di conflitto di interesse, assicurando che i *referee* non ricevano in valutazione lavori rispetto ai quali abbiano o possano avere **conflitti di interesse** derivanti da rapporti di concorrenza, di collaborazione o altro tipo di collegamento con gli autori, aziende o enti che abbiano relazione con l'oggetto dell'elaborato.

La Direzione scientifica, i Responsabili della valutazione e il Comitato editoriale cesseranno di impiegare i valutatori che abitualmente esprimono pareri irragionevoli, di scarsa qualità o in grave ritardo.

La Direzione scientifica, i Responsabili della valutazione, il Comitato editoriale e il personale della Redazione sono tenuti a **non divulgare alcuna informazione** sui contributi inviati ad alcun soggetto diverso dagli autori, dai *referee* incaricati della valutazione, dal Comitato editoriale, a seconda dei casi.

Il materiale inedito contenuto nei contributi sottoposti alla Rivista non può essere usato dai componenti della Direzione scientifica, del Comitato editoriale e della Redazione, nonché dai Responsabili della valutazione e dai *referee* incaricati della valutazione, per proprie ricerche, senza il consenso dell'autore.

Se il Comitato editoriale, i Responsabili della valutazione o la Redazione rilevano o ricevono la **segnalazione** di un problema rilevante in merito a errori/impresioni, conflitto di interessi o plagio in un articolo pubblicato, ne daranno tempestiva comunicazione all'autore e intraprenderanno ogni azione necessaria per chiarire la questione e, all'occorrenza, ritireranno l'articolo ovvero pubblicheranno correzioni, chiarimenti e ritrattazioni o un *erratum*.

2) Doveri dei revisori (*peer reviewer*)

I revisori assistono la Direzione scientifica nelle decisioni editoriali e, attraverso le comunicazioni (*feedback*) veicolate dal Comitato editoriale e dai Responsabili della valutazione, possono eventualmente aiutare l'autore a migliorare la qualità del contributo, suggerendo interventi correttivi o integrativi.

Il revisore selezionato che non si senta qualificato alla revisione del contributo assegnato o che sappia di non essere in grado di eseguirla nei tempi richiesti deve comunicare tempestivamente la sua decisione ai Responsabili della valutazione, **rinunciando al processo di revisione**.

Essi sono tenuti, sia durante lo svolgimento che dopo la conclusione del processo di revisione, al rispetto della **confidenzialità** della valutazione. I contributi ricevuti per la revisione devono essere trattati alla stregua di documenti riservati e non devono essere divulgati, mostrati o discussi con alcuno che non sia previamente autorizzato dalla Direzione scientifica. Le **informazioni** o le **idee acquisite** tramite la revisione dei contributi devono essere mantenute **riservate** e non devono essere utilizzate per vantaggio personale.

La revisione è un procedimento complesso e multiforme che impone rigore, accuratezza ed estrema attenzione; deve essere condotta con senso di responsabilità e in modo imparziale e oggettivo. I *referee* devono esprimere le proprie **opinioni con chiarezza e con il supporto di argomentazioni limpide e documentate**. Le critiche devono essere specifiche, motivate e animate da spirito costruttivo: considerazioni generiche quali “questo lavoro non è originale/innovativo” (o simili) vanno corredate con riferimenti appropriati, al fine di consentire alla Direzione scientifica o ai Responsabili della valutazione di addivenire alla decisione circa la pubblicazione o meno del contributo. I revisori hanno il compito di identificare la presenza di materiale bibliografico rilevante per il lavoro da valutare che non sia stato citato o adeguatamente considerato dagli autori. Ogni dichiarazione, osservazione o argomentazione riportata deve preferibilmente essere accompagnata da una corrispondente citazione. Il revisore richiama l'attenzione della Direzione scientifica qualora ravvisi una somiglianza sostanziale o una sovrapposizione tra il contributo in esame e qualunque altro documento pubblicato del quale ha conoscenza personale.

I revisori hanno il dovere di dichiarare ogni tipo di conflitto di interessi e devono richiedere il parere della Direzione scientifica ovvero dei Responsabili della valutazione nel caso in cui non siano certi se una data situazione comporti o no un conflitto di interessi. I revisori hanno altresì il dovere di informare la Direzione scientifica ovvero i Responsabili della valutazione o il Comitato editoriale qualora si sospetti dell'identità dell'autore là dove ciò possa sollevare un potenziale conflitto di interesse.

Fingere di essere qualcun altro nell'ambito del processo di revisione integra una grave violazione delle regole di condotta. I *referee* non devono coinvolgere nessuna terza persona nella valutazione del contributo, inclusi giovani studiosi, senza prima acquisire parere favorevole da parte della Direzione scientifica o dei Responsabili della valutazione. Il nome di chiunque abbia collaborato con i *referee* deve essere dichiarato, affinché la Rivista ne tenga traccia e alla persona in questione possa essere riconosciuto il lavoro svolto.

3) Doveri degli autori

Gli autori devono garantire che le loro **opere siano del tutto originali** e, qualora siano utilizzati il lavoro e/o le parole di altri autori, che queste siano opportunamente parafrasate o citate letteralmente; il corretto riferimento al lavoro di altri autori deve essere sempre indicato. Gli autori hanno l'obbligo di citare tutte le pubblicazioni che hanno avuto influenza nel determinare la natura e i contenuti del lavoro proposto.

Gli autori di articoli basati su ricerca originale devono presentare un resoconto accurato del lavoro svolto, nonché una discussione obiettiva del suo significato. I relativi dati devono essere rappresentati con precisione nel contributo. I lavori devono contenere sufficienti dettagli e riferimenti per permettere, eventualmente, ad altri la **replica** dell'indagine. Dichiarazioni fraudolente o volontariamente inesatte costituiscono un comportamento non etico e sono inaccettabili.

I contributi proposti **non devono essere stati pubblicati** come materiale protetto da *copyright* in altre riviste o banche dati senza il consenso della Direzione scientifica. I lavori in fase di revisione dalla Rivista non devono essere sottoposti ad altre riviste ai fini di pubblicazione.

Inviando un contributo, l'autore/gli autori concordano sul fatto che, qualora sia accettato per la pubblicazione, tutti i **diritti di sfruttamento economico**, senza limiti di spazio e con tutte le modalità e le tecnologie attualmente esistenti e/o in futuro sviluppate saranno trasferite alla Rivista.

La paternità letteraria del contributo è limitata a coloro che hanno dato un apporto significativo per l'ideazione, la progettazione, l'esecuzione o l'interpretazione dello studio. Tutti coloro che hanno dato un apporto significativo devono essere elencati come co-autori. Qualora vi siano altri soggetti che hanno partecipato ad aspetti sostanziali del progetto di ricerca, devono essere riconosciuti ed elencati come contributori.

L'autore di riferimento deve garantire che tutti i relativi co-autori siano inclusi nel contributo, che abbiano visto e approvato la versione definitiva dello stesso e che siano d'accordo sulla presentazione per la pubblicazione.

Gli autori devono indicare, nel contributo, conflitti finanziari o altre tipologie di conflitto d'interesse che possono influenzare i risultati o l'interpretazione del lavoro. Tutte le fonti di sostegno economico al progetto devono essere indicate: i lettori devono sempre essere informati sul supporto finanziario ricevuto dagli autori per le diverse ricerche e sul ruolo dell'ente finanziatore nel concreto svolgimento della ricerca o nella pubblicazione.

Qualora un autore riscontri errori significativi o inesattezze nel contributo pubblicato ha il dovere di comunicarlo tempestivamente alla Direzione scientifica della Rivista o al Comitato editoriale e cooperare con gli stessi al fine di ritrattare o correggere il lavoro.

EDITORIAL TEAM

Direttori: Lorenzo Chieffi - Alberto Lucarelli - Andrea Patroni Griffi

Direttore Responsabile: Alberto Lucarelli

Coordinatore dei Comitati Scientifico ed Editoriale: Andrea Patroni Griffi

Comitato Scientifico: Francisco Balaguer Callejon (Università di Granada), David Capitant (Università di Parigi 1 Panthéon-Sorbonne), Claudio De Fiores (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”), Anna Maria Nico (Università di Bari “Aldo Moro”), Anna Papa (Università di Napoli “Parthenope”), Andrea Pertici (Università di Pisa), Miguel Revenga Sánchez (Università di Cádiz), Ángel Rodríguez, (Università di Málaga), Mathieu Touzeil-Divina (Università di Toulouse Capitole), Arianna Vendaschi (Università di Milano “Bocconi”)

Comitato Editoriale: Luigi Ferraro e Daniela Mone (Direzione), Karim Benyekhlef, Daniel Borrillo, Pierre Brunet, Giampiero Buonomo, Roberta Calvano, Giuseppe Campanelli, Alfonso Maria Cecere, Ines Ciolli, Angela G. Cossiri, Giovanna De Minico, Spiritis Flogaitis, Erik Furno, Cosimo P. Guarini, Barbara Guastafarro, Carlo Iannello, Sara Lieto, Giovanni Luchena, Raffaele Manfredi, Sergio Marotta, Paola Mazzina, Fulvio Pastore, Raffaele Picaro, Guido Rivosecchi, Lucia Scaffardi, Silvia Sassi

Corrispondenti dei Comitati scientifico e editoriale di Bari e Puglia: Antonio Colavecchio, Mario Esposito, Cosimo Pietro Guarini, Giovanni Luchena, Ugo Patroni Griffi, Raffaele Guido Rodio, Vincenzo Tondi della Mura, Andrea Tucci.

Redazione: Antonia Maria Acierno, Armando de Crescenzo, Stefania Cecchini, Luca Di Majo, Teresa Esposito, Marta Ferrara, Virgilia Fogliame, Maria Chiara Girardi, Franca Meola, Andrea Napolitano, Giacomo Palombino, Francesca Paruzzo, Guido Saltelli, Federico Savastano, Ignazio Spadaro, Luigi Sica, Giovanni Terrano

Referees: Fulvia Abbondante, Ramon Alcubilla, Adriana Apostoli, Marco Bassini, Michele Belletti, Marco Benvenuti, Mario Bertolissi, Francesca Biondi, Salvatore Bonfiglio, Camilla Buzzacchi, Maria Cristina Cabiddu, Quirino Camerlengo, Gaetano Bucci, Giuseppe Campanelli, Agatino Cariola, Corrado Caruso, Laura Cappuccio, Beniamino Caravita di Toritto, Massimo Carli, Carlo Casonato, Fabrizio Cassella, Lucia Cassetti, Emilio Castorina, Marcello Cecchetti, Adriana Ciano, Antonio Chimenti, Carlo Colapietro, Mario Eugenio Comba, Cecilia Corsi, Angela G. Cossiri, Fabrizia Covino, Francesco Dal Canto, Giovanni D’Alessandro, Luigi D’Andrea, Antonio D’Andrea, Andrea Deffenu, Michele Della Morte, Ranieri De Maria, Francesco Raffaello De Martino, Maria Valeria del Tufo, Giovanni Di Cosimo, Fabio Elefante, Gianluca Famiglietti, Gennaro Ferraiuolo, Fabio Ferrara, Damiano Florenzano, Carlo Fusaro, Silvio Gambino, Giorgio Grasso, Maria Cristina Grisolia, Tania Groppi, Enrico Grosso, Maria Pia Iadicicco, Elisabetta Lamarque, Fulco Lanchester, Benedetta Liberali, Vincenzo Lippolis, Pietro Logroscino, Aldo Loiodice, Erik Longo, Jorge Lozano Mirales, Marco Mancini, Stelio Mangiameli, Susanna Mancini, Gloria Marchetti, Francesco Saverio Marini, Paola Marsocci, Antonio Maria Marzocco, Anna Mastromarino, Ilenia Massa Pinto, Alessandro Morelli, Silvia Niccolai, Paolo Nicosia,

Alessandro Pace, Stefania Parisi, Francesco Paterniti, Simone Penasa, Pier Luigi Petrillo, Giovanna Petrillo, Federico Gustavo Pizzetti, Marco Plutino, Oreste Pollicino, Barbara Randazzo, Saverio Regasto, Umberto Ronga, Antonio Saitta, Carmela Salazar, Silvia Sassi, Federico Savastano, Gino Scaccia, Giusi Sorrenti, Sandro Staiano, Giovanni Tarli Barbieri, Vittorio Teotonico, Michela Troisi, Lara Trucco, Veronica Valenti, Filippo Vari, Alfonso Vuolo

* Tra i componenti del Comitato di valutazione, alla data in cui hanno reso il referaggio, non vi sono né i Direttori, né i membri della redazione della Rivista