

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXVIII – Nuova serie
N.1/2019 (gennaio-aprile)

INDICE

DOTTRINA

- GIUSEPPE MARTINICO
“Scelte sovrane”. Alcune riflessioni problematiche sulla sentenza Wightman 5
- COSTANZA MARGIOTTA
(Dis)ordine sovrano: Brexit e la sentenza Wightman 19
- MATTEO MONTI
Il federalismo belga in tempi di transizione e la Carta per le Fiandre: verso nuove forme di asimmetria? 33
- ANGELA COSTALDELLO, JOÃO PEDRO RUPPERT KRUBNIKI
Gestão pública e direito administrativo: um necessário diálogo em prol do planejamento 49
- SUSANNA QUADRI
Profili internazionali della lotta alla corruzione, con particolare riferimento al settore dei servizi: il ruolo determinante del Soft Law 75

FABRIZIO FRACCHIA, PASQUALE PANTALONE	
<i>Nomofilachia, uniforme applicazione del diritto e funzioni della Corte conti</i>	95
ANTONIO IGNAZIO ARENA	
<i>La tutela dell'ambiente nella Costituzione italiana</i>	113

Dottrina

“Scelte sovrane”.

Alcune riflessioni problematiche sulla sentenza Wightman

di Giuseppe Martinico*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'importanza della sentenza Wightman. – 3. La conferma della complessità europea. – 4. Alcuni spunti a proposito dell'interpretazione dell'art. 50 TUE. – 5. Alcune conclusioni.

1. *Introduzione*

Respingere la marea¹ e tornare all'originale conformazione del diritto inglese. Il curioso fenomeno giuridico chiamato “Brexit” si ispira a questo: una titanica sfida contro la storia, volta a realizzare ciò che Lord Denning non poteva nemmeno concepire negli anni Settanta. Nel commentare queste vicende, in altra sede², si è tentato di studiare il fenomeno del Brexit³ alla luce di una più ampia tendenza di “fuga dai Trattati”, consistente nell'elusione della fonte che, dalla sentenza *Les Verts*⁴ in poi, la Corte di giustizia ha definito come la propria “carta costituzionale”. Non si tratta di una fuga formalizzata, non siamo qui in presenza di atti sostanzialmente dell'Unione adottati sotto la veste di trattati di diritto internazionale conclusi fra alcuni Stati membri (fenomeno, per altro, non

* Professore associato di diritto pubblico comparato. Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa. Desidero ringraziare Paolo Addis, Giacomo Delledonne, Matteo Monti, Fabio Pacini, Leonardo Pierdominici, Anna Margherita Russo, Marta Simoncini, Francesco Saitto e i revisori anonimi per i preziosi commenti. Questo articolo è stato realizzato all'interno delle attività di ricerca del modulo Jean Monnet “Eur.Publ.IUS” (European Public Law-IUS), <https://www.santannapisa.it/it/ricerca/progetti/jean-monnet-module-european-public-law-ius-eurpublius>. giuseppe.martinico@santannapisa.it.

¹ “The Treaty [of Rome] does not touch any of the matters which concern solely England and the people in it. These are still governed by English law. They are not affected by the Treaty. But when we come to matters with a European element, the Treaty is like an incoming tide. It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back, Parliament has decreed that the Treaty is henceforward to be part of our law. It is equal in force to any statute”, Lord Denning, *H.P. Bulmer Ltd v J. Bollinger SA* [1974] Ch. 401, 418.

² G. MARTINICO, *La fuga dai Trattati. Primo studio sull'elusione del diritto come tecnica di integrazione*, in *Percorsi costituzionali*, 2016, 375.

³ Pur consapevole dell'autorevole parere dell'Accademia della Crusca (<http://www.accademiadellacrusca.it/it/lingua-italiana/consulenza-linguistica/domande-risposte/genere-brexite>), ho preferito usare “Brexit” al maschile, intendendo per “exit” il “ritiro” o il “recesso” dall'Unione come suggerito dal testo dell'art. 50 TUE.

⁴ Corte di giustizia, Causa 294/83, *Les Verts*, ECLI:EU:C:1986:166, www.curia.europa.eu

nuovo nella storia dell'integrazione europea⁵), ma di una serie di interpretazioni davvero problematiche di quello che è il quadro giuridico di riferimento, interpretazioni che rischiano di aumentare il caos indotto dalle incertezze britanniche (e inglesi in particolare). La disposizione dell'art. 50 TUE è tutt'altro che perfetta, ma almeno ha il vantaggio di offrire un percorso procedurale che gli Stati membri hanno sottoscritto e che le istituzioni europee dovrebbero garantire. Questo breve contributo non pretende di trattare tutte le complesse dinamiche che si celano dietro il processo politico-giuridico avviato all'indomani del referendum del 23 giugno 2016, ma si vuole concentrare su alcuni aspetti problematici della sentenza Wightman⁶ della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE). Ad avviso di chi scrive – al di là di quelli che saranno i risultati di questa vicenda, ancora in corso al tempo della redazione di queste brevi riflessioni (febbraio 2019) – la CGUE ha la responsabilità di aver prodotto una decisione che lascia troppo spazio a possibili ripensamenti, rischiando così di generare ulteriori malesseri nel processo integrativo sovranazionale.

2. *L'importanza della sentenza Wightman*

Il 10 dicembre 2018 la CGUE si è espressa nel già pluri-commentato⁷ caso Wightman⁸, confermando più o meno quanto “suggerito” dall'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona⁹.

Vi sono, però, alcune differenze significative fra le Conclusioni dell'Avvocato Generale e la sentenza della CGUE e una di queste può essere fonte di critica, come si cercherà di sottolineare in questo breve scritto.

Si tratta, in generale, di una sentenza molto “ispirata” e ricca di riferimenti alla giurisprudenza “consolidata” della CGUE, quella, in particolare, in cui la Corte usa apertamente la terminologia costituzionalistica, inaugurata con la sentenza *Les Verts*¹⁰ e richiamata “a singhiozzo” negli anni successivi. Non a caso,

⁵B. DE WITTE, *Using International Law in the Euro Crisis Causes and Consequences*, in *ARENA Working Paper*, 4/2013, 2013, <http://www.sv.uio.no/>

⁶Corte di giustizia, Causa C-621/18, Wightman e a., ECLI:EU:C:2018:999, www.curia.europa.eu

⁷S. PEERS, *Brexit: you can U-turn if you want to. The CJEU judgment in Wightman*, 2018, <https://eulawanalysis.blogspot.com/>; O. GARNER, *Case C-621/18, Wightman v Secretary of State for Exiting the European Union: the Court of Justice confirms that Article 50 Notification Can Be Unilaterally Revoked*, 2018, <https://europeanlawblog.eu/>; G. PHILLIPSON, A. L. YOUNG, *Wightman: What Would Be the UK's Constitutional Requirements to Revoke Article 50?*, 2018, <https://ukconstitutionallaw.org>

⁸Corte di giustizia, Causa C-621/18, Wightman cit.

⁹Conclusioni dell'AG Sánchez-Bordona Causa C-621/18, Wightman, ECLI:EU:C:2018:978, www.curia.europa.eu

¹⁰Corte di giustizia, Causa 294/83, *Les Verts* cit.

proprio *Les Verts* – insieme al Parere 2/13¹¹ (fra gli altri) – veniva citata al par. 44, per ricordare la natura “costituzionale” dei Trattati e il carattere peculiare dell’ordinamento dell’Unione:

“A tale proposito, si deve ricordare che i trattati istitutivi, che costituiscono la carta costituzionale di base dell’Unione (sentenza del 23 aprile 1986, *Les Verts/Parlamento*, 294/83, EU:C:1986:166, punto 23), hanno dato vita, diversamente dai trattati internazionali ordinari, ad un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani, e che riconosce come soggetti non soltanto tali Stati, ma anche i cittadini degli stessi [parere 2/13 (Adesione dell’Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 157 e giurisprudenza citata]”¹².

La Corte, come ha fatto anche in altre decisioni “storiche” (questa inevitabilmente lo è, trattandosi della prima interpretazione dell’art. 50 TUE offerta dalla CGUE), cercava di dare continuità e profondità alla sua pronuncia, leggendo la disposizione in questione in maniera sistematica.

Si spiega in questo senso anche il riferimento all’impatto dell’eventuale uscita del Regno Unito sulla cittadinanza dell’UE¹³ contenuto al par. 64 della sentenza:

“Occorre inoltre rilevare che, poiché lo status di cittadino dell’Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri (v., in tal senso, sentenze del 20 settembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458, punto 31; del 19 ottobre 2004, *Zhu e Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639, punto 25, e del 2 marzo 2010, *Rottmann*, C-135/08, EU:C:2010:104, punto 43), l’eventuale recesso di uno Stato membro dall’Unione può avere un’incidenza considerevole sui diritti di tutti i cittadini dell’Unione, compresi, in particolare, il diritto alla libera circolazione sia per i cittadini dello Stato membro interessato che per quelli degli altri Stati membri”¹⁴.

Si trattava di un riferimento dovuto, ma non di un approfondimento scontato. La Corte, come già scritto, cercava di offrire una lettura “in contesto” e teleologicamente orientata dell’art. 50 TUE, tentando, in altre parole, di interpretare tale disposizione alla luce dei valori che caratterizzano il processo integrativo.

¹¹Corte di giustizia, Parere 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, www.curia.europa.eu

¹²Corte di giustizia, Causa C-621/18, *Wightman e a. cit.*, par. 44.

¹³Come notato da D. SARMIENTO, *Brexit and EU Citizenship After Wightman*, 2018, <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com>

¹⁴Corte di giustizia, Causa C-621/18, *Wightman e a. cit.*, par. 64.

3. *La conferma della complessità europea*

È interessante notare come, a proposito della revocabilità della notifica, in *Wightman* la CGUE abbia privilegiato una conclusione opposta a quella sposata dalla High Court¹⁵ di Inghilterra e Galles e dalla Corte Suprema¹⁶ del Regno Unito nella saga *Miller*.

In quelle occasioni, entrambe le corti britanniche sottolinearono il necessario coinvolgimento del Parlamento nella decisione relativa alla notifica dell'intenzione di recedere. La non revocabilità della notifica fu uno dei pilastri fondamentali del ragionamento dei giudici, una premessa esterna rispetto all'ordinamento nazionale *stricto sensu* inteso¹⁷ e di non univoca interpretazione, come la dottrina aveva in precedenza sottolineato:

“The point is arguable either way. It could be argued that since a notification to withdraw is subject to a Member State’s constitutional requirements, the Treaty therefore leaves to each Member State the possibility of rescinding that notification in accordance with those requirements. On the other hand, it could also be argued that Article 50 only provides for two possibilities to delay the withdrawal of a Member State from the EU once notification has been given (an extension of the time limit, or a different date in the withdrawal agreement). There’s no suggestion that this is a non-exhaustive list. Therefore the notification of withdrawal can’t be rescinded”¹⁸.

Credo che il richiamo all’art 50 TUE sia stato assolutamente appropriato: l’appartenenza del Regno Unito all’Unione ha creato, negli anni, norme complesse nel senso etimologico del termine¹⁹, in quanto frutto di un intreccio normativo difficilmente districabile fra diritto interno e diritto europeo. Ciò rendeva inevitabile il riferimento al diritto dei Trattati per la corretta lettura del quesito posto ai giudici britannici. La stessa lettera dell’art. 50 TUE, del resto, rinvia al

¹⁵High Court of Justice Queen’s Bench Division Divisional Court, *R (Miller) -v- Secretary of State for Exiting the European Union*, [2016] EWHC 2768, <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union/>

¹⁶*Miller and others (Appellants) v Ministry of Justice (Respondent)*, UKSC 2015/0246, <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0246.html>

¹⁷In termini analoghi F. ROSA, *R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the EU (2016). Una sentenza che solleva almeno tre domande*, in *DPCEonline*, 2016, <http://www.dpce.it/>

¹⁸S. PEERS, *Article 50 TEU: The uses and abuses of the process of withdrawing from the EU*, 2014, <http://eulawanalysis.blogspot.it/>. Si veda anche il dibattito fra J. RYLATT, *The Irrevocability of an Article 50 Notification: Lex Specialis and the Irrelevance of the Purported Customary Right to Unilaterally Revoke*, 2016, <https://ukconstitutionallaw.org/> e C. STREETEN, *Putting the Toothpaste Back in the Tube: Can an Article 50 Notification Be Revoked?*, 2016, <https://ukconstitutionallaw.org/>.

¹⁹Si permetta il rinvio a: G.MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe*, Abingdon, Routledge, 2012.

diritto interno quando si ricorda che “ogni Stato membro può decidere, conformemente alle proprie norme costituzionali, di recedere dall’Unione”. Una strategia simile può essere riscontrata in altre disposizioni dei Trattati, per esempio si veda il rinvio contenuto all’art. 48.4 TUE e in molte delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell’UE. Tuttavia, proprio per l’impatto che la questione della revocabilità o meno della notifica ha avuto sul margine di manovra del Parlamento, si può sottolineare l’eccessiva sbrigatività di alcuni rilevanti passaggi nelle due pronunce delle corti nazionali, come attenta dottrina immediatamente ha segnalato²⁰, criticando la scelta di non sollevare una questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

Tornando a Wightman, si può notare come la CGUE sia partita da una premessa simile a quella delle corti britanniche. Ci si riferisce all’inestricabilità ordinamentale che lega diritto interno e sovranazionale che veniva ribadita dalla CGUE al par. 45 della sentenza Wightman, in cui, citando Achmea²¹, si scriveva di “una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano in modo reciproco gli Stati membri e l’Unione, nonché gli Stati membri tra di loro”²². Tuttavia, se nella saga Miller le corti britanniche avevano puntato sulla non revocabilità della notifica, la CGUE è, invece, giunta ad altra conclusione, insistendo su una lettura sistematica dell’art. 50 TUE (par. 61- 67), in cui la CGUE ricordava le finalità del processo integrativo e, in particolare, l’importante ruolo giocato dai valori della libertà e della democrazia (in questo passaggio viene anche richiamata la sentenza Kadi²³):

“Per quanto riguarda il contesto dell’articolo 50 TUE, occorre fare riferimento al tredicesimo considerando del preambolo del Trattato UE, al primo considerando del preambolo del Trattato FUE e all’articolo 1 TUE, da cui risulta che i Trattati hanno lo scopo di creare un’unione sempre più stretta fra i popoli dell’Europa, nonché al secondo considerando del preambolo del Trattato FUE, secondo cui l’Unione mira ad eliminare le barriere che dividono l’Europa. Occorre inoltre sottolineare l’importanza dei valori di libertà e democrazia, enunciati nel secondo e nel quarto considerando del preambolo del Trattato UE, che rientrano tra i valori comuni menzionati all’articolo 2 di

²⁰Sulla questione si rinvia a S. PEERS, *Brexit: can the ECJ get involved?*, 2016, <http://eulawanalysis.blogspot.it>

²¹Corte di giustizia, Causa C-284/16, *Slovakische Republik (Slovak Republic) v Achmea*, BECLI:EU:C:2018:158, www.curia.europa.eu

²²Corte di giustizia, Causa C-621/18, *Wightman e a cit.*, par. 45.

²³Specialmente la prima decisione della Corte di giustizia dell’UE: Causa C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Council and Commission*, ECLI:EU:C:2008:461, www.curia.europa.eu. Sulla saga Kadi si vedano i contributi in: M. AVBELJ, F.FON-TANELLI, G.MARTINICO (eds.), *Kadi on Trial: A multifaceted analysis of the Kadi judgment*, Abingdon, Routledge, 2014.

detto Trattato e nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e che in tal senso fanno parte dei fondamenti stessi dell'ordinamento giuridico dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 3 settembre 2008, *Kadi e Al Barakat International Foundation/Consiglio e Commissione*, C- 402/05 P e C-415/05 P, EU:C:2008:461, punti 303 e 304)²⁴.

Subito prima, dopo aver scartato il parallelismo con la decisione di chiedere un'estensione dei negoziati ex art. 50.3 TUE²⁵ (par. 60), la CGUE si soffermava sull'art. 49 TUE per ribadire come la decisione di aderire all'UE si fondi su un impegno libero e volontario:

“Come risulta dall'articolo 49 TUE, secondo cui ogni Stato europeo può domandare di diventare membro dell'Unione e al quale corrisponde l'articolo 50 TUE sul diritto di recesso, l'Unione raggruppa Stati che hanno liberamente e volontariamente aderito a tali valori, sicché il diritto dell'Unione poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, i suddetti valori [v., in tal senso, sentenza del 25 luglio 2018, *Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario)*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, punto 35]”²⁶.

Infine, sempre giocando sul parallelismo art. 49 TUE e art. 50 TUE, la CGUE concludeva per la revocabilità della notifica:

“Pertanto, se uno Stato non può essere obbligato ad aderire all'Unione contro la sua volontà, esso non può nemmeno essere costretto a recedere dall'Unione contro la sua volontà.

Orbene, se la notifica dell'intenzione di recedere dovesse condurre ineluttabilmente al recesso dello Stato membro interessato al termine del periodo di cui all'articolo 50, paragrafo 3, TUE, detto Stato membro potrebbe essere costretto ad uscire dall'Unione contro la sua volontà, espressa in esito a un processo democratico conforme alle sue norme costituzionali, di tornare sulla sua decisione di recedere dall'Unione e, pertanto, di continuare ad esserne membro.

È giocoforza constatare che siffatto risultato sarebbe contrario agli obiettivi e ai valori ricordati ai punti 61 e 62 della presente sentenza. In particolare, sarebbe contrario allo scopo dei Trattati consistente nel creare un'unione

²⁴ Corte di giustizia, Causa C-621/18, *Wightman e a cit.*, par. 61- 62.

²⁵ “Per tale motivo una simile revoca si distingue fundamentalmente da un'eventuale domanda con la quale lo Stato membro interessato miri ad ottenere che il Consiglio europeo proroghi il termine di due anni previsto all'articolo 50, paragrafo 3, TUE, cosicché non può essere accolta l'analogia che il Consiglio e la Commissione tentano di stabilire tra detta revoca e una siffatta domanda di proroga” Corte di giustizia, Causa C-621/18, *Wightman e a cit.*, par. 60.

²⁶ Corte di giustizia, Causa C-621/18, *Wightman e a cit.*, par. 63.

sempre più stretta fra i popoli dell'Europa obbligare a recedere uno Stato membro che, dopo avere notificato la propria intenzione di recedere dall'Unione conformemente alle proprie norme costituzionali e in esito a un processo democratico, decida di revocare la notifica di tale intenzione nel contesto di un processo siffatto”²⁷.

Non si trattava, a mio avviso di un esito scontato. La dottrina aveva spiegato le ragioni²⁸ che suggerivano prudenza: la disposizione dell'art. 50 TUE – come molte clausole sulla secessione – è uno “strumento di gestione del rischio politico”, prendendo in prestito e applicando a un contesto diverso la nota definizione di Vermeule²⁹. Con tale disposizione si cerca quindi di “proceduralizzare”³⁰ il rischio dell'uscita, affidando al diritto un fenomeno che potrebbe altrimenti esprimersi in forme potenzialmente, ma non necessariamente, violente³¹.

Come tale, il contenuto dell'art. 50 TUE deve essere letto in maniera restrittiva, anche per evitare il rischio di un abuso. L'abuso in questione potrebbe essere dato da un'utilizzazione strategica della minaccia dell'uscita per rinegoziare condizioni più favorevoli. In parte è stato così: se non ci fosse stato il voto del 23 giugno 2016 la problematica “Nuova intesa per il Regno Unito nell'Unione europea”³², come sottolineato immediatamente dalla dottrina³³, sarebbe entrata in vigore e ciò avrebbe alimentato tensioni nel processo integrativo.

In questo senso, come è stato autorevolmente ricordato³⁴, si può sostenere che l'UE stia vivendo una crisi necessaria e inevitabile: anche la vittoria del *Bremain* non avrebbe evitato un ripensamento del processo integrativo e una stagione di conflitti.

²⁷ Corte di giustizia, Causa C-621/18, *Wightman e a cit.*, par. 65- 67.

²⁸S. WEATHERILL, *Why the withdrawal notification under Article 50 TEU is not unilaterally revocable*, 2018, <http://eulawanalysis.blogspot.com>; I. PAPAGEORGIOU, *The (ir-)revocability of the withdrawal notification under Article 50 TEU*, 2018, <http://www.europarl.europa.eu>

²⁹A. VERMEULE, *The Constitution of Risk*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

³⁰ Senza sottovalutare gli aspetti sostanziali protetti dall'art. 50 TUE. Si vedano a questo proposito le considerazioni di P. EECKOUT, E. FRANTZIOU, *Brexit and Article 50 TEU: A Constitutionalist Reading*, in *Common market law review*, 2017, 695.

³¹ O, anche se non violente, comunque caratterizzate un'aleatorietà suscettibile di far prevalere le ragioni del più forte e di mettere a repentaglio le posizioni delle minoranze. Ringrazio Giacomo Delledonne per questo spunto.

³² *Una nuova intesa per il Regno Unito nell'Unione europea, Estratto delle conclusioni del Consiglio europeo del 18 e 19 febbraio 2016*, (2016/C 69 I/01) [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52016XG0223\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52016XG0223(01)). Si veda anche: *Riunione del Consiglio europeo (18 e 19 febbraio 2016) – Conclusioni*, Bruxelles, 19 febbraio 2016 (OR. en) EUCO 1/16 CO EUR 1 CONCL 1, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-1-2016-INIT/it/pdf>.

³³ Per un commento si veda: A. DUFF, *Britain's special status in Europe: A comprehensive assessment of the UK-EU deal at its consequences*, in *Policy Network Paper*, 2016, <http://www.policy-network.net/>

³⁴C. MARTINELLI, *L'isola e il continente: un matrimonio d'interesse e un divorzio complicato. Dai discorsi di Churchill alle sentenze Brexit*, in *Rivista AIC*, 2017, <https://www.rivistaaic.it/>

Questo mi conduce al secondo punto del ragionamento: a mio avviso, si dovrebbe privilegiare una lettura “sostenibile” dell’art. 50 TUE proprio per evitare che il processo integrativo in quanto tale rimanga ostaggio di possibili usi strumentali di questa disposizione.

Sia ben chiaro, anche ordinamenti dove l’uscita non viene contemplata non sono estranei a tali dinamiche e la crisi spagnola è emblematica da questo punto di vista³⁵.

Eppure, c’è qualcosa che non convince nella sentenza Wightman: innanzitutto il frequente richiamo al concetto di sovranità, mentre spariva, invece, il riferimento al concetto di identità nazionale ex art. 4 TUE richiamato dall’Avvocato Generale in vari passaggi delle sue Conclusioni³⁶. L’aggettivo “sovrano/a” veniva ripetuto cinque volte nella versione italiana della sentenza e rappresentava, indubbiamente, una delle premesse della Corte.

Una scelta apparentemente ragionevole, se non fosse che così facendo si rischia di esporre le dinamiche dell’art. 50 TUE a pericolose letture unilaterali. Ovviamente la CGUE sapeva di doversi esprimere su una questione sensibilissima e sapeva anche che fra lettori della sua pronuncia ci sarebbero stati (anche) populistici e sovranisti. In questo senso, l’insistenza sul concetto di sovranità potrebbe essere vista come una scelta strategica più che obbligata. Del resto, conviene ripeterlo, è la stessa lettera dell’art. 50 TUE che rinvia agli ordinamenti interni al par. 1.

Autorevoli colleghi hanno insistito sulla differenza esistente fra il concetto di recesso (“withdraw” è il verbo utilizzato nel testo inglese) ex art. 50 TUE e quello di secessione. Per alcuni³⁷, in particolare, una differenza chiave in questo senso sarebbe rappresentata dalla natura unilaterale del recesso in opposizione al carattere necessariamente negoziato della secessione.

Tuttavia, credo che questa distinzione possa essere criticata e, del resto, uno dei padri della c.d. *Compact Theory*³⁸, John Calhoun, nella sua lettera a Hamilton chiariva che “secession is a withdrawal from the Union”³⁹. Inoltre, anche la Corte

³⁵Da ultimo si veda: M. BELTRÁN DE FELIPE, *Myths and Realities of Secessionisms. A Constitutional Approach to the Catalanian Crisis*, Londra, Palgrave, 2019.

³⁶Conclusioni dell’AG Sánchez- Bordona Causa C-621/18, Wightman cit., par. 110 e 130-137.

³⁷C. CLOSA, *Interpreting Article 50: Exit, Voice and ... What About Loyalty?*, in C. CLOSA (ed.), *Secession from a EU member state and withdrawal from the Union: Troubled membership*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 187.

³⁸Su cui si veda in italiano almeno: A. LA PERGOLA, *Residui contrattualistici e struttura federale nell’ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1969.

³⁹J. C. CALHOUN, *To General Hamilton on the subject of State Interposition*, lettera scritta il 28 agosto 1832 e disponibile anche online: https://archive.org/stream/correspondenceof00calhrich/correspondenceof00calhrich_djvu.txt. M. SURDI, *Introduzione a J. C. CALHOUN, Disquisizione sul governo e discorso sul governo e la costituzione degli Stati Uniti*, 1986, Roma, Istituto della Enciclopedia, 3.

Suprema canadese, nella sua celebre *Reference re Secession of Quebec*⁴⁰ di 20 anni fa, utilizzava il verbo “withdraw⁴¹” per ragionare sull’ammissibilità o meno di una secessione unilaterale del Québec.

Tutto questo per dire che vi sono rischi anche nella lettura che scorge nella disposizione dell’art. 50 il quadro procedurale di un’uscita unilaterale.

4. *Alcuni spunti a proposito dell’interpretazione dell’art. 50 TUE*

Un altro passaggio interessante della sentenza *Wightman* è quello in cui – cosa rara nella giurisprudenza sovranazionale – la CGUE guardava ai lavori preparatori della seconda Convenzione (quella relativa al Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa⁴²) per trovare un argomento a supporto della propria decisione. In particolare, si ricordava come fossero stati rigettati tutti gli emendamenti relativi alla possibilità di espellere uno Stato membro al fine di evitare il rischio di abusi durante la procedura di recesso:

“La genesi dell’articolo 50 TUE milita del pari a favore di un’interpretazione di tale disposizione nel senso che uno Stato membro ha il diritto di revocare unilateralmente la notifica della propria intenzione di recedere dall’Unione. Infatti, si deve rilevare che i termini di detto articolo riprendono in gran parte quelli di una clausola di recesso dall’Unione che figurava, per la prima volta, nel progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa. Tuttavia, mentre in occasione della redazione di tale clausola erano stati proposti taluni emendamenti finalizzati a consentire l’espulsione di uno Stato membro, a evitare il rischio di abusi durante la procedura di recesso o a rendere più difficile la decisione di recesso, tali emendamenti erano stati tutti respinti per il motivo, espressamente formulato nei commenti al progetto, che occorreva mantenere il carattere volontario e unilaterale della decisione di recesso. Da tali elementi risulta che la notifica da parte di uno Stato membro della sua intenzione di recedere non può condurre ineluttabilmente al recesso di tale Stato membro dall’Unione. Al contrario, uno Stato membro che sia tornato sulla propria decisione di recedere dall’Unione ha il diritto di revocare detta notifica fintanto che non sia entrato in vigore un accordo di recesso concluso fra tale Stato membro e l’Unione o, in mancanza di siffatto accordo, fino a quando non sia scaduto il termi-

⁴⁰ Corte Suprema canadese, *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217

⁴¹ *Ibidem*, par. 83 per esempio: “Secession is the effort of a group or section of a state to withdraw itself from the political and constitutional authority of that state, with a view to achieving statehood for a new territorial unit on the international plane. In a federal state, secession typically takes the form of a territorial unit seeking to withdraw from the federation. Secession is a legal act as much as a political one”.

⁴² Su cui si veda: C. MARGIOTTA, *Vizi e virtù della secessione. A proposito dell’articolo 59 del progetto di Costituzione europea*, in *Ragion Pratica*, 2004, 257.

ne previsto all'articolo 50, paragrafo 3, TUE, eventualmente prorogato in conformità di quest'ultima disposizione. Tale conclusione è corroborata dalle disposizioni della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, di cui si è tenuto conto nei lavori preparatori del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa"⁴³.

Si tratta di una curiosa "riesumazione" dei lavori preparatori di un testo mai entrato in vigore.

Allo stesso tempo, la CGUE, consapevole del rischio di una lettura eccessivamente unilaterale di questa disposizione, cercava di limitare l'ambito temporale in cui una tale decisione potesse essere presa, quando diceva (ripetutamente, quasi a volersi rassicurare) che:

"Orbene, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 94 e 95 delle sue conclusioni, il carattere sovrano del diritto di recesso sancito dall'articolo 50, paragrafo 1, TUE depone a favore dell'esistenza del diritto dello Stato membro interessato di revocare la notifica della sua intenzione di recedere dall'Unione fintanto che non sia entrato in vigore l'accordo di recesso concluso tra l'Unione e tale Stato membro o, in mancanza di tale accordo, fino a quando non sia scaduto il termine di due anni previsto dall'articolo 50, paragrafo 3, TUE, eventualmente prorogato ai sensi di detta disposizione"⁴⁴.

In questo modo la Corte sembrava circoscrivere al periodo di due anni (salvo quanto stabilito dall'art. 50.3 TUE) i rischi connessi all'unilateralità della revocabilità dell'intenzione di uscire, ma si trattava di un periodo di incertezza non indifferente, che può generare (e che ha generato) confusione nelle istituzioni e nei mercati.

A questo accorgimento seguiva una precisazione procedurale:

"In mancanza di un'espressa disposizione relativa alla revoca della notifica dell'intenzione di recedere, tale revoca è subordinata al rispetto delle regole previste all'articolo 50, paragrafo 1, TUE, per il recesso medesimo, cosicché essa può essere decisa unilateralmente, in conformità delle norme costituzionali dello Stato membro interessato"⁴⁵.

Abbiamo già visto come il mancato riferimento al concetto di identità nazionale abbia rappresentato una delle differenze fondamentali fra le Conclusioni dell'Avvocato Generale e la sentenza della CGUE. Ve ne è un'altra, però, che conviene sottolineare. Mentre l'Avvocato Generale aveva cercato di trovare un limite a questa scelta sovrana del Paese interessato nei principi di buona fede

⁴³ Corte di giustizia, Causa C-621/18, Wightman e a cit., par. 68-70.

⁴⁴ Corte di giustizia, Causa C-621/18, Wightman e a cit., par. 57.

⁴⁵ Corte di giustizia, Causa C-621/18, Wightman e a cit., par. 58.

e di leale cooperazione (sempre richiamati dall'art. 4 TUE)⁴⁶, tale riferimento sparisce nel testo della sentenza della CGUE.

Questa assenza mi pare difficilmente giustificabile come si cercherà di argomentare nell'ultima sezione del contributo.

5. *Alcune conclusioni*

In queste poche pagine si è cercato di riflettere su alcune questioni sollevate (e non risolte) dalla sentenza *Wightman*. Se, indubbiamente, gran parte della sentenza pare condivisibile, il rischio dell'uso strategico dell'art. 50 TUE non viene, a mio avviso, del tutto scongiurato. Per arginare questo pericolo, la CGUE ha definito tale (possibile) revoca come “univoca e incondizionata”⁴⁷. Su questo sfondo, la natura incondizionata della revoca è da intendersi nel senso che il suo fine è quello di “confermare l'appartenenza all'Unione dello Stato membro interessato in termini immutati per quanto riguarda la sua condizione di Stato membro, e detta revoca pone fine alla procedura di recesso”⁴⁸. Questa interpretazione sarà sufficiente per evitare rischi di abuso della norma? Difficile da dire, di sicuro il Regno Unito è ancora – e a pieno titolo, nonostante le affrettate considerazioni fatte da molti all'indomani del voto del 23 giugno 2016– uno Stato membro dell'UE e, a questo punto, tutto può accadere.

Ciò che, invece, convince meno di questa sentenza è il suo insistere sul concetto di sovranità, vero e proprio *mantra* dei populismi odierni che ha caratterizzato anche la campagna referendaria. Emblematiche, in questo senso, sono le considerazioni di Douglas Scott:

“A mantra of Leave campaigners seems to have been the desire to ‘take back control’. There has been much talk of sovereignty, although less clarity on what it actually means. However, at its most basic, there are at least three notions of sovereignty that are relevant in the context of Brexit, and they are often confused. The first is parliamentary sovereignty, which is said to have particular resonance in the UK because, due to the vagaries of the uncodified UK Constitution, the Westminster Parliament has been recognised as a body with unlimited legislative power. Yet the parliamentary sovereignty of a representative democracy may seem to be at odds with popular sovereignty as exercised in a referendum. Popular sovereignty also has other implications, such as in Scotland, where an indigenous Scottish tradition claims that sovereignty resides in the Scottish people, in spite of the alternative claims of Diceyan parliamen-

⁴⁶ Conclusioni dell'AG Sánchez-Bordona Causa C-621/18, *Wightman* cit, par. 148.

⁴⁷ Corte di giustizia, Causa C-621/18, *Wightman* e a cit., par. 74-75.

⁴⁸ Corte di giustizia, Causa C-621/18, *Wightman* e a cit., par. 74.

tary sovereignty. Thirdly, there is external sovereignty: whereby a country may be sovereign and recognised as independent by the international community”⁴⁹.

La polarizzazione del dibattito che ha caratterizzato fino ad ora le vicende britanniche è anche frutto di un sistema che ha dovuto ri-declinare in maniera evidente il concetto di sovranità parlamentare e che sta ancora vivendo (come già è avvenuto negli Stati Uniti, anche se con evidenti differenze) le tensioni fra costituzionalismo politico e giuridico⁵⁰, esplose, nel Regno Unito, soprattutto in seguito all’adozione dello *Human Rights Act* del 1998.

A ciò si aggiunga anche il crescente ricorso allo strumento referendario, che sta inevitabilmente offrendo un altro fattore di ripensamento della “classica” dottrina della sovranità parlamentare⁵¹ e riproducendo, in un contesto diverso, problematiche conseguenze legate al suo “innesto” in sistemi di democrazia rappresentativa note anche altrove⁵².

Tutto ciò fa da sfondo a una sentenza dalla terminologia ambigua e dalle strane omissioni, a partire dal mancato riferimento al principio di leale cooperazione, che l’Avvocato generale- come ricordato- invece menzionava come “altro limite all’esercizio del diritto di revoca unilaterale” al par. 148 delle sue Conclusioni. Insieme al principio di leale cooperazione nella sentenza *Wightman* spariva anche il riferimento all’identità nazionale, facendo venir meno un altro “pezzo” del mosaico interpretativo proposto dall’Avvocato Generale⁵³. A questo punto non resta che aspettare le decisioni che verranno prese nelle prossime settimane nel “tellurico” scenario britannico. E qui si torna al punto di partenza; nell’incertezza generale, il curioso fenomeno comunemente chiamato Brexit si conferma fondamentale banco di prova per un sistema costituzionale particolare come quello del Regno Unito – per definizione dinamico ed evolutivo – che si scopre diverso da come era negli anni Settanta, prima che l’inarrestabile marea di cui Lord Denning scriveva lo attraversasse ridefinendone inevitabilmente le fisionomie.

⁴⁹ S. DOUGLAS SCOTT, *Brexit, the Referendum and the UK Parliament: Some Questions about Sovereignty*, 2016, <https://ukconstitutionallaw.org/2016/>

⁵⁰ R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; M. GOLDONI, *Che cos’è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2011, <http://www.dirittoequestionipubbliche.org/>

⁵¹ A. V. DICEY, *Ought the referendum to be introduced into England?*, in *Contemporary Review*, 1890, 508 ss. Su Dicey: R. WEILL, *Dicey Was Not Diceyan*, in *Cambridge Law Journal*, 2003, 474 ss.

⁵² M. LUCIANI, *Il referendum: questione teoriche e dell’esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret públic*, 2008, 161.

⁵³ Conclusioni dell’AG Sánchez-Bordona Causa C-621/18, *Wightman* cit., par. 129- 137.

Abstract

“Sovereign Choices”.

Some Critical Remarks on the Wightman Judgment of the Court of Justice

by Giuseppe Martinico

On 10 December 2018 the CJEU delivered the Wightman judgment where, among other things, it recognized the revocability of the notification ex Art. 50 TEU, confirming, this way, more or less what Advocate General Campos Sánchez-Bordona had suggested in his Opinion. This piece is divided into two parts. In the first part of the article I shall comment upon the idea of legal integration presented by the CJEU in this judgment and in so doing I shall represent the EU as a complex legal system. In the second part of the article, I shall offer a critical view of the legal reasoning of the Court.

Parole chiave: Wightman, Brexit, complessità, Corte di giustizia dell’Unione europea (CGUE), Miller.

Key words: Wightman, Brexit, complexity, European Union, European Court of Justice (CJEU), Miller.

(Dis)ordine sovrano: Brexit e la sentenza Wightman

di Costanza Margiotta*

SOMMARIO: 1. La CGUE e il diritto a revocare l'intenzione di ritirarsi dall'UE. – 2. L'interpretazione costituzionalistica dell'art. 50. – 3. Gli aspetti rilevanti della sentenza Wightman. – 4. Secessione e democrazia.

1. *La CGUE e il diritto a revocare l'intenzione di ritirarsi dall'UE*

Dopo che il parlamento britannico ha respinto il 15 gennaio scorso, l'accordo negoziato per quasi due anni dal primo Ministro Theresa May con l'Unione Europea (UE), l'incertezza intorno alla Brexit sembra crescere ogni giorno di più. Il clima di profonda indecisione e l'ampio arco di possibilità ancora aperte, dal *no deal* a un secondo referendum, non permettono di formulare un'analisi esaustiva del processo di *exit* del Regno Unito¹. Eppure una cosa ormai appare chiara: non è mai facile separarsi! La ben nota opposizione Scozzese e Nord-Irlandese alla Brexit, gli odierni dubbi fra Brexit, Brex-in e Brex-out e il recente parere della Corte di Giustizia dell'Unione Europea relativo alla possibilità di revocare l'intenzione di ritirarsi dall'Unione Europea (UE) (Case C-621/18 *Wightman* del 10 dicembre 2018²) stanno a dimostrare che, quand'anche si domi la “bestia” giuridificando quel tabù (costituzionale) che è la secessione, non è poi così facile “esercitare” il diritto, riconosciuto, a separarsi³.

* Professore associato in Filosofia del diritto, Dipartimento di scienze politiche, giuridiche e studi internazionali, Università degli Studi di Padova.

¹ La bibliografia sulla Brexit è ormai sterminata. Si vedano almeno C. CLOSA (Ed.), *Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union: Troubled Membership*, Cambridge, 2017; T. CONNELLY, *Brexit and Ireland: The Dangers, the Opportunities and the Inside Story of the Irish Response*. London, 2017; F. FABBRINI (Ed.), *The Law & Politics of Brexit*, Oxford, 2017; C. MARTINELLI (a cura di), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Sant'Arcangelo di Romagna (RN), 2017 e la letteratura contenuta in <http://timoliver.blogspot.com/2017/06/a-bibliography-of-books-on-brexit.html>.

² CGUE, Grande sezione, 10 dicembre 2018, Andy Wightman, C-621/18, EU: C :2018: 999.

³ Parlano in questi termini sia Wayne Norman secondo il quale inserire il diritto alla secessione in costituzione potrebbe eventualmente servire a ‘domare’ i movimenti indipendentisti (*Domesticating Secession*, in *Secession and Self-Determination*, edited by S. MACEDO and A. BUCHANAN, NYU Press, 2003; NOMOS XLV, New York), at 3566) e che “Legalizing (or ‘domesticating’) secession the right way could, paradoxically, make secession less likely by taking away some incentives for secessionist politics” (W. NORMAN, *Negotiating Nationalism: Nation-Building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford University Press, 2006) sia Susanna Mancini (S. MANCINI, “Secession and Self-Determination”, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 481-500, 482).

Una situazione che convince ancora di più della difficile relazione fra ordinamenti costituzionali e secessione: se si parte dal presupposto, confermato, peraltro, dal parere *Wightman*, che l'approccio al diritto europeo possa, e in questo caso *debba*, essere di tipo costituzionale⁴, l'articolo 50 TUE dev'essere interpretato come clausola "costituzionale" piuttosto che dal punto di vista del diritto internazionale in base alla Convenzione di Vienna sui Trattati⁵. Ne consegue che il sistema giuridico dell'Unione Europea avrebbe rotto, insieme a pochi altri ordinamenti interni⁶, il c.d. tabù costituzionale legalizzando la secessione: una rottura che, negli ultimi anni, è stata auspicata da buona parte della dottrina costituzionalistica con giustificazioni anche diverse, ma che si possono comunque riassumere nell'idea che proceduralizzare e "addomesticare" la separazione potrebbe scongiurare i pericoli e gli eccessi più gravi dei movimenti secessionisti⁷. Il recente dibattito si è poi incentrato sul "come" costituzionalizzare il fenomeno giacché, per parte della dottrina, lasciare la secessione nella sfera del non-diritto, delle situazioni di natura squisitamente politica, finirebbe per "gettare benzina sul fuoco delle rivendicazioni secessioniste"⁸, mentre gli strumenti giuridici che potrebbero disciplinarla sarebbero a disposizione dei nomoteti.

Richiamare oggi "the perceived advantages of handling secessionist politics and secessionist contests within the rule of law rather than as 'political' issues that lie outside of, or are presumed (by the secessionists) to supersede, the law"⁹ appare ancora più assurdo dal momento che la richiamata sentenza *Wightman*, che sicuramente segnerà la storia della giurisprudenza europea, è stata da molti, se non da tutti i commentatori, considerata una sentenza dal sostanziale significato di carattere politico. Eliminando le incertezze interpretative sull'art. 50 un giorno prima del previsto voto in Parlamento sull'accordo di recesso (poi rimandato di un mese), la Corte ha reso possibile il c.d. *Brex-stop*. Le istituzioni europee, dal canto loro, avevano puntato a un'interpretazione restrittiva dell'articolo 50 che non avrebbe permesso di considerare legittima la revoca unilaterale della notifica di recesso per paura di una utilizzazione strategica dell'art. 50.

⁴ O. GARNER, *The ECJ Confirms that Article 50 Notification can be Unilaterally Revoked*, in DCU *Brexit Institute blog*, 11 dicembre 2018, <http://dcubrexitinstitute.eu/2018/12/the-ecj-confirms-that-article-50-notification-can-be-unilaterally-revoked/>.

⁵ Ciò in contrasto, peraltro, con quanto sostenuto nel parere dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona: *Case C-621/18 Wightman – AG Campos Sánchez-Bordona*.

⁶ Su quali costituzioni abbiano giuridificato la secessione si veda, G. MARTINICO, *Le costituzioni come strumento di gestione del rischio: il caso della secessione*, in *Governare la Paura*, 2017, <https://governare-relapaura.unibo.it/article/view/7513/7230>, 22.

⁷ M. JOVANOVIĆ, *Constitutionalizing Secession in Federalized States: A Procedural Approach*, Utrecht, 2007; D. HALJAN, *Constitutionalizing Secession*, Oxford, 2014; D. WEINSTOCK, *Constitutionalizing the Right to Secede*, in *Journal of Political Philosophy*, 2001, n. 2, 182-203.

⁸ Mancini sostiene "demonizing secession, turning it into a constitutional taboo, often adds fuel to secessionist claims" S. MANCINI, *Secession and Self-Determination*, cit., 482.

⁹ W. NORMAN, *Negotiating Nationalism*, cit., 178

Al di là del rischio di abuso della clausola sulla secessione derivante da una utilizzazione strategica della minaccia di uscita per negoziare condizioni più favorevoli, e della difficoltà di individuare i legittimi procedimenti con cui pervenire alla secessione, rendere la medesima un'opzione costituzionale dovrebbe impedire l'uso della forza, della coercizione o della violenza (Brexit, Montenegro per fare due esempi) ma, in ogni caso, una volta presa (democraticamente) la decisione di separarsi, la questione non è risolta una volta per tutte: prima che l'opzione diventi concreta sono, infatti, necessari seri e complessi negoziati di natura politico-istituzionale, giuridica ed economica¹⁰, soprattutto quando il contesto è quello di una lunga interdipendenza¹¹.

Se, da un lato, la mancata consapevolezza del Regno Unito dell'eventuale "rigidità" e "complessità" dei negoziati che avrebbero fatto seguito al voto a favore del *Leave*, ha sicuramente oscurato la difficoltà di "separarsi", dall'altro, da parte degli organi UE, la secessione è stata vista come normale, facile, senza rischi come dovrebbe essere l'"uscita" da un sistema "atipico", peculiare, non-statale, come quello dell'UE.

In realtà entrambi sbagliavano, tanto che la Corte di giustizia ha rassicurato tutti gli interessati avvertendoli che è possibile revocare l'intenzione di separarsi fino all'ultimo giorno prima dell'accordo – o del periodo di proroga nel caso in cui venga richiesto e concesso. Ha aggiunto, inoltre, che gli altri Stati membri, e le istituzioni europee (Consiglio e Commissione)¹², si dovranno eventualmente limitare a prendere semplicemente atto della nuova volontà.

¹⁰ Cfr. J. BENOÏT-XEA, "Secession v Forceful Union. A provisional enquiry into the right to decide to secede and the obligation to belong", in corso di pubblicazione in C. CLOSA, C. MARGIOTTA, G. MARTINICO, *Between Democracy and Law: The Amoralism of Secession*, Routledge, 2019: "Change of status need not involve use of force, coercion or violence (Brexit, Slovakia and Czech republic), but it always requires serious and complex negotiation of institutional, legal, economic and constitutional nature, the more so in the context of increased and enhanced interdependence".

¹¹ Cfr. R. CASTALDI, *A Political Theory Perspective on the Reference*, in G. DELLEDONNE, G. MARTINICO (Eds.), *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession. Legacies of the Quebec Secession Reference*, London, 2019, 231-247. "Interdependence is a defining feature of the contemporary world. As Pascal Lamy pointed out: "Brexit is like trying to get an egg out of an omelette" (<http://www.france24.com/en/20180115-talking-europe-pascal-lamy-brexit-egg-out-omelette-wto-rules-trade-no-deal>). Siamo abituati a guardare all'organizzazione politica come a una cooperazione costante e continua che attraversa le generazioni e che produce beni e benefici pubblici.

¹² S. Peers, *Brexit: you can U-turn if you want to. The CJEU judgment in Wightman*, in *EU Law Analysis*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/12/brexit-you-can-u-turn-if-you-want-to.html>: "The Court rejects the argument of the Council and the Commission that revocation would need unanimous consent, as this 'would transform a unilateral sovereign right into a conditional right subject to an approval procedure', which 'would be incompatible with the principle... that a Member State cannot be forced to leave the European Union against its will'", in *EU Law Analysis*.

E ancora "Revocation 'is fundamentally different' from a request for extension of the Article 50 time period, which entails unanimous consent of the EU27, rejecting the analogy with the second objective of Article 50 which the EU Commission and Council wanted the Court to make".

“Questa casa non è un albergo!” (da cui si può entrare e uscire quando si vuole), avrebbero detto nella mia famiglia negli ormai lontani anni Ottanta, mentre la Corte si è limitata, pochi giorni, fa a dare un’opportunità al governo britannico di uscire dal *cul-de-sac* in cui si è ritrovato, suo malgrado, il Regno Unito.

L’iniziale atteggiamento delle istituzioni europee nei confronti della Brexit, che mi aveva indotto a parlare di *laissez-faire* nei confronti dell’uscita di un suo Stato membro¹³ e che ha certamente “sviato” lo stesso governo britannico di fronte alle reali difficoltà di una separazione – sembra in qualche modo essere stata attenuata dalla fermezza nei negoziati, guidati, per la parte europea, da Michel Barnier. Eppure l’iniziale reazione di tranquillità nei confronti della Brexit, che peraltro non teneva assolutamente conto del possibile effetto di “contagio” sugli altri paesi europei¹⁴, era da considerarsi assolutamente coerente con un sistema giuridico che ha regolato esplicitamente la separazione di uno Stato membro per “governarla”. Eppure quand’anche un ordinamento, come quello europeo, “legalizzi” la secessione, autorizzando gli Stati membri a uscire dall’Unione in modo unilaterale e incondizionato, anche se non immediato (obbligo di negoziare nei successivi due anni dalla dichiarazione di *Exit*), la separazione può andare incontro a non poche difficoltà, con buona pace di alcuni fautori della costituzionalizzazione del diritto a secedere e del suo potere “lenitivo”.

Peraltro la Brexit, come anche la dissoluzione dei paesi le cui costituzioni prevedevano la secessione – come l’ex- Unione Sovietica, l’ex Jugoslavia e l’ex Unione di Serbia e Montenegro – sta a dimostrare come spesso il formalismo abbia significativi effetti giuridici e politici¹⁵. Il dilemma se la mancanza di costituzionalizzazione finisca per demonizzare la secessione, quando invece la sua costituzionalizzazione la normalizzerebbe (in quanto *normata*) – trasformando “un tabù costituzionale” “in uno dei tanti diritti ed opzioni di cui dispongono le entità sub-statali”, facendogli perdere “molto del suo appeal”¹⁶ – potrebbe essere sciolto guardando, oltre che all’attuale vicenda Brexit, anche alla storia di alcuni Stati. Storia che ha, in parte, dimostrato come la costituzionalizzazione della secessione – cioè il tentativo di neutralizzare un’eventuale crisi secessionista – possa finire, in un determinato momento, per incentivarla e come la mancata costituzionalizzazione della stessa possa, invece, finire per disincentivarla, o

¹³ C. MARGIOTTA, *Perché la secessione fa paura? Un aggiornamento su «l'ultimo diritto»*, in “Governare la paura”, 2017, 3, 37.

¹⁴ Italexit è solo un esempio. È la nuova parola che circola nell’opinione pubblica italiana tra i cosiddetti partiti sovrani. R. BIN, *Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)*, in “Quaderni costituzionali”, 2018, 4, 813-830.

¹⁵ C. CLOSA, *Interpreting article 50: Exit, Voice and... What about loyalty*, in C. CLOSA (ed.), cit., 187-214.

¹⁶ G. MARTINICO, *Le costituzioni come strumento di gestione del rischio: il caso della secessione*, in «Governare la paura», 2017, 3, 19 e S. MANCINI, *Ai confini del diritto: una teoria democratica della secessione*, in «Percorsi costituzionali», 2014, 3, 623-638.

quantomeno per scoraggiare l'entusiasmo dei cittadini chiamati, con il voto, ad esprimersi su una eventuale separazione (si pensi ai risultati dei referendum in Québec e in Scozia). Anche in queste vicende si può individuare il motivo per cui il diritto a secedere non ha trovato facile ospitalità nei sistemi costituzionali, a differenza di quanto avvenuto a Lisbona per l'ordinamento dell'UE o a quanto statuito con l'art. 59 del "Progetto Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa" del 2004¹⁷.

2. *L'interpretazione costituzionalistica dell'art. 50*

Il richiamo della Corte di giustizia, in questa situazione, alla costituzionalità del diritto europeo andrebbe analizzato in profondità: non a caso la sentenza richiama il ragionamento fondamentale apparso la prima volta nella famosa sentenza *Van Gend en Loos* e ripetuto costantemente nella giurisprudenza c.d. "costituente" della Corte¹⁸, quando sottolinea la specificità dell'ordinamento giuridico dell'UE rispetto sia al diritto degli Stati membri, sia al diritto internazionale, e la sua "struttura costituzionale".

Un'analisi approfondita del ribadito carattere costituzionale del sistema giuridico dell'UE, mi porta a rivedere una mia recente interpretazione della clausola secessionista. Quando fu inserita, senza troppi dubbi, all'interno del Trattato di Lisbona, ero stata portata a sostenere che l'Unione Europea era una forma di organizzazione politica nuova e atipica rispetto agli Stati costituzionali¹⁹. La secessione, infatti, si oppone (come anche, ad esempio, il potere costituente)

¹⁷ In proposito mi permetto di rinviare a C. MARGIOTTA, *Vizi e virtù della secessione. A proposito dell'articolo 59 del progetto di Costituzione europea*, in *Ragion Pratica*, 2004, 22, 257-272.

¹⁸ Il principale insegnamento della sentenza *Van Gend en Loos* e della successiva giurisprudenza "costituente" è ripreso ai punti 44 e 45 della sentenza *Wightman*: 44. A tale proposito, si deve ricordare che i trattati istitutivi, che costituiscono la carta costituzionale di base dell'Unione (sentenza del 23 aprile 1986, *Les Verts/Parlamento*, 294/83, EU:C:1986:166, punto 23), hanno dato vita, diversamente dai trattati internazionali ordinari, ad un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani, e che riconosce come soggetti non soltanto tali Stati, ma anche i cittadini degli stessi [parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 157 e giurisprudenza citata].

45. Secondo una costante giurisprudenza della Corte, tale autonomia del diritto dell'Unione, alla luce tanto del diritto degli Stati membri quanto del diritto internazionale, si giustifica sulla base delle caratteristiche essenziali dell'Unione e del diritto dell'Unione, relative, in particolare, alla struttura costituzionale dell'Unione nonché alla natura stessa di tale diritto. Il diritto dell'Unione si caratterizza, infatti, per la circostanza di essere una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sui diritti degli Stati membri nonché per l'efficacia diretta di tutta una serie di disposizioni applicabili ai loro cittadini e agli stessi Stati membri. Tali caratteristiche hanno dato luogo a una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano in modo reciproco gli Stati membri e l'Unione, nonché gli Stati membri tra di loro (sentenza del 6 marzo 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158, punto 33 e giurisprudenza citata).

¹⁹ C. MARGIOTTA, *Perché la secessione fa paura?*, cit.

alla nozione tradizionale di perpetuità delle costituzioni degli Stati e, al tempo stesso, a quella dell'indivisibilità della sovranità. Opposizione che spiega, altresì, la tradizionale ostilità all'introduzione di clausole secessioniste negli ordinamenti interni. Il loro inserimento nel Trattato dell'Unione Europea non aveva, invece, preoccupato né i sostenitori della perpetuità delle costituzioni – i trattati europei non sono concepiti come perpetui²⁰ – né tanto meno i sostenitori dell'indivisibilità della sovranità: il *locus* della sovranità non è l'Unione Europea. La lettura costituzionalistica dell'art. 50 della Corte obbliga, quindi, a rivedere questa “scontata” interpretazione della clausola secessionista del Trattato di Lisbona²¹.

A maggior ragione, la lettura dell'art. 50 fornita dalla Corte come clausola di una struttura costituzionale, ha messo in luce come anche la costituzionalizzazione della secessione – che sarebbe, quindi, diversa dal riconoscimento del semplice diritto di recesso²² da un contratto, da un trattato o da un'organizzazione politica originale e atipica come quella europea – non immunizza l'ordinamento in questione dalle difficoltà proprie delle separazioni. Ricordando la natura costituzionale dei Trattati, la Corte ha, quindi, anche mostrato che proceduralizzare non significa ridurre il rischio dell'uscita, né tantomeno che affidare al diritto il fenomeno secessionista significhi automaticamente abbassare i costi politici di una *exit*. L'idea che tali costi sarebbero ben più bassi di quelli che si dovrebbero pagare in un sistema costituzionale che non autorizza, né regola l'*exit*, andrebbe anch'essa rivisitata.

In ogni caso, anche nell'eventualità in cui non si aderisca alla lettura costituzionalistica dell'art. 50 fornita dalla Corte, dovrà essere rivista, alla luce di tale parere, anche l'ipotesi secondo cui un sistema di tipo non-statuale e dal carattere peculiare²³, quale l'Unione Europea, non verrebbe messo in crisi dal ritiro di uno Stato membro.

²⁰ La mancata ratifica del Trattato costituzionale aveva permesso di concorrere a preservare l'ordine giuridico europeo basato sui Trattati.

²¹ La distanza fra il «Trattato» e una «vera» Costituzione era anche da rintracciare in questa peculiare disposizione costituzionale, la cui idea del *recesso ad nutum* sarebbe difficilmente compatibile con una «vera» Costituzione.

²² Da poco ho sostenuto l'ipotesi dell'utilizzo del termine *withdrawn* invece di *secession* riferendosi alla *Brexit*: cfr. C. MARGIOTTA, *An Update on Secession as the 'Ultimate Right': for a Liminal Legality* in corso di pubblicazione in C. CLOSA, C. MARGIOTTA, G. MARTINICO, cit., Routledge, 2019. La secessione ha indiscutibilmente una cattiva reputazione: qualsiasi difesa del relativo diritto, e spesso anche la sola evocazione della questione, incontra costantemente riserve: incredulità, diffidenza, sospetto; mentre lo stessa reputazione non si accompagna al concetto di “recesso”.

²³ “In that respect, it must be borne in mind that the founding Treaties, which constitute the basic constitutional charter of the European Union (judgment of 23 April 1986, *Les Verts v Parliament*, 294/83, EU:C:1986:166, paragraph 23), established, unlike ordinary international treaties, a new legal order, possessing its own institutions, for the benefit of which the Member States thereof have limited their sovereign rights, in ever wider fields, and the subjects of which comprise not only those States but also their nationals (Opinion 2/13 (Accession of the European Union to the ECHR) of 18 December 2014, EU:C:2014:2454, paragraph 157 and the case-law cited).”

3. *Gli aspetti rilevanti della sentenza Wightman*

Due gli aspetti rilevanti della sentenza *Wightman*: l'UE è qualcosa di più di un sistema non-statuale e allora va rafforzata completando il processo – interrotto o mai iniziato (dipende dai punti di vista) – di federalizzazione e di costituzionalizzazione senza necessariamente farla diventare una “prigione”²⁴, oppure l'Unione è la semplice somma degli Stati membri per cui può essere lasciata in balia dei diversi sovranismi populistici o delle diverse minacciate *exit*, rendendo la gestione del relativo rischio davvero impossibile anche con la migliore formula giuridica, quale si era pensato fosse quella dell'art. 50 TUE.

La Corte, in questa occasione, appare posizionata a metà dei due orientamenti. Un'ambivalenza che è stata da più parti rilevata mentre è stato criticato anche il modo in cui rocambolescamente si riescono a tenere insieme due posizioni così distanti, che però, a mio avviso, hanno lo stesso scopo, quello di dare una *chance* all'Unione. Da un lato, la salvaguardia dell'integrazione (che significa per la Corte, fornire più opportunità possibili al Regno Unito per restare a far parte dell'Unione²⁵), attraverso una interpretazione sistematica (la disposizione va letta alla luce dei trattati europei nel loro complesso), dall'altro, attraverso una interpretazione teleologica (obiettivi della medesima), la consacrazione del diritto sovrano di uno Stato membro di recedere dall'Unione²⁶ (e di conseguenza il diritto sovrano di revocare unilateralmente la decisione di ritirarsi fintanto che non sia entrato in vigore l'accordo di recesso o fino a quando non sia scaduto il termine di due anni, eventualmente prorogato). In questo quadro a farne le spese sarebbe il secondo obiettivo dell'art. 50, così come individuato dalla Corte stessa²⁷: consentire che il recesso si svolga in modo *ordinato*. Un'attuazione ordinata,

²⁴ Già A. SPINELLI, nel suo primo progetto di Costituzione Europea per il Parlamento Europeo (1984), aveva sostenuto che l'Unione non dovesse essere una «prigione»: l'eventualità che gli Stati membri potessero percepirla così doveva essere in tutti i modi evitata. W. SCHÄFER, *Withdrawal legitimised? On the proposal by the constitutional Convention for the right of secession from the EU*, in «Intereconomics», 2003, 38, 182 ss. “Does the possibility of a legal way to secede actually make members of federal system feel less constrained and thus less inclined to actually activate secession? A similar discussion was held in the Convention drafting the Treaty establishing a Constitution for Europe, which for the first time include the right to withdraw from the EU”.

²⁵ M. BENLOLO-CARABOT, L'arrêt *Wightman* de la Cour de justice de l'UE. Au nom de «l'union sans cesse plus étroite», in JP blog, le blog de Jus Politicum, <http://blog.juspoliticum.com/2019/01/31/larret-wightman-de-la-cour-de-justice-de-lue-au-nom-de-lunion-sans-cesse-plus-etroite-par-miriam-benlolo-carabot/>: “L'intérêt de l'Union n'est pas de forcer un Etat membre à rester sur sa position de retrait”.

²⁶ Punto 56 della sentenza: “sancire il diritto sovrano degli Stati membri di recedere dall'Unione”.

²⁷ Nello stesso paragrafo 56 si legge: “Ne consegue che l'articolo 50 TUE persegue un duplice obiettivo, vale a dire, da un lato, sancire il diritto sovrano degli Stati membri di recedere dall'Unione e, dall'altro, istituire una procedura intesa a consentire che tale recesso si svolga in modo ordinato”.

secondo Commissione e Consiglio, avrebbe comportato che anche l'eventuale revoca dell'intenzione di lasciare l'Unione sarebbe dovuta avvenire nel quadro istituzionale dell'Unione, ovvero in modo multilaterale e non unilaterale²⁸.

È evidente che l'obiettivo dell'"ordine" non si raggiunge anche quando esista una disposizione che disciplini la possibilità di esercitare il diritto a secedere: anche quando ambisce a diventare un vero e proprio diritto, infatti, quello di secessione appare «ancora» un diritto incerto e virtualmente distruttivo. La secessione, quindi, minaccia l'ordine, anche quando sia norma(lizza)ta. Incanalare giuridicamente fenomeni per loro natura non compatibili con le vie ordinate del diritto non è sempre la panacea di tutti i mali. Per garantire il diritto sovrano di uno Stato – sebbene in funzione dei valori fondamentali dell'UE (il principio di "unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa" e i diritti fondamentali dei cittadini europei²⁹), che sono anche i valori che minano lo stesso principio di sovranità dello Stato – la Corte, infatti, lascia spazio al disordine: a possibili negoziati senza termine, alla possibilità presente (per il Regno Unito), o futura (per altri Stati membri), di "abusare" del diritto di revoca unilaterale per poter, ad esempio, dilatare i tempi al fine di trovare un accordo più favorevole. Anche il rapido accenno, nel paragrafo 74 della sentenza, al fatto che la revoca della volontà di recedere dall'UE debba essere notificata per iscritto al Consiglio europeo e che è sufficiente che essa sia univoca e incondizionata³⁰ non sembra proteggere l'Unione Europea da un possibile uso improprio di tale diritto.

La Corte, oltre a pretendere che la notifica sia "univoca e incondizionata"³¹ e confermi "l'appartenenza all'Unione dello Stato membro interessato in termini immutati per quanto riguarda la sua condizione di Stato membro"³², ha previsto che la decisione di revoca sia presa "conformemente alle norme costituzionali

²⁸ Para 72: "Per quanto riguarda la proposta del Consiglio e della Commissione di subordinare il diritto dello Stato membro interessato di revocare la notifica della sua intenzione di recedere a un'approvazione, all'unanimità, da parte del Consiglio europeo, tale condizione trasformerebbe un diritto unilaterale sovrano in un diritto subordinato soggetto a una procedura di approvazione. Orbene, siffatta procedura di approvazione sarebbe incompatibile con il principio, ricordato ai punti 65, 67 e 69 della presente sentenza, secondo cui uno Stato membro non può essere costretto a recedere dall'Unione contro la sua volontà".

²⁹ Rispettivamente para. 61 e 64.

³⁰ Para. 74 e prosegue; "nel senso che sia diretta a confermare l'appartenenza all'Unione dello Stato membro interessato in termini immutati per quanto riguarda la sua condizione di Stato membro, e detta revoca pone fine alla procedura di recesso".

³¹ La Corte non fa alcun riferimento al parere dell'Avvocato generale che prevedeva che la revoca fosse fatta in modo sincero e in buona fede.

³² Per esteso: "It must, first, be submitted in writing to the European Council and, secondly, be unequivocal and unconditional, that is to say that the purpose of that revocation is to confirm the EU membership of the Member State concerned under terms that are unchanged as regards its status as a Member State, and that revocation brings the withdrawal procedure to an end."

dello Stato membro interessato”³³. Ed è chiaro che tale conformità può essere accertata solo dallo Stato che ha manifestato la volontà di revoca. La Corte si limita a richiamare la necessità della conformità alle norme costituzionali del Regno Unito della decisione di revocare la volontà di ritirarsi dall’Unione, ma non fa alcun riferimento a una specifica azione condotta in applicazione delle norme costituzionali britanniche, come, ad esempio, un referendum, una votazione significativa in parlamento o il risultato di elezioni generali da cui sia emersa una maggioranza contraria. *Et pour cause!* L’art. 50 TUE non aveva previsto, e quindi imposto, le procedure con cui uno Stato membro arriva alla decisione di ritirarsi dall’Unione³⁴, per cui la Corte non potrebbe decidere le modalità con cui si arriva alla decisione contraria.

Eppure allo stato attuale sembra che lo strumento per legittimare un’eventuale revoca possa essere solo un nuovo referendum. Il poco tempo che resta a disposizione per portare a termine un’iniziativa del genere (29 marzo 2019) comporterebbe, però e necessariamente, che il Regno Unito, se non vuole arrivare a un *No Deal*, chieda la proroga del termine per due anni. Una proroga, com’è noto, possibile solo con decisione unanime all’interno del Consiglio europeo: in questo caso, quindi, il contesto istituzionale europeo tornerebbe a essere decisivo, con grande sollievo di Consiglio e Commissione. L’eventuale revoca, in questo caso, sarebbe, infatti, preventivamente sottoposta alla concessione della proroga e, quindi, al consenso unanime degli altri Stati membri.

I giudici, eliminando le incertezze interpretative sull’art. 50, hanno voluto dare un segnale di effettiva protezione del sistema Europa rendendo giuridicamente percorribile la via del Brexit-stop e, quindi, facendola anche apparire realistica agli occhi degli osservatori esterni: come ho già ricordato, il formalismo produce, nel bene o nel male, significativi effetti giuridici e politici. Adesso, l’insieme istituzionale dell’UE ha la responsabilità, nel caso si allontani lo spettro del *No Deal*, di accettare, senza timore di “abusi”, l’eventuale richiesta britannica di una proroga. Una richiesta che, a differenza del ritiro o della revoca dell’intenzione di ritirarsi, non è totalmente indipendente dal volere dell’UE.

Dietro la sentenza della Corte sembra celarsi la speranza di dare l’opportunità ai cittadini del Regno Unito di cambiare idea, di votare nuovamente in

³³ “It may be decided upon unilaterally, in accordance with the constitutional requirements of the Member State concerned.”

³⁴ F. PALERMO, *Towards a Comparative Constitutional Law of Secession?*, cit., 282 : “The Treaty on the European Union lays down the procedure for withdrawing from the Union (Article 50 TEU), although it refers to “its own constitutional requirements” as to how a state may decide on the withdrawal. The British political constitution did not contain a provision on the “own constitutional requirements” although it was clear that a decision on leaving the EU was possible only by referendum, as the British membership in the EU, provided for by the European Communities Act 1972, was confirmed by referendum in 1975 (67.2% in favour by a turnout of 64.6%).” L’esercizio del diritto di recesso dall’UE è praticamente incondizionato.

presenza di maggiori informazioni circa l'*exit* dall'UE. In fondo, la proposta della Corte sembra fondata sull'idea che democrazia non significhi sempre prendere la decisione giusta, ma anche avere la possibilità di cambiare direzione³⁵. I gravi inconvenienti conseguenza o del No Deal (che pregiudicherebbe le future relazioni fra le parti in causa), o di un accordo da molti ritenuto insoddisfacente per il Regno Unito, non erano sostanzialmente noti al momento del primo referendum³⁶ sul "leave" o "remain"³⁷, oggi invece finalmente lo sarebbero. Gli esiti negativi del recesso, date le due uniche opzioni esistenti al momento, sono oggi evidenti ed è alla luce di tali esiti che il Paese potrebbe avere ancora interesse a pronunciarsi in un secondo referendum, decidendo consapevolmente se lasciare veramente l'Unione.

4. *Secessione e democrazia*

L'importanza della menzionata sentenza sembrerebbe risiedere proprio nella necessità di valutare la qualità democratica dello strumento referendario, quando si tratti di questioni "esistenziali" come la secessione e quando i referendum non siano accompagnati da sbarramenti procedurali³⁸ o da procedure ulteriori³⁹. Leggendo in profondità la sentenza si apre una delle questioni più importanti relative ai processi di separazione: la relazione fra secessione e democrazia.

Quand'anche si ammetta che l'istituto referendario sia lo strumento più idoneo a legittimare i processi secessionisti, rimane la difficoltà di definire il significato di maggioranza⁴⁰, di valutare se qualsiasi decisione presa a maggioranza sia necessa-

³⁵ Peraltro come fa notare CASTALDI in proposito, *A Political Theory Perspective on the Reference*, cit., 240: "The people who voted for Brexit could not really know what this would entail. The negotiation has brought to light the many issues and the real costs of Brexit, contrary to many of the promises of the Brexiters during the referendum campaign."

³⁶ For one thing, the Brexit decision may have looked simple on the ballot, but in truth no one knows what comes next after a leave vote

³⁷ K. ROGOFF, *Britain's Democratic Failure*, Jun 24, 2016 in «Project Syndicate» "This isn't democracy; it is Russian roulette for republics. A decision of enormous consequence – far greater even than amending a country's constitution (of course, the United Kingdom lacks a written one) – has been made without any appropriate checks and balances... Does the vote have to be repeated after a year to be sure? No. Does a majority in parliament have to support Brexit? Apparently not. Did the UK's population really know what they were voting on? Absolutely not. Indeed, no one has any idea of the consequences..."

³⁸ *Ivi*: "What we do know is that, in practice, most countries require a "supermajority" for nation-defining decisions, not a mere 51%. There is no universal figure like 60%, but the general principle is that, at a bare minimum, the majority ought to be demonstrably stable. A country should not be making fundamental, irreversible changes based on a razor-thin minority that might prevail only during a brief?"

³⁹ *Ivi*: "Brexit should have required, say, two popular votes spaced out over at least two years, followed by a 60% vote in the House of Commons. If Brexit still prevailed, at least we could know it was not just a one-time snapshot of a fragment of the population?"

⁴⁰ Come si stabilisce la maggioranza dipende molto, per esempio, da come vengono definite alcune questioni fondamentali, quali gli aventi diritto al voto e il quorum sia per l'affluenza che per

riamente democratica e di verificare se l'essenza della democrazia risieda proprio nel principio maggioritario⁴¹. Le democrazie del Novecento hanno costruito sistemi di “pesi e contrappesi” tali da proteggere, come noto, anche gli interessi delle minoranze e tali da evitare di assumere decisioni “disinformate” con conseguenze gravissime. I sistemi democratici, infatti, non possono più essere ridotti alla semplice maggioranza; mentre è lecito domandarsi se una maggioranza semplice (e così esigua come nel caso della Brexit solo il 51,9% su una affluenza del 72,2%) possa prendere decisioni così importanti per il futuro della società, quando proprio tale esigua maggioranza sta a dimostrare che la società consultata è assolutamente divisa sulla questione. L'idea che ogni decisione presa a maggioranza sia necessariamente democratica non riflette, infatti, quel contesto più ampio di democrazia che è ciò che rende possibile un voto e un risultato maggioritario. Bisogna, infatti, riconoscere che il principio maggioritario è condizione necessaria, ma non sufficiente per definire la democrazia contemporanea: le costituzioni democratiche del secondo Novecento furono disegnate anche per proteggere da eventuali “tirannie” della maggioranza.

La Corte, coerentemente ad una visione complessa di democrazia non riducibile al solo principio maggioritario, sembra dare, in qualche modo, l'opportunità di attutire l'impatto potenzialmente distorsivo delle decisioni a maggioranza quando offre la possibilità (al popolo o al Parlamento britannico?) di pronunciarsi (una seconda volta⁴²) sul risultato della negoziazione dell'*exit* per poter poi,

l'approvazione. Solo per fare alcuni esempi: al referendum catalano del 2017 il tasso di partecipazione al voto si è fermato al 43%; al referendum per l'indipendenza del Montenegro del 2006 era stato, invece, richiesto l'assenso di almeno il 55% dei votanti. Ormai imprescindibile su questa questione è la decisione della Corte Suprema del Canada sul diritto unilaterale di secessione del Québec e del 1998 che, inter alia, chiedeva una “clear majority” perché il processo secessionista potesse dirsi legittimo. Sulla *Quebec Secession Reference* mi permetto di rinviare al capitolo VIII, par. 3.2 del mio *L'ultimo diritto. Profili storici e teorici della secessione*, Bologna, 2005 e, più recente, cfr. G. DELLEDONNE, G. MARTINICO (Eds.), *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession. Legacies of the Quebec Secession Reference*, London, 2019

⁴¹ Si veda l'ormai classico E. RUFFINI, *Il principio maggioritario*, Milano, Adelphi 1976 e *La ragione dei più*, Bologna, Il Mulino, 1977.

⁴² Una cosa che, peraltro, sulle questioni europee è diventata usuale, cfr. F. PALERMO, *Towards a Comparative Constitutional Law of Secession?*, cit., 276: “One may think of the referendums held in some European countries on issues pertaining to the European Union. Ireland has been the “champion” of repeated European referendums. In 2001, voters rejected the Treaty of Nice (53.9% against by a turnout of 34.8%), but the referendum was repeated in 2002, after some changes in the treaty concerning the Irish position on the common defence policy, and was approved by 62.9% of the voters (turnout 49.5%). In 2008, Ireland was the only EU Member State to call a referendum on the ratification of the Lisbon Treaty: ratification was initially rejected by a 53.2% majority (turnout 53.1%) and subsequently approved (unchanged) in a second referendum in 2009 (67.1% in favour, turnout 59%). Denmark held two referendums on the ratification of the Maastricht Treaty: the first was rejected in 1992 by 50.7% (turnout 83.1%), the second – after renegotiating the opt-out from significant policies such as the Economic and Monetary Union, the Union Citizenship, Justice and Home Affairs and Common Defence – was approved in 1993 by 56.7% of the voters (turnout 86.5%).”

eventualmente, mutare la precedente intenzione⁴³.

La Corte sembra rendere lecita la domanda se sia più democratico aver chiesto al popolo britannico se volesse lasciare l'UE o se in teoria non sarebbe più democratico chiederglielo ora che ha un'idea molto più chiara di cosa significhi lasciare effettivamente l'UE.

In conclusione, e al di là delle perplessità essenzialmente logico-giuridiche sul dispositivo della sentenza (che rimangono), la Corte non soffermandosi sulle preoccupazioni di Consiglio e Commissione relative sia alla possibilità dell'abuso del diritto di revoca, sembra comunque strizzare l'occhio a populisti e sovranisti, richiamando di frequente il concetto di sovranità statale⁴⁴, facendone, in qualche modo, il fondamento della sentenza e ricordando che, in ultima analisi, gli Stati rimangono i "signori" dell'Unione. D'altro canto, la mano tesa al Regno Unito, cui si dà la possibilità di mutare le proprie intenzioni, grazie alla lettura dei Trattati come struttura costituzionale, sembra, invece, andare nella direzione opposta, quella di "un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa"⁴⁵: basti pensare allo specifico riferimento all'impatto dell'eventuale uscita del Regno Unito sulla cittadinanza dell'UE⁴⁶. Richiamo a una sorta di "priorità" della cittadinanza europea rispetto alle cittadinanze nazionali, che può offrire importanti elementi di riflessione sull'ordinamento dell'Unione Europea. D'altra parte anche la secessione solleva una serie di interrogativi su che cosa rappresenti il disegno istituzionale dell'UE: per lungo tempo dopo l'originaria esperienza americana – la guerra detta paradigmaticamente "di secessione" –, infatti, il concetto stesso è rimasto legato alla forma federale, rivelando come l'uso politico di esso resti legato a un particolare contesto politico, quale è quello di Unione, Confederazione e/o Federazione di Stati.

⁴³ R. CASTALDI, *A Political Theory Perspective on the Reference*, cit., 240: "Such proposals are based on the idea that democracy is not about always taking the right decision, but about the possibility to change course. The people who voted for Brexit could not really know what this would entail. The negotiation has brought to light the many issues and the real costs of Brexit, contrary to many of the promises of the Brexiteers during the referendum campaign. At the end of the negotiation, the citizens will be more aware of the real options and therefore will be able to take the final decision."

⁴⁴ G. MARTINICO in questo fascicolo.

⁴⁵ Al paragrafo 66: "the Treaties' purpose of creating an ever closer union among the peoples of Europe".

⁴⁶ Al par. 64 si legge, infatti, "It must also be noted that, since citizenship of the Union is intended to be the fundamental status of nationals of the Member States (see, to that effect, judgments of 20 September 2001, Grzelczyk, C-184/99, EU:C:2001:458, paragraph 31; of 19 October 2004, Zhu and Chen, C-200/02, EU:C:2004:639, paragraph 25; and of 2 March 2010, Rottmann, C-135/08, EU:C:2010:104, paragraph 43), any withdrawal of a Member State from the European Union is liable to have a considerable impact on the rights of all Union citizens, including, inter alia, their right to free movement, as regards both nationals of the Member State concerned and nationals of other Member States".

Per «unione stabile fra Stati» (quale che sia il carattere di essa), dovrebbe intendersi però, quell'unione che non entra in crisi a causa di una secessione, né diventa uno Stato unitario. La peculiarità del sistema istituzionale dell'UE non dovrebbe automaticamente esporla al rischio della dissoluzione lasciando, ancora una volta, aperta la possibilità che lo Stato nazionale rimanga la sola forma di organizzazione politica escogitata sino a oggi dalla modernità per misurarsi con lo spazio.

Abstract

Sovereign (dis)order: Brexit and the *Wightman* ruling

by Costanza Margiotta

This article offers a reading of the recent *Wightman* case ruling of the Court of Justice of the European Union on the revocation of a notification of an intention to withdraw from the EU under Article 50 TEU. The relevant aspects of this opinion show the ambiguity of the European Court on Brexit: on the one hand, the consecration of the sovereignty of the Member State, and on the other, the statement of EU as an ever closer Union. Both principles have, in the opinion of the author, the same aim: the safeguard of European Union. The Court with *Wightman* gives the first interpretation of art. 50 TEU on withdraw and, giving a constitutional interpretation of European Law, offers the opportunity to look again at the relation between secession and constitutional law. Giving to UK the right of revocation of the will of exit from EU, the Court offers also the opportunity to analyse the relation between secession and democracy and between democracy and majoritarianism.

Parole chiave: Secessione, Brexit, Corte di Giustizia dell'Unione europea, Diritto costituzionale, sovranità.

Key words: Secession, Brexit, CJEU, Constitutional law, Sovereignty.

Il federalismo belga in tempi di transizione e la Carta per le Fiandre: verso nuove forme di asimmetria?

di Matteo Monti

SOMMARIO. 1. Introduzione: le costituzioni subnazionali fra spinte identitarie e asimmetria. – 2. La Carta per le Fiandre nel panorama dell'autonomia costituzionale degli stati federati e delle unità subnazionali belghe. – 2.1. La Carta per le Fiandre nel contesto delle unità subterritoriali belghe: un'asimmetria nella autonomia costituzionale? – 3. Il *Bill of rights* della Carta per le Fiandre nel panorama delle costituzioni subnazionali. – 3.1. La Carta per le Fiandre e i diritti federali belgi: un'asimmetria nei diritti fondamentali? – 4. Quali prospettive per la Carta per le Fiandre: richieste identitarie e paure secessioniste. – 5. Conclusioni: le nuove frontiere dell'asimmetria nell'ordinamento belga.

1. *Introduzione: le costituzioni subnazionali fra spinte identitarie e asimmetria*

Le costituzioni subnazionali non sembrano essere un tratto imprescindibile per un federalismo¹, ma la presenza di una *'Kompetenz zur Verfassungsgebung'*² risulta un elemento essenziale per la costruzione di uno stato federale “avanzato”. Come inoltre è stato sottolineato³, le costituzioni subnazionali sono spesso in grado di accomodare le spinte identitarie delle unità subterritoriali.

In questa prospettiva il federalismo belga si caratterizza per l'assenza di un'autonomia costituzionale piena in capo alle entità subnazionali ed è proprio in questo contesto sistemico che vanno registrate le velleità della regione fiamminga di dotarsi di una costituzione subnazionale, ossia di un documento che ricomprenda non solo gli aspetti organizzativi e istituzionali della Regione, ma anche un catalogo di diritti fondamentali. La Carta per le Fiandre (*Handvest*

¹ Si veda *ex pluribus* P. POPELIER, *The need for sub-national constitutions in federal theory and practice. The Belgian case*, in *Perspectives on Federalism* (www.on-federalism.eu), 2, 2012, 43. Cfr. A. GAMPER, *Global Theory of Federalism*, in *German Law Journal*, 10, 2005, 1312. È necessario inoltre sottolineare che alcuni stati federali sono sprovvisti di costituzioni subnazionali, si pensi, ad esempio, al caso del Belgio o del Canada (sul quale: G.A. TARR, *Subnational Constitutions and Minority Rights: A Perspective on Canadian Provincial Constitutionalism*, in *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 2, 2008). Cfr. *ex pluribus* J.A. GARDNER, *In search of Sub-National Constitutionalism*, in *European Constitutional Law Review*, 4, 2008. Per una panoramica delle più recenti esperienze ed evoluzioni si veda: G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, P. POPELIER (a cura di), *Re-Exploring Subnational Constitutionalism*, numero speciale della rivista *Perspectives on Federalism* (www.on-federalism.eu), 2, 2014.

² H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlino, 1925, 208.

³ «Sub-national constitutionalism can provide a way to respond to demands for recognition and self-rule». G.A. TARR, *Explaining Sub-national Constitutional Space*, in *Penn. State Law Rev.*, 115, 2011, 1148.

voor Vlaanderen)⁴ è difatti un documento che, nella sua ultima versione, risulta composto da un preambolo, sei titoli e 120 articoli⁵. La Carta appare innovativa, rispetto all'autonomia costituzionale delle unità subnazionali belghe, soprattutto in relazione all'ampio *Bill of rights*. La presenza di un catalogo di diritti e quindi la formalizzazione delle relazioni fra istituzioni e cittadini è, infatti, completamente estranea all'autonomia istituzionale prevista dall'ordinamento belga per le unità subnazionali. La Carta è però – attualmente – solo una bozza di risoluzione che non ha natura legale ma esclusivamente politica⁶.

L'analisi risulta di primario interesse poiché in un ordinamento caratterizzato da un ampio grado di asimmetria⁷, l'eventuale emanazione di una Carta per le Fiandre potrebbe essere, per la sua stessa intrinsecità, foriera di due inediti e importanti elementi di asimmetria⁸: uno nelle carte subnazionali e l'altro nei diritti fondamentali.

Questo saggio si articola in tre sezioni. In una prima sezione si analizzerà l'inquadramento della Carta per le Fiandre all'interno del panorama dell'autonomia costituzionale delle unità subterritoriali belghe, rilevando la prima possibile forma di asimmetria: l'asimmetria nelle costituzioni subnazionali. Nella seconda sezione si affronterà, invece, la parte che appare più innovativa del progetto della Carta, ossia il *Bill of rights* fiammingo, concentrandosi in particolare sulla seconda forma di asimmetria che il progetto potrebbe causare: l'asimmetria nei diritti fondamentali. Infine, nella terza sezione ci si concentrerà sulle prospettive della Carta e, in particolare, sulla sua realizzabilità politica. Nelle conclusioni saranno svolte alcune brevi considerazioni riepilogative.

⁴ La carta è consultabile al sito: <http://www.standaard.be/extra/pdf/Handvest%20voor%20Vlaanderen.pdf> (consultato il 28/12/2018). Le traduzioni dal fiammingo sono effettuate da me ove segnalato con la dicitura “trad. mia”.

⁵ I titoli sono rispettivamente (trad. mia): Titolo I – *Delle Fiandre, Stato federato del Belgio* (Vlaanderen, Deelstaat Van België); Titolo II – *Dei diritti e delle libertà* (De Rechten En Vrijheden); Titolo III – *Dei poteri* (De Machten); Titolo IV – *Della cooperazione* (Samenwerking); Titolo V – *Delle relazioni esterne* (Buitenlandse Betrekkingen); Titolo VI – *Delle finanze* (De Financien).

⁶ S. LAMBRECHT, *Movement towards a Flemish Constitution*, in *Perspectives on Federalism* (www.on-federalism.eu), 2, 2014, 142.

⁷ A. MASTROMARINO, *Il federalismo disaggregativo*, Milano, 2010; A.M. RUSSO, *Pluralismo territoriale e integrazione europea. Asimmetria e relazionalità nello Stato autonomico spagnolo. Profili comparati* (Belgio e Italia), Napoli, 2010; M. OLIVETTI, *Il federalismo asimmetrico belga e le sue recenti evoluzioni*, in G. D'IGNAZIO, (a cura di), *Integrazione europea e asimmetrie regionali*, Milano, 2007; V. PIERGIGLI, *Diversità linguistica e (dis)soluzione federale: il caso del Belgio*, in A. BENAZZO (a cura di), *Federalismi a confronto*, Padova, 2010.

⁸ L'espressione di asimmetria coniata da Tarlton (C.D. TARLTON, *Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation*, in *The Journal of Politics*, 27, 1965) è qui usata in senso ampio.

2. *La Carta per le Fiandre nel panorama dell'autonomia costituzionale degli stati federati e delle unità subnazionali belghe*

Negli ordinamenti federali è possibile che a fianco di una *political asymmetry* sia presente una *constitutional asymmetry*⁹ che può anche essere costituita da una forma differenziata dei regimi di autonomia costituzionale, oltre che da un'attribuzione differente delle specifiche competenze. Un caso rappresentativo di questa tipologia di asimmetria, a livello di costituzioni federate, si coglie ad esempio in quanto disposto nel federalismo indiano: la costituzione indiana prevede la possibilità di dotarsi di una propria costituzione scritta solo per lo stato federato del Kashmir¹⁰. Questa tendenza asimmetrica è inoltre *in fieri*, oltre che in Belgio, anche in altri ordinamenti: si pensi ai tentativi del Québec di dotarsi di una propria costituzione¹¹ o, in parte, in relazione a quanto avvenuto in Spagna con gli statuti “rinforzati” di alcune comunità autonome¹².

In quest'ambito, serve rilevare che le unità subterritoriali belghe non sono dotate di una piena autonomia costituzionale: neanche la Sesta Riforma dello Stato (2012-2014) ha dotato le Regioni e le Comunità del potere di emanare vere e proprie costituzioni subnazionali. La competenza “costituzionale” degli enti subnazionali si limita, dal punto di vista materiale, alla possibilità di regolamentare l'elezione dei parlamentari, le incompatibilità, la composizione dei parlamenti e dei governi e il funzionamento degli stessi¹³. Si tratta di una competenza meramente organizzativa di cui usufruiscono solo alcune unità subterritoriali (Regione-Comunità fiamminga, Comunità francofona e Regione vallona) e da cui ne rimangono escluse altre (Regione di Bruxelles e Comunità germanofona). Per quanto riguarda la materia dei diritti, benché sia deputato anche alle unità subterritoriali dare applicazione a quelli sanciti dalla costituzione federale¹⁴, le unità subnazionali non hanno alcuna competenza a promulgare propri *Bill of*

⁹ R.L. WATTS, *Comparing Federal Systems*, Kingston, 2008, 125 e ss; F. REQUEJO, *Decentralisation and Federal and Regional Asymmetries in Comparative Politics*, in F. REQUEJO, K.-J. NAGEL, *Federalism beyond Federations*, 2016, Ashgate, 5-6.

¹⁰ Si veda l'art. 370 della Costituzione indiana. Si pensi anche per forme meno evidenti di asimmetria agli statuti speciali in Italia rispetto agli statuti ordinari (in tal senso sembra D.J. ELAZAR, *State Constitutional Design in the United States and Other Federal Systems*, in *Publius*, 1, 1982, 9). Come ulteriore esempio si pensi al caso Sudafricano, in cui solo una provincia ha in vigore una costituzione (artt. 142-145).

¹¹ Cfr. G.A. TARR, *Subnational Constitutions and Minority Rights*, cit.

¹² Su cui G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, *Legal Conflict and Subnational Constitutionalism*, in *Rutgers Law Journal*, 42, 2012.

¹³ Artt. 118 § 2 e 123 § 2 Cost. Belga. Per approfondimenti si veda: Q. PEIFFER, *L'autonomie constitutive des entités fédérées*, in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 25, 2017, 36 e ss.

¹⁴ Cfr. M. NIHOUL, F.-X. BARCENA, *Le principe de l'autonomie constitutive: le commencement d'un embryon viable*, in A. DE BECKER, E. VANDENBOSSCHE (a cura di), *Eléments charnières ou éléments clés en droit constitutionnel*, Bruges, 237.

rights. In tal senso parte della dottrina ha ventilato la possibilità che una sorta di “proto carta” dei diritti possa essere formulata alle condizioni di non contraddire la Carta federale e le carte internazionali e solo qualora fosse impattante esclusivamente sulle competenze regionali¹⁵; tuttavia questi documenti non potrebbero assurgere a vere e proprie costituzioni subnazionali.

La Carta per le Fiandre va dunque inserita in questo contesto nel quale non potrebbe, *rebus sic stantibus*, assumere il ruolo di una vera e propria costituzione subnazionale. Il progetto, al momento, è stato proposto come una risoluzione che andrebbe votata dal Parlamento per orientare l’azione del governo e non come un decreto: in primo luogo in quanto un decreto ordinario potrebbe essere modificabile a maggioranza semplice; in secondo luogo perché osta alla possibilità di emanare un decreto ordinario o speciale il fatto che esso esulerebbe dalle competenze legislative della regione Fiamminga¹⁶.

2.1. *La Carta per le Fiandre nel contesto delle unità subterritoriali belghe: un’asimmetria nella autonomia costituzionale?*

L’idea di una costituzione per le Fiandre nasce, sotto gli auspici dei governi CVP-SP-VU, nel 1996 a seguito della presentazione del libro “Proposizione di una Costituzione per le Fiandre”¹⁷: nel 1999 il parlamento fiammingo, partendo da questo documento, propose la prima risoluzione relativa alla richiesta di un’autonomia costituzionale piena. Alcune versioni di “carta costituzionale” fiamminga furono materia di discussione¹⁸, ma non furono mai votate e furono solo oggetto di risoluzioni¹⁹. Nel 2010 il Primo Ministro fiammingo, Kris Peeters

¹⁵ Cfr. Q. PEIFFER, J. SAUTOIS, *L’autonomie constitutive après la sixième réforme de l’État*, in J. SAUTOIS, M. UYTENDAELE (a cura di), *La sixième réforme de l’État 2012-2013: Tournant historique ou soubresaut ordinaire?*, Limal, 2013, 105 e J. SAUTOIS, V. VAN DER PLANCKE, *Extension du domaine de la lutte contre les discriminations. Les nouvelles normes en Communauté française, en Région wallonne et en Région bruxelloise*, in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROUGHENBROECK (a cura di), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Bruxelles, 2010.

¹⁶ S. LAMBRECHT, *Movement*, cit., 149 e ss.

¹⁷ La traduzione del titolo dell’opera è mia. Il libro a cui si fa riferimento è: J. CLEMENT, W. PAS, B. SEUTIN, G. VAN HAEGENDOREN, J. VAN NIEUWENHOVE, *Proeve van Grondwet voor Vlaanderen*, Die Keure, 1996. Per avere più dettagli sulla travagliata storia di questo testo si veda S. LAMBRECHT, *Movement*, cit., 144.

¹⁸ Parlement flamand, Commission de Réforme de l’État et des Affaires générales, Hoorzitting over de Proeve van Grondwet voor Vlaanderen. Verslag, n° 527/1, 24 janvier 1997, p. 3; Parlement flamand, Commission de Constitution flamande, Hoorzittingen over een Vlaamse Grondwet. Een inhoudelijke en rechtsvergelijkende verkenning. De juridische invalshoek van het boek “Proeve van Vlaamse Grondwet voor Vlaanderen”. Verslag, n° 813/1, 26 avril 2006.

¹⁹ Parlement flamand, Handvest van Vlaanderen. Een basistekst voor een eigentijds Vlaanderen, n° 46/1, 10 janvier 2003; Parlement flamand, Voorstel van resolutie houdende het Handvest van Vlaanderen, n° 623/1, 15 décembre 2005.

(CD&V), si fece promotore della necessità di rilanciare il progetto della Carta e nel 2012 la sua maggioranza (CD&V, SP.A, N-VA, Open VLD) presentò una risoluzione al parlamento fiammingo²⁰.

Le più recenti esternazioni dell'attuale Primo Ministro fiammingo Geert Bourgeois (N-VA) che, da ultimo l'11 luglio 2017²¹, ha espresso la necessità di far ripartire il progetto danno conto della vitalità e della attualità della questione, per niente sopita malgrado anni di "fallimenti".

Da questo punto di vista sembra necessario ricordare che: «Even though the text is not a proposal for a subnational constitution, it does constitute according to the drafters an impetus to it: a kind of non-binding version»²².

Come attentamente rilevato²³ uno dei maggiori problemi della Carta è la mancata convergenza dei partiti fiamminghi – peraltro quasi tutti favorevoli a una carta subnazionale – sul contenuto che essa dovrebbe avere. Questa divergenza ha più volte rallentato il processo di emanazione della Carta e quello – ugualmente importante – di pressione sull'apparato federale al fine di ottenere la concessione di una piena autonomia costituzionale: a tal proposito una parte della dottrina ha auspicato una più ampia partecipazione della cittadinanza e delle opposizioni²⁴ per favorire la condivisione politica del progetto e di conseguenza la sua efficacia e la sua forza.

Le altre unità subnazionali belghe, comunità e regioni, non sono state invece ugualmente recettive e responsive rispetto all'introduzione di una costituzione subnazionale.

In Vallonia, l'Institut Jules-Destrée formulò nel 1997 un primo documento, di natura più simbolica che giuridica, mentre un più corposo progetto fu elaborato nel 2006 come risposta all'iniziativa "costituente" fiamminga²⁵. Tuttavia, questo progetto di carta dotato anche di un *bill of rights* si arenò ben presto, non riuscendo a suscitare un reale dibattito ed un sostanziale interesse politico intorno alle possibili evoluzioni delle competenze regionali in materia di autonomia costituzionale. La mancanza di un interesse e di un'esigenza politica rispetto allo sviluppo di una costituzione vallona è risultata chiara nel 2012 quando, a seguito della presentazione della Carta per le Fiandre, il Presidente del parlamento vallone Patrick Dupriez (Écolo) affermò che la Vallonia non sentiva esigenza di avere una propria carta fondamentale²⁶.

Per quanto riguarda le altre unità subnazionali belghe serve rilevare come né

²⁰ Parlement flamand, Voorstel van resolutie betreffende het Handvest voor Vlaanderen, n° 1643/1, 30 mai 2012.

²¹ Q. PEIFFER, *L'autonomie*, cit., 56.

²² S. LAMBRECHT, *Movement*, cit., 147.

²³ Cfr. Idem, 146-147.

²⁴ Cfr. Idem, 147-148. L'unico momento di partecipazione popolare fu una petizione con 24mila firme. S. LAMBRECHT, *Movement*, cit., nota 4.

²⁵ Parlement wallon, Proposition de décret spécial instituant une constitution wallonne, n° 367/1, 4 mai 2006.

²⁶ Q. PEIFFER, *L'autonomie*, cit., 58.

la Comunità francese, né la Regione di Bruxelles né la Comunità germanofona abbiano intrapreso iniziative in tal senso.

Risulta dunque evidente che «Flanders is the only sub-state demanding more constitution-making power»²⁷. La Carta per le Fiandre sembra essere ad oggi l'unico progetto concreto in seno alle autonomie belghe e le Fiandre sembrano essere l'unica regione che “spinge” politicamente per avere la possibilità di emanare e dotarsi di una costituzione subnazionale.

Questa premessa avvalorava così un'inferenza: l'eventuale ed ipotetica emanazione di una costituzione fiamminga implicherebbe un ulteriore livello di asimmetria nell'ordinamento belga, quello nelle costituzioni subnazionali. Le Fiandre risulterebbero, infatti, l'unica unità subterritoriale dotata di una costituzione subnazionale. Peraltro, l'attribuzione di un'autonomia costituzionale piena alle sole Fiandre e/o il suo pieno utilizzo solo da parte della Regione fiamminga – qualora venisse concessa tale autonomia anche ad altre unità subnazionali²⁸ – sarebbe un'opzione ordinamentale coerente con la tendenza dell'ordinamento belga alla creazione di soluzioni *ad hoc* per l'accomodamento delle richieste e istanze federate, il cui carattere si esplicita «by the whole list of asymmetries and by the sometimes overwhelming complexity of the system»²⁹. Questo è particolarmente vero in materia di autonomia costituzionale, che già attualmente inaugura una forma di asimmetria, dotando solo alcune unità subnazionali di competenze organizzative ed istituzionali.

Infine, si può evidenziare che quest'ulteriore forma di asimmetria sarebbe anche in linea con quella già sviluppata a livello istituzionale, con l'unione della Comunità fiamminga e della Regione fiamminga, la quale come è stato evidenziato³⁰ è espressione di un «tailor-made design» da parte del diritto costituzionale belga rispetto alle esigenze subterritoriali, che si estrinsecano nella priorità dell'elemento culturale-identitario nelle Fiandre rispetto a quello dello sviluppo economico nella Vallonia.

3. *Il Bill of rights della Carta per le Fiandre nel panorama delle costituzioni subnazionali*

Nella dinamica “costituzionale” fiamminga l'altro elemento di asimmetria di cui la Carta può farsi promotrice è quello dell'asimmetria nei diritti fondamentali.

²⁷ P. POPELIER, *The need*, cit., 38.

²⁸ Sembrano, infatti, potersi osservare dei *trend* legati al poco utilizzo dello spazio di autonomia costituzionale da parte delle carte subnazionali: cfr. F. PALERMO, K. KÖSSLER, *Comparative Federalism Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford, 2017, 136.

²⁹ W. PAS, *A Dynamic Federalism Built on Static Principles: The Case of Belgium*, in G.A. TARR, R.F. WILLIAMS, J. MARKO (a cura di), *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*, Westport, 2004, 167. Cfr. sull'evoluzione di una carta fiamminga: Idem, 169.

³⁰ Così P. PEETERS, *Grondwet en 'Staatlichkeit'. Over institutionele, constitutieve en grondwetgevende autonomie van de gemeenschappen en de gewesten*, in F. JUDO (a cura di), *Van Vlaanderen tot Europa: wie vraagt om een Grondwet*, Brussels, 2005, 44, come riportato da P. POPELIER, *The need*, cit., 52. Cfr. S. ROSSI, *Belgio: uno Stato a incastro*, in *Le Regioni*, 4, 2016, 663.

La Carta contiene, infatti, un ricco catalogo di diritti “fondamentali” fiamminghi, racchiusi al Titolo II – *Dei diritti e delle libertà (De Rechten En Vrijheden)*, che va dall’art. 8 all’art. 54³¹ del progetto.

Nell’ambito degli stati federali si può ritenere che sussistano varie interazioni fra i diritti fondamentali federali e quelli federati³²: le carte subnazionali possono rispecchiare i diritti federali, espanderne il contenuto, creare nuovi diritti rispetto a quelli nazionali e da ultimo diminuirne la portata o non ricomprenderne il contenuto. Tuttavia se la prima categoria, in assenza di un sistema duale di corti³³, difficilmente può dare luogo ad una forma di asimmetria, in quanto l’interpretazione giudiziale accentrata e federale tendenzialmente determina la medesima interpretazione di diritti dal medesimo contenuto formale³⁴, la quarta si risolve in un’antinomia incompatibile con il principio di supremazia federale. La seconda e la terza categoria si dipanano invece in forme di asimmetria nella protezione dei diritti fondamentali che consentono ai diritti fondamentali subnazionali³⁵ di garantire ai cittadini residenti in determinate unità subterritoriali di godere di diritti più ampi rispetto a quelli federali o di diritti diversi da questi ultimi.

Questa asimmetria sembra potersi considerare compatibile con il principio di uguaglianza fin tanto che siano rispettati i diritti fondamentali federali³⁶, come espressione del *minimum standard*³⁷.

³¹ Fra i diritti innovativi rispetto al *bill of rights* federale, come si vedrà con più attenzione in seguito, risultano: diritti controversi (come le *affirmative actions*, artt. 15-16); diritti economici (diritti delle imprese artt. 42 e 50; diritti dei lavoratori artt. 31, 32, 33, 34 e 35) e sociali (artt. 36, 40, diritti delle persone con disabilità – art. 49, diritti delle persone anziane – art. 48), legati al particolare sviluppo economico della regione; diritti dalla chiara influenza europea, come i diritti legati alla nuova società digitale (diritto dei consumatori – art. 41, diritto alla *data protection* – art. 21, proprietà intellettuale – art. 43, diritto dei media – art. 24); e diritti non esplicitamente ricompresi dalla Carta federale belga (*ex pluribus* libertà artistica – art. 26).

³² Cfr. F. PALERMO, K. KÖSSLER, *Comparative*, cit., 344.

³³ È quel fenomeno denominato *New Judicial Federalism* (G.A. TARR, *The Past and Future of the New Judicial Federalism*, in *Publius*, 24, 1994). Cfr. F. PALERMO, K. KÖSSLER, *Comparative*, cit., 335.

³⁴ Altrimenti potendosi assistere a una forma di interazione rientrante nella seconda categoria, quella dei diritti espansivi.

³⁵ F. PALERMO, K. KÖSSLER, *Comparative*, cit., 130 e ss. Cfr. C. FEROCOT, *Diversity of Constitutional Rights in Federal Systems*, in *European Constitutional Law Review*, 4, 2008, 309.

³⁶ «If a state’s protection of individual rights droops too low (...) The federal Bill of Rights is the floor whereas the state bills of rights are the ceiling. The state can reach above the floor but cannot drop below it. The room in between is where it is all worked out». D.T. BEASLEY, *Federalism and the Protection of Individual Rights: The American State Constitutional Perspective*, in *Georgia State University Law Review*, 11, 1995, 681. «In such cases, however, courts have normally judged that the federal charter of rights, insofar as there is a conflict, must prevail. What provincial charters of rights can do, however, is to supplement or extend the rights available to their own citizens and minorities beyond those set out in the federal constitution». R.L. WATTS, *Foreword: States, Provinces, Lander, and Cantons: International Variety among Subnational Constitutions*, in *Rutgers Law Journal*, 31, 2000, 958. Cfr. K. HENRARD, *Equality Considerations and Their Relation to Minority Protections, State Constitutional Law, and Federalism*, in G.A. TARR, R.F. WILLIAMS, J. MARKO (a cura di), *Federalism*, cit. e F. PALERMO, K. KÖSSLER, *Comparative*, cit., 341-342.

³⁷ Secondo la teoria del *Mindeststandardlehre* (BVerfGE 96, 345 [365]; 36, 342 [361]) o quella del

Anche nell'ordinamento belga, stante l'assenza di una disposizione esplicita in tal senso, pare potersi affermare che un'eventuale asimmetria nei diritti fondamentali, dovuta allo sviluppo della Carta, risulterebbe compatibile con il principio di uguaglianza federale³⁸.

La Carta, infatti, riprendendo alcuni diritti della Carta Ue³⁹, ampliando quelli federali o costituzionalizzando quelli previsti dalla legislazione ordinaria finirebbe per garantire agli individui residenti nelle Fiandre maggiori diritti fondamentali rispetto ai residenti in Vallonia o Bruxelles. Questi diritti fondamentali potrebbero orientare le scelte legislative fiamminghe, nell'ambito della discrezionalità lasciata dalla Costituzione belga, e anche determinare una tutela in negativo, qualora si sviluppasse un adeguato sistema di *judicial review* degli stessi.

3.1. *La Carta per le Fiandre e i diritti federali belgi: un'asimmetria nei diritti fondamentali?*

La seconda asimmetria che la Carta potrebbe determinare è per l'appunto quella nei diritti fondamentali; per riscontrare il livello di quest'asimmetria la Carta verrà analizzata attraverso il prisma delle quattro categorie di interazioni fra diritti federali e diritti federati summenzionate.

Da un'analisi approfondita della Carta non risultano diritti rientranti nella quarta categoria; in relazione alla prima categoria⁴⁰, invece, serve rilevare che non essendovi in Belgio un sistema duale di corti risulterebbe improbabile lo sviluppo di una forma di federalismo giudiziale che possa determinare un'interpretazione differente di diritti formalmente equivalenti. La tutela e l'interpretazione dei diritti fiamminghi verrebbe, infatti, probabilmente rimessa alla Corte costituzionale belga.

Procedendo ad un'analisi delle disposizioni che possono determinare un'asimmetria nei diritti fondamentali, ossia quelle rientranti nella seconda e nella terza categoria, serve innanzitutto sottolineare come queste potrebbero sia orientare le *policies* nella regione fiamminga (che assume in sé le competenze

“lowest common denominator” per usare l'espressione coniata dal giudice Robert Utter (*Aldernwood Assocs. v. Washington Envtl. Council* 96 Wn.2d 230 (1981) (Washington 1981)). Un'unica eccezione a questa regola appare essere la *Notwithstanding Clause* canadese, su cui: F. PALERMO, K. KÖSSLER, *Comparative*, cit., 331. In quest'ambito per quanto riguarda il Belgio: cfr. Corte cost., sent. n. 16/1991.

³⁸ La Corte costituzionale belga ha più volte affermato come il principio di uguaglianza vada bilanciato con quello federale (Corte cost., sent. n. 139/2003, n. 37/1992, n. 33/1995, n. 78/1997, n. 85/1999). *Contra* P. POPELIER, *The need*, cit., 55. A tal proposito serve ricordare che l'art. 57 della Carta per le Fiandre sancisce: «Nessuna previsione di questa Carta può impattare sulla protezione dei diritti fondamentali come prevista nella costituzione federale e nei trattati internazionali vincolanti per le Fiandre» (trad. mia).

³⁹ S. LAMBRECHT, *Movement*, cit., 154 e ss.

⁴⁰ Questa risulta senz'altro la categoria più ampia: si veda *ex pluribus* l'art. 14 del progetto (*Uguaglianza formale*), che riprende la formulazione dell'art. 10 della Costituzione belga.

della Regione e della Comunità fiamminga) sia agire da vincolo in negativo per il legislatore, qualora si sviluppasse un adeguato sistema di *judicial review*.

In relazione ai diritti rientranti nella seconda categoria, quella dei “diritti espansivi”, si possono enumerare varie fattispecie di interesse.

In primo luogo, in questa categoria, emerge l’espansione del principio di uguaglianza mediante l’incorporazione delle *affirmative actions* nell’art. 15 del Progetto⁴¹ e, specificatamente per la questione di genere binaria, nell’art. 16⁴². Questi articoli espandono la possibilità di sviluppo di *affirmative actions* rispetto a qualsiasi circostanza che sia valutata come portatrice di un gap di possibilità dal legislatore regionale (art. 15 del Progetto), statuendo un principio non contenuto nella Carta federale⁴³. Tale ampliamento dell’applicabilità delle *affirmative actions* è particolarmente evidente in relazione alla specifica questione femminile, che è oggetto di azioni positive solo in ambito elettorale e di rappresentanza ex art. 11 bis Costituzione belga. Queste disposizioni potrebbero legittimare (o imporre) interventi in materie di competenza regionale e comunitaria, come quelle in ambito lavoristico⁴⁴, in ambito di welfare⁴⁵ o in ambito di regolazione industriale⁴⁶.

Un’altra disposizione annoverabile nella seconda categoria di interazione è la costituzionalizzazione, di palese ispirazione eurounitaria e convenzionale, di una serie di principi inerenti il giusto processo (articoli 17, 18, 19, 20 del Progetto), i quali rinforzano – da un punto di vista costituzionale – le scarse previsioni della carta belga in materia (articoli 12, 13, 14 della Cost. Belga), e potrebbero determinare l’adozione di *policies* orientate in tal senso in relazione alle competenze della regione fiamminga in materia di giustizia⁴⁷.

⁴¹ «Il principio di eguale trattamento non impedisce alle Fiandre, al fine di assicurare la piena uguaglianza, di mantenere o adottare misure specifiche in relazione agli svantaggi dovuti a genere, razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua (...)». Art. 15 della Carta (trad. mia).

⁴² «B. Il principio di uguaglianza non impedisce di prendere o mantenere misure specifiche di favore del genere sottorappresentato». Art. 16 della Carta (trad. mia).

⁴³ Si veda B. RENAULD, S. VAN DROOGHENBROECK, *Le principe d'égalité et de non-discrimination*, in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (a cura di), *Les droits constitutionnelles en Belgique*, vol. II, Bruxelles, 2011, 600. Cfr. Corte cost., sent. n. 9/1994, 42/1997, 157/2004.

⁴⁴ In particolare questi potrebbero trovare applicazione in materia d’inserimento lavorativo, programmi d’impiego, migrazione economica, congedi formativi retribuiti; in ambito pubblico: nella gestione delle strutture, nei lavori pubblici e trasporti, nella gestione delle infrastrutture (aeroporti, porti etc.). A queste si devono aggiungere le competenze in tema di sanità e ospedali, dove potrebbero essere previste regole tese all’accesso favorito di determinate categorie.

⁴⁵ Si pensi ad esempio al diritto alla casa negli ambiti competenziali dell’edilizia popolare, degli aiuti all’acquisto o all’affitto dell’abitazione e in materia di tassazione.

⁴⁶ Si pensi alle competenze in materia di pesca e agricoltura, e in parte alla regolazione industriale vera e propria.

⁴⁷ In tema di giustizia si pensi all’applicazione della legge sui minori, all’assistenza legale e alle *maisons de justice*.

Si assiste poi ad una serie di espansioni dei diritti costituzionali belgi di natura economica: dall'art. 43 (*Diritto di proprietà*), che costituzionalizza il diritto di proprietà intellettuale rispetto all'art. 16 della Costituzione Belga (*Diritto di proprietà*)⁴⁸, fino ai diritti nelle relazioni industriali, come il diritto di sciopero e quello di firmare contratti collettivi⁴⁹ (che appaiono più ampi degli omologhi federali) e ad alcune forme di protezione degli interessi delle imprese nei confronti della pubblica autorità⁵⁰. Questi diritti potrebbero determinare un vincolo per il legislatore in materia di regolazione industriale ed essere anche giustiziabili davanti alle corti, qualora si sviluppasse un efficiente sistema di *judicial review*.

Nell'ambito della seconda categoria sono poi presenti alcune espansioni dei diritti federali che non rientrano in categorie competenziali proprie della regione fiamminga, ma possono orientare – *a latere* – le scelte di *policies* della Regione e potranno essere oggetto di controllo giudiziale in ambiti amministrativistici o in settori competenziali secondari. Nella specie si pensi: all'art. 54 del Progetto (*Libertà di movimento per cittadini belgi e cittadini Ue*) che in qualche modo amplia tramite costituzionalizzazione il disposto dell'art. 12 (*Libertà personale*) della Cost. belga, tradizionalmente considerato come inglobante anche la suddetta libertà di movimento⁵¹; all'art. 25 (*Libertà di associazione e di riunione*) che sottolinea, sembrando darvi particolare protezione, il diritto di associarsi in sindacati e partiti politici rispetto agli articoli 26 (*Libertà di riunione*) e 27 (*Libertà di associazione*) della Carta belga⁵²; e, infine, all'art. 23 (*Libertà religiosa*) che espande il contenuto degli articoli 19, 20 e 21 del *Bill of rights* federale.

Per quanto riguarda la terza categoria, ossia la creazione di diritti fondamentali non previsti a livello di costituzione federale, si possono enucleare vari diritti che possono condurre a un'asimmetria nella protezione dei diritti nelle Fiandre, che garantisca ai residenti nella regione diritti di cui non godono i residenti in altre regioni. Questi diritti innovativi per l'ordinamento costituzionale belga, non per la legislazione ordinaria né per la Carta Ue, possono comportare

⁴⁸ Ovviamente nell'ordinamento belga la proprietà intellettuale è riconosciuta come diritto dalla legislazione federale, quindi l'espansione del diritto è solo dovuta a una sua costituzionalizzazione. Vd. M. PAQUES, C. VERCHEVAL, *Le droit de propriété*, in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (a cura di), *Les droits*, cit., 792.

⁴⁹ «I datori di lavoro e i lavoratori o le loro rispettive organizzazioni hanno il diritto di negoziare contratti collettivi ai livelli appropriati, contratti collettivi di lavoro dipendente e, nell'evento di conflitti di interesse, di svolgere azioni collettive per difendere i loro interessi, incluso lo sciopero». Art. 32 della Carta (trad. mia).

⁵⁰ «A. Tutti hanno diritto che i loro affari siano trattati imparzialmente, ugualmente e in un tempo ragionevole dalle istituzioni, corpi e agenzie del Governo fiammingo». Art. 50 della Carta (trad. mia).

⁵¹ Vd. A-S. RENSON, *La liberté individuelle*, in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (a cura di), *Les droits*, cit., 751.

⁵² Questi diritti sono già riconosciuti nel sistema belga, ma non come *specifici* diritti costituzionali. Cfr. A. SCHAUS, *La liberté d'association*, in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (a cura di), *Les droits*, cit., 1084. Vd. Corte cost., sent. n. 64/2009 e Cons. Stato, sent. n. 12521/1967.

un'asimmetria legata al fatto che essi potrebbero orientare le *policies* del legislatore fiammingo in maniera più vincolante rispetto alle disposizioni della Carta Ue e/o potrebbero divenire fondanti in caso di mutamento della legislazione ordinaria.

In relazione a questa categoria si pone in risalto innanzitutto quanto concerne la costituzionalizzazione della libertà artistica (art. 26)⁵³ che, ad esempio, non potrebbe determinare una diversa disciplina penale (essendo la materia penale rientrante praticamente *in toto* nella competenza dello stato federale), ma potrebbe comportare meccanismi di finanziamento e forme di promozione delle arti, dato che l'eredità culturale, i musei, le biblioteche etc. rientrano nell'ambito competenziale della Comunità fiamminga.

L'art. 24 del Progetto prevede, invece, il diritto di informare e la necessità del rispetto della libertà e del pluralismo del sistema mediale⁵⁴. Quest'articolo potrebbe orientare sia in positivo che in negativo la legislazione fiamminga in materia di media e cultura, ambiti parzialmente nella competenza della Comunità fiamminga.

Vi sono poi una serie di diritti sociali innovativi, come i diritti delle persone anziane (art. 48) o delle persone con disabilità (art. 49)⁵⁵, che potrebbero, nel rispetto dei limiti sanciti dalla giurisprudenza costituzionale sull'art. 23 Cost.⁵⁶, orientare (*rectius* vincolare) le *policies* del governo fiammingo e garantire una tutela giudiziale ad alcune situazioni soggettive⁵⁷, nell'ambito, principalmente, delle competenze in materia di welfare⁵⁸ e di sanità⁵⁹ della regione fiamminga.

⁵³ Nel passato la protezione della libertà artistica fu garantita dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato ma solo come *species* del più ampio *genus* della libertà di espressione e non da un punto di vista costituzionale (Cons. Stato, sent. n. 191.742/2009; sent. n. 146.226/2005).

⁵⁴ Cfr. sulla libertà di informare e il sistema mediale: Corte cost., sent. n. n. 194/2009. Vd. F. JONGEN, C. DONY, *La liberté de la presse*, in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (a cura di), *Les droits*, cit., 848.

⁵⁵ Sulla competenza delle Comunità in materia di anziani e disabili, B. BAYENET, *Les Derniers accords institutionnels belges sur la 6eme réforme de l'Etat et le financement des Communautés et des Régions*, in *www.centre-craig*, 2012, 31 e ss.

⁵⁶ Come in tutti gli stati federali un certo livello di uniformità nella sicurezza sociale è garantita dallo stato federale e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (*ex pluribus* Corte cost., sent. n. 103/2015). Cfr. S. BALDIN, L. ANTONINI, *La ripartizione delle competenze nell'ordinamento federale belga alla luce del principio di sussidiarietà*, in A. RINELLA, L. COEN, R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Padova, 1999.

⁵⁷ Si consideri che dal 1999 i diritti fondamentali federali sono anche protetti dalla unità subnazionali. Cfr. M. VERDUSSEN, *Les droits fondamentaux des citoyens dans la Belgique fédérale*, in *Revista catalana de dret públic*, 31, 2005, 188-189.

⁵⁸ Si pensi alla possibile tutela delle persone disabili in materia urbanistica (progettazione urbanistica, permessi di costruire, rinnovo urbanistico etc.), alla tutela di anziani e disabili in materia di alloggio (edilizia popolare, supporto all'acquisto e all'affitto dell'abitazione, etc.), all'impiego di disabili nell'ambito lavoristico (sia privato che pubblico), alla considerazione delle esigenze di entrambe le categorie nell'ambito dei lavori pubblici e dei trasporti, all'aiuto delle persone affette da disabilità nell'ambito dell'educazione.

⁵⁹ Si pensi alle competenze in materia di riconoscimento dei prestatori di cure sanitarie, di garanzia della qualità delle istituzioni sanitarie (cure primarie, ospedali, assistenza sanitaria pre-

Infine, la protezione del consumatore prevista dall'art. 41 del Progetto o il diritto alla *data protection* garantito dall'art. 21⁶⁰ potrebbero trovare forme di valorizzazione nelle competenze della Regione fiamminga in ambito economico e regolatorio.

L'eventuale emanazione della Carta per le Fiandre potrebbe dunque essere portatrice di una nuova forma di asimmetria nell'ordinamento belga, quella nei diritti fondamentali, che determinerebbe una diversa gradazione dei diritti e garantirebbe in determinate unità subnazionali belghe – nella specie le Fiandre – maggiori diritti fondamentali ai residenti rispetto a quanto avviene in altre unità subnazionali.

4. *Quali prospettive per la Carta per le Fiandre: richieste identitarie e paure secessioniste*

Ad oggi, benché le unità subnazionali diano attuazione ai diritti fondamentali⁶¹ e possano in qualche modo differenziarne l'applicazione⁶², non appare possibile uno sviluppo di una Carta per le Fiandre con pieno valore di carta subnazionale, in assenza di una modifica costituzionale. L'emanazione della carta potrebbe avvenire o con espressa previsione costituzionale di una piena autonomia costituzionale o con la creazione di uno spazio legale di azione, abolendo alcune previsioni costituzionali e la legge speciale dell'8 agosto 1980 e creando così una lacuna a cui potrebbe seguire la promulgazione della Carta da parte del

ventiva, assistenza domiciliare, assistenza alla salute mentale, riabilitazione e disintossicazione), di assistenza agli anziani e di prevenzione. La costituzionalizzazione di determinati diritti fondamentali tutelanti anziani e disabili potrebbe anche avere impatto in ambiti quali l'«assistenza alle persone», fra cui la «protezione» della gioventù, le politiche giovanili e della famiglia, l'assistenza all'infanzia, gli assegni familiari, l'adozione di *policies* sulla protezione delle persone anziane e affette da disabilità, la politica delle pari opportunità e l'integrazione dei migranti. Anche in queste materie competenziali le scelte del legislatore fiammingo potrebbero essere sia orientate in positivo che censurate in negativo dall'entrata in vigore degli articoli 48 e 49 della Carta.

⁶⁰ Secondo parte della dottrina il diritto alla *data protection* può essere direttamente connesso con l'art. 22 della Costituzione. E. DEGRAVE, Y. POULLET, *Le droit au respect de la vie privée face aux nouvelles technologies*, in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (a cura di), *Les droits*, cit., 1012, nota 44. Infatti, la legge federale e lo stesso art. 22 dovrebbero essere riconnessi con la giurisprudenza della Cedu. Idem, 1016.

⁶¹ «Les droits fondamentaux (...) définis par des normes juridiques supérieures ne sont pas des matières en soi, mais des principes qui doivent être respectés par les différentes autorités pour régler les matières qui leur sont attribuées. Lorsque la mise en œuvre d'un droit fondamental de l'espèce requiert une réglementation complémentaire, ou lorsqu'il est estimé nécessaire de concrétiser la portée de pareil droit fondamental concernant une matière déterminée, c'est à l'autorité compétente pour cette matière qu'il appartient d'édicter les règles nécessaires». Cons. Stato, sent. n. 28197/1 1999.

⁶² Q. PEIFFER, *L'autonomie*, cit., 44-45.

solo parlamento fiammingo⁶³. Entrambi i processi necessitano, tuttavia, di un tasso di negoziazione politica che potrebbe essere difficilmente raggiungibile data l'ostilità di alcuni partiti valloni alla concessione di una più ampia autonomia costituzionale alle Fiandre⁶⁴.

La regione fiamminga è stata l'unica unità subterritoriale a “spingere”, anche nelle ultime riforme dello stato belga, per ottenere una piena autonomia costituzionale⁶⁵. Questo impeto risponde anche a una questione identitaria, come ben esplicitato dal Preambolo stesso della Carta: «La Carta per le Fiandre è una panoramica dei principali principi dell'organizzazione e del funzionamento dello stato di diritto democratico fiammingo. Questi principi determinano per che cosa le Fiandre si battono, quali sono i diritti e libertà garantiti nella società fiamminga»⁶⁶. Questa identità culturale potrebbe essere accomodata al meglio da una carta subnazionale che funga da specificazione di alcuni diritti e istituzioni che altrimenti risulterebbero determinati esclusivamente dal livello federale⁶⁷.

Malgrado buona parte della dottrina abbia auspicato ed evidenziato i vantaggi dello sviluppo di una piena autonomia costituzionale⁶⁸ i progetti della Carta per le Fiandre sono stati visti dal Belgio francofono come uno *step* verso la secessione delle Fiandre dal Belgio⁶⁹. La narrazione dominante non è dunque stata quella più volte proposta dalla dottrina comparatista delle costituzioni subnazionali come elemento di contenimento delle spinte secessioniste e come strumento per l'accomodamento delle differenti culture in seno alle società multinazionali⁷⁰. Tuttavia, a tal proposito serve evidenziare che salvo i partiti

⁶³ S. LAMBRECHT, *Movement*, cit., 150-151. Cfr. Q. PEIFFER, *L'autonomie*, cit., 54.

⁶⁴ Sulle modalità di riforma costituzionale e sull'adeguatezza dell'art. 195 Cost.: H. DUMONT (e altri), *La sixième réforme de l'Etat: l'art de ne pas choisir ou l'art du compromis?*, Bruxelles, 2015, 24 e ss.

⁶⁵ P. POPELIER, *The need*, cit., 41. Cfr. Q. PEIFFER, *L'autonomie*, cit., 24.

⁶⁶ Preambolo della Carta (trad. mia).

⁶⁷ «This rather weak constitutional autonomy is not well-suited to help solve conflicts resulting from quests for greater autonomy, as it fails to provide the regional units with a strong feeling of identity. A way forward might be combining a more stringent and transparent organization of Belgian federalism as suggested above with enhanced regional constitutional autonomy. In addition to its important symbolic function, full subnational constitutional power might allow identifying, defining and addressing regional concerns in a more effective way without having to unravel the federation as such. In this context, the “slippery slope” argument might be tackled by clearly defining the limitations of such power in the Belgian Constitution and by retaining original sovereignty at the central level». D. HANSCHER, *The Role of Subnational Constitutions in Accommodating Centrifugal Tendencies within European States*, in *Perspectives on Federalism* (www.on-federalism.eu), 2, 2014, 249.

⁶⁸ Si veda quanto riportato da P. POPELIER, *The need*, cit., 51 e ss.

⁶⁹ Q. PEIFFER, *L'autonomie*, cit., 56; M. NIHOUL, F.X. BARCENA, *Le principe*, cit., 234 e ss.; S. LAMBRECHT, *Movement*, cit., 152-153; P. POPELIER, *The need*, cit., 41.

⁷⁰ «Constituent units may provide greater opportunities for groups who are outnumbered nationally to participate in politics, to have their rights recognized, and to advance their common

nazionalisti fiamminghi (N-VA e Vlaams Belang), sulle cui finalità nell'appoggiare la carta possono rientrare anche pulsioni secessioniste⁷¹, le altre forze politiche fiamminghe tendono, al contrario, ad inquadrare lo sviluppo di un'autonomia costituzionale piena come un passaggio obbligato verso la costruzione di un federalismo maturo⁷². La Carta sembra orientata, difatti, in questa direzione: l'art. 1 del Progetto dispone inequivocabilmente «Le Fiandre sono uno stato federato del Belgio e fanno parte dell'Unione Europea», il Titolo I è rubricato «Delle Fiandre, Stato federato del Belgio» e il Preambolo enuncia «Questa Carta è un documento senza tempo che stabilisce il quadro nel quale il perseguimento di un'autonomia delle Fiandre, in Belgio e nel contesto europeo, sta prendendo piede, in conformità con il principio di sussidiarietà».

Al riguardo si può anche rilevare come questa fosse l'originale impostazione degli autori del Libro «Proposizione di una Costituzione per le Fiandre». Il contributo che diede il via alle rivendicazioni fiamminghe, infatti, enuncia: «Dans notre livre, nous essayons de démontrer qu'en Belgique aussi, les États fédérés peuvent disposer de la compétence constituante et qu'il n'en résulte pas une menace pour l'État fédéral. La Cour constitutionnelle (telle que nous la proposons) peut vérifier si les constitutions des États fédérés sont compatibles avec la Constitution fédérale, et on devrait trouver dans la Constitution fédérale une disposition dite d'homogénéité, contenant des conditions de fond auxquelles doivent satisfaire les constitutions des États fédérés»⁷³.

concerns. Contemporary trends point toward expanding recognition and autonomy for groups in multilingual, multicultural, multiethnic and multinational states, sometimes as the only alternative to either political frustration or secession. Sub-national constitutionalism can provide a way to respond to demands for recognition and self-rule». G.A. TARR, *Explaining*, cit., 1148. Cfr. R.F. WILLIAMS, G.A. TARR, *Subnational Constitutional Space: A View from the States, Provinces, Regions, Länder, and Cantons*, in G.A. TARR, R.F. WILLIAMS, J. MARKO (a cura di), *Federalism*, cit. e J.A. GARDNER, *In search*, cit., 325 e ss.

⁷¹ Si consideri anche che l'elettorato dei partiti «separatisti» non appare realmente essere favorevole alla secessione, si veda quanto riportato in F. CHARDON, *Dave Sinardet, politologue: "Il n'y a que 5 % de séparatistes"*, in *La Libre*, 11 Luglio 2016.

⁷² Nel libro «Proeve van Grondwet voor Vlaanderen» (vd. nota 17) «Les auteurs se défendent d'avoir fait un exercice en vue d'un éventuel séparatisme; bien au contraire, ils situent la Flandre comme une «deelstaat» ou «onderdeel» de l'État fédéral «Belgique» signifiant par-là que la Flandre est une partie de l'État fédéral, ou plus précisément une composante de celui-ci». J. BRASSINNE, *La Constitution flamande. Essai de constitution pour la Flandre*, in *Courrier hebdomadaire CRISP*, 24, 1997, 11. E questa spinta esclusivamente autonomista sembra aver ispirato i partiti non secessioni fiamminghi: si veda quanto riportato in S. LAMBRECHT, *Movement*, cit., 151.

⁷³ J. BRASSINNE, *La Constitution*, cit., 4.

5. Conclusioni: le nuove frontiere dell'asimmetria nell'ordinamento belga

A prescindere dall'impossibilità di un'emanazione unilaterale della Carta e dalla conseguente probabile *impasse* politica, l'adozione della Carta in un prossimo futuro non è da escludersi, soprattutto qualora le prossime elezioni fiamminghe dovessero consegnare nuovamente la maggioranza ai partiti più coinvolti in questo processo "costituente". Da questo punto di vista, infatti, il Belgio si delinea come un ordinamento in continua evoluzione⁷⁴ e non si può escludere che la prossima riforma dello Stato belga non ricomprenderà anche una modifica ed un ampliamento della autonomia costituzionale delle unità subnazionali⁷⁵, in senso ulteriormente asimmetrico rispetto a quanto già previsto.

L'eventuale emanazione della Carta per le Fiandre potrebbe, dunque, essere foriera di due nuove forme di asimmetria, che sembrano derivare dal progetto: l'asimmetria nelle costituzioni subnazionali, con l'attribuzione e/o l'uso di una piena autonomia costituzionale solo da parte della regione fiamminga, e l'asimmetria nei diritti fondamentali, con lo sviluppo di diritti subnazionali fiamminghi. La prima forma di asimmetria risponderebbe ad esigenze che appaiono maggiormente (se non esclusivamente) sentite nelle Fiandre, anche a causa di una recrudescenza del fenomeno identitario fiammingo. La seconda appare, invece, come una caratteristica più comune a tutti quegli ordinamenti federali che attribuiscono una reale ed effettiva autonomia costituzionale alle proprie unità subnazionali e che in Belgio potrebbe dunque risolversi nella costruzione di diritti culturali fondamentali aderenti alla particolare *Weltanschauung* fiamminga. Nella specie, infatti, la Carta per le Fiandre risulta un documento isolato nel contesto delle unità subterritoriali belghe e si caratterizza per focalizzare gli sforzi di buona parte dell'arco politico, rivestendo una potenza simbolica non indifferente nella narrazione fiamminga dello stato federale belga. Il federalismo belga, ormai in transizione da molti decenni, potrebbe dunque evolversi attraverso lo sviluppo di un costituzionalismo subnazionale fiammingo, che sarebbe foriero di innovativi elementi di asimmetria.

⁷⁴ Secondo quella logica evolutiva, empirica e basata spesso su soluzioni *ad hoc* che ne ha caratterizzato la costruzione come stato federale: cfr. W. PAS, *A Dynamic*, 166 e E. ARCQ, V. DE COOREBYTER, C. ISTASSE, *Fédéralisme et confédéralisme*, in *CRISP-dossier*, 79, 2012, 50 e ss.

⁷⁵ Come già in parte avvenuto con la Sesta riforma dello Stato belga in materia di autonomia costituzionale delle unità subnazionali. Cfr. Q. PEIFFER, *L'autonomie*, cit., 24. Malgrado le spinte fiamminghe verso una riforma per la concessione di una piena autonomia costituzionale siano, in parte, osteggiate dalle altre entità subterritoriali: «En tout état de cause, il y a sous le thème de l'autonomie constitutive d'importantes marges de négociations lors d'une future réforme de l'État». *Idem*, 62.

Abstract

by Matteo Monti

The Belgian Federalism in Times of Transition and the Charter for Flanders:
Toward New Forms of Asymmetry?

The aim of this paper is to analyse the new forms of asymmetry which the enacting of the Charter For Flanders in the Belgian scenario could lead to. The Belgian federalism is already considered as one of the most asymmetric federalism in the world. The Charter for Flanders could be the herald of two new forms of asymmetry: the asymmetry in subnational constitutions and the asymmetry in fundamental rights. The paper shall analyse these types of asymmetry in federal systems and in the Belgian scenario in particular and then consider the problems and the possible evolution of the Charter for Flanders. In doing so, Section II shall study the asymmetry in subnational constitutions, while Section III shall focus on the asymmetry in fundamental rights. Finally, Section IV shall explore the possible evolution of the Charter for Flanders and its possible impact on the Belgian federalism, taking into consideration the political space of action for its enacting and the consequences this could cause. From this point of view, it has to be remembered that even though the Charter of Flanders currently cannot be considered as a fully fledged constitution – given the lack of power of the subnational units – it could represent the next step of the evolution of the Belgian federalism.

Parole chiave: Carta per le Fiandre, Asimmetria; Costituzioni subnazionali; Diritti fondamentali; Federalismo.

Key words: Belgium; Charter for Flanders, Asymmetry, Subnational Constitutions, Fundamental Rights, Federalism.

Gestão pública e direito administrativo: um necessário diálogo em prol do planejamento

di Angela Cassia Costaldello* e João Pedro Ruppert Krubniki**1

SOMMARIO: Introdução. 1. Noções introdutórias sobre gestão pública e gestão administrativa. – 2. A formação dos modelos de gestão administrativa. – 2.1. Na Europa. – 2.2. No Brasil. – 3. O modelo gerencial vigente e sua (in)adequação à Administração Pública. – 4. A sujeição gerencial às vontades políticas. – 5. O necessário amadurecimento burocrático e o planejamento no modelo gerencial: reflexões sobre a necessidade de um debate contínuo. – Considerações Finais.

Introdução

Se é verdade que a ótica do liberalismo e do neoliberalismo sobre a Administração Pública a desfigura nos aspectos humanos e faz com que seja vista erroneamente como “burocratismo”, existe uma gama de assuntos tratados no âmbito das ciências sociais que escapam à análise puramente econômica.

Nessa perspectiva, se sustenta que desde impérios históricos, como aquele prevalecente na China, as administrações públicas funcionaram como vetor ao desenvolvimento econômico, promovendo a ampliação da cultura e trocas sociais. No mundo ocidental, a Revolução Francesa é exemplo de processo social influenciado pela administração pública. Esta veio a produzir um modelo de organização universal que é seguido em quase todo o planeta, de modo que a administração pública moderna supõe, como condição *sine qua non*, a supressão do regime feudal.

As ações administrativas se converteram, então, em instituições duradouras ou permanentes. As leis regentes da administração pública se convertem em costumes, se incorporam aos hábitos sociais e interagem também com as atividades particulares. Assim, quando ocorre uma modificação das leis relativas à forma de governo ou administração, se afeta a vida de todos os indivíduos.

* Professora de Direito Administrativo e Urbanístico do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito e do Programa da Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Coordenadora do Núcleo de Estudos de Direito Administrativo, Urbanístico, Ambiental e Desenvolvimento – PRO POLIS, vinculado do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-doutorado pela Universidade de Palermo (Itália). Email: acostaldello@gmail.com.

** Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal. Pesquisador-bolsista pela CAPES/PROEX. Membro do Núcleo de Estudos de Direito Administrativo, Urbanístico, Ambiental e Desenvolvimento – PRO POLIS, vinculado do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Email: jprkrubniki@gmail.com

Nesse contexto, e com fundamento em Weber, Omar Guerrero sustenta que não se pode dissolver a burocracia sem dissolver a sociedade que nela está inserida. A burocracia exerce, portanto, um papel estabilizador nas sociedades. É a denominada “função social” da burocracia, que reside em seu efeito integrador da sociedade, e que se demonstra principalmente pela disciplina, formação e organização da mesma. Além da perspectiva puramente liberal, ela se mostra indispensável na sociedade moderna e tende a ser perene.

Nessa temática, diversas questões ganham relevo, destacando-se, no âmbito do presente artigo, a formação histórica dos modelos de gestão administrativa no país e sua relação com a burocracia, com o “burocratismo”, e com o gerencialismo – modelo que, para parcela da doutrina, prevalece atualmente. A partir do reconhecimento dos princípios do modelo gerencial vigente, busca-se elaborar aportes sobre sua adequação à Administração Pública contemporânea, fomentando a elaboração de novos instrumentos que permitam concretizar essa tarefa, com ênfase ao instituto do planejamento.

O presente artigo busca, portanto, demonstrar o conceito de modelo de gestão administrativa e de gestão pública. Analisa-se a formação histórica dos modelos de gestão administrativa personalista, patrimonialista, burocrático e gerencial, dando enfoque a este último, em razão de que fora instituído na última grande reforma administrativa no país. Neste ponto, busca-se analisar a adequação do modelo gerencial às peculiaridades da Administração Pública, investigando, por fim, instrumentos que o auxiliem nessa tarefa.

O cenário político contemporâneo tem demonstrado a descontinuidade de programas governamentais, revelando a sujeição política sob a qual se encontra a Administração Pública. Nesse contexto em que se questiona a segurança jurídica e a estabilidade institucional, o planejamento se mostra como um instrumento possível para se realizar o necessário amadurecimento burocrático do país, afastando a gestão pública e administrativa de fins unicamente políticos-eleitorais, na medida em que fornece certa estabilidade aos programas governamentais.

1. *Noções introdutórias sobre gestão pública e gestão administrativa*

Para Brugué e Subirats, o fenômeno da gestão pública, precedido pela aparição dos gestores, surge na década de 1970 e se intensifica nos anos 80. Compreendem que nesse período, sob as exigências do mercado global, a reconsideração ocorrida em temas de oportunidade, conveniência e grau de eficiência e eficácia das políticas de bem-estar social desenvolvidas nos anos anteriores pôs em destaque a fragilidade da dicotomia política-administração.

Desse modo, a “gestão pública” ocorre a partir de uma aproximação entre os a política e a administração, especialmente com a relevância que as políticas

públicas assumem na atuação administrativa. A atividade dos gestores públicos se situa em um âmbito fronteiro entre a ciência da administração e as políticas públicas, pendendo para um ou para outro lado.

E a gestão pública se diferencia da gestão privada na medida em que lhe são agregados valores políticos e sociais. Com isso, a gestão pública possui a tarefa de atuar para conciliar uma grande diversidade de interesses sociais. Ao passo que a gestão privada atua no nível micro, a gestão pública atua no nível macro. Em sua atuação está presente a preocupação com a estabilidade e as políticas públicas. Os gestores públicos não devem somente gerir o trabalho de suas organizações eficientemente, mas também participar de um processo estratégico e político, gerindo as transformações estruturais de grande escala em grupos organizacionais, mediante os quais as políticas públicas são desenvolvidas e executadas.

Como será tratado no decorrer do artigo, isto não significa que a gestão pública não possa tomar algumas ideias da gestão privada, ou vice-versa. Com efeito, algumas ideias são transferíveis. O que não se transfere é o próprio modelo de gestão, ou seja, seus objetivos, suas condições e suas atividades.

Ao passo que a administração pública tradicional foi construída a partir do pensamento burocrático-hierárquico, de forte cunho procedimental, e em que prevalecem os controles externos, as exigências de um mercado globalizado trouxeram dificuldades a esse modelo, surgindo então alternativas como o consumerismo, a pós-burocracia, a reinvenção do governo etc., tendo por traço característico uma maior preocupação com os resultados, promovendo a flexibilidade do trabalho e das organizações, a preferência por soluções contratuais e mercantis, e um destaque para a responsabilidade gerencial.

Nesse contexto, temos como necessária a distinção conceitual entre gestão pública e gestão administrativa. O termo “gestão pública” pode ser compreendido como demasiado amplo, abrangendo tudo aquilo que não é privado. Em que pese a ausência de sistematicidade e até mesmo de consenso acerca da cientificidade do assunto – que torna mais árdua a tarefa do investigador – consideramos aqui que a gestão pública de fato é ampla, compreendendo a gestão judiciária, a gestão administrativa, a gestão legislativa, a gestão do meio ambiente, a gestão da macroeconomia etc.

Por seu turno, inserida na gestão pública, a “gestão administrativa” se mostra com um âmbito de atuação mais restrito: aquele tocado pela denominada função administrativa. Esta corresponde, em um aspecto residual, a toda as atividades que não sejam de formulação de norma geral e abstrata ou de composição judicial de lides.

Assim, ela atende às “necessidades de planejamento, decisão, execução e controle destinadas à gestão de interesses públicos – entendidos como os especificamente cometidos pela ordem jurídica à administração do Estado”. Desse

modo, a gestão administrativa não se restringe ao Poder Executivo, mas abrange o exercício da ampla função administrativa em todos os setores estatais, mas excluindo a gestão relativa às atividades típicas do Poder Judiciário e Legislativo.

Pretendemos demonstrar que, se o exercício da função administrativa se encontra vinculado à fiel execução dos preceitos contidos na ordem jurídica, não se pode admitir, sob pena de se instaurar um cenário de insegurança jurídica, que as funções administrativas sejam exercidas a partir dos interesses políticos dos gestores, que utilizam da máquina pública com fins político-eleitorais, muitas vezes revogando ou desfazendo programas governamentais que lhes antecederam motivados por disputas político-ideológicas.

Nesse contexto, os “modelos de gestão administrativa”, conforme expressão consagrada na doutrina brasileira, correspondem ao conjunto de condições, objetivos e atividades relativos ao modo de gerir ou administrar a máquina pública. Busca-se analisá-los para, a partir do reconhecimento de seus princípios, buscar instrumentos que permitam a sua melhor adequação ao funcionamento da máquina pública.

Esses modelos diferem da Administração Pública enquanto instituição. Enquanto esta é compreendida como o “ente que exerce a gestão, na acepção subjetiva de Estado-administrador ou, apenas, Governo” (grifou-se), os modelos de gestão correspondem, como se referiu, a condições, objetivos e atividades relativos ao modo de gerir ou administrar a máquina pública, e que serão utilizados pela Administração (enquanto instituição) para atingir as finalidades a ela estabelecidas.

Os modelos de gestão diferem, também, do direito administrativo, sem se dissociar completamente. Enquanto o direito administrativo se concentra na análise de aspectos legais e deontológicos, o estudo dos modelos de gestão requer a análise de aportes históricos, filosóficos, sociológicos, culturais etc. O direito administrativo, ao regular a atividade da Administração Pública, encontra-se inevitavelmente inserido no cenário de um modelo de gestão administrativa e pública adotado por ela, servindo a seus propósitos.

Esses modelos podem ser classificados de acordo com distintos critérios. Assim, podemos cogitar que caso se tome como parâmetro a participação popular no sistema administrativo, os modelos de gestão podem ser classificados como democráticos ou autoritários; ou caso se tome como parâmetro a proteção do meio ambiente natural, os modelos podem ser classificados como predatórios ou ecológicos.

No presente artigo, utilizamos o doutrinariamente consagrado critério da relação da Administração Pública com a *res publica*. Ou seja, a partir desse critério, os modelos são configurados conforme os bens públicos se aproximem ou se afastem do Estado ou dos cidadãos, bem como pela maneira que a máquina pública oferece esses bens ou serviços públicos a seus administrados. A partir

desse parâmetro, são citados os modelos personalista, patrimonialista, burocrático e gerencial.

2. *A formação dos modelos de gestão administrativa*

2.1. *Na Europa*

Como há tempos se sustenta no âmbito da Teoria do Estado, em seus estágios embrionários, e especialmente sob as ideias de Maquiavel, Hobbes e Jean Bodin, o Estado Moderno surge com uma feição absolutista, na qual o poder centrava-se no monarca, tendo-se o ilustre exemplo do Rei Luís XIV, na França.

O modelo de gestão da época, compreendido como o conjunto de condições, objetivos e atividades relativos ao modo de gerir ou administrar a máquina pública, pode ser classificado como personalista ou patrimonialista. Isso porque toda a gestão do aparelho estatal era definida arbitrariamente pelo monarca, na medida em que este se confundia com o Estado, ou compreendia este como sendo sua propriedade. No modelo personalista, portanto, o Estado se confunde com a pessoa do rei, e assim age conforme com suas vontades. Já no modelo patrimonialista, ocorre uma apropriação da *res publica*, que faz com que a gestão também se submeta aos arbítrios do monarca, como se proprietário do Estado fosse.

Com o advento do Estado Liberal, já no século XVII, e sob as influências de Montesquieu, Locke, Rousseau e outros, busca-se a limitação do poder estatal. Com apoio da burguesia, e sob o caráter revolucionário francês da época, o advento desse modelo de Estado vem a romper com a concepção de que o Estado pertence ao rei, estabelecendo uma estrutura administrativa que não se confunde com o patrimônio do monarca.

Para a posição majoritária da doutrina, é nesse momento da instituição do Estado Liberal, enquanto contraponto axiológico ao regime absolutista do *Ancien Regime*, que surge o direito administrativo como um ramo do direito limitador do poder estatal.

Naturalmente, sob esses novos ideais, se buscou um novo modelo de gestão para coordenar a operação estatal, que agora se via limitada pela força da lei. Ganha maior espaço, nesse momento, o modelo burocrático. Na lição de Adriana Schier, sob o prisma do liberalismo então vigente, esse modelo foi tido “como aquele capaz de garantir uma despersonalização, ou despatrimonialização das funções administrativas”.

Sob a influência da tripartição de poderes em voga à época, a função administrativa tinha o fim de fazer valer a vontade do legislador. Essa visão é encontrada na leitura de Otto Mayer, acerca dos fundamentos do direito admini-

strativo no século XIX, e vem a encontrar respaldo no Brasil, por exemplo, em Ruy Cirne Lima, para quem a atividade administrativa é a atividade de quem não é senhor, opondo-se à ideia de proprietário.

O modelo burocrático, nesse cenário, conceitua-se “como a forma mais racional do exercício de poder, através da qual se alcança o maior nível técnico e o máximo rendimento, em face da precisão, continuidade e disciplina com que são exercidas as funções administrativas”. E o instituto da desconcentração surge como uma técnica de repartição das competências públicas.

Nas palavras de Max Weber, idealizador do tipo-ideal do modelo burocrático:

“a administração puramente burocrática, portanto, a administração burocrática-monocrática mediante documentação, considerada do ponto de vista formal, é, segundo toda a experiência, a forma mais racional de exercício de dominação, porque nela se alcança tecnicamente o máximo de rendimento em virtude de precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade – isto é, calculabilidade tanto para o senhor quanto para os demais interessados – [...]”

No modelo ideal proposto por Weber, no quadro administrativo burocrático os funcionários são pessoalmente livres e obedecem somente às obrigações objetivas de seu cargo, são nomeados (e não eleitos) numa hierarquia rigorosa de cargos, possuem competências funcionais fixas e possuem qualificação profissional; estão submetidos a um sistema rigoroso e homogêneo de disciplina e controle do serviço, entre outros pontos.

Esse modelo sobrevive ao advento do Estado Social, mas torna a ser reformado, em todo o mundo, especialmente a partir da década de 1980, com as exigências impostas pelo mercado global de elevação da eficiência como finalidade. Para Jacques Le Mouél, a empresa passa a ser o novo modelo que inspira as grandes decisões do Estado. Assim, torna-se necessário que se identifique os princípios que a regem, quais seus modos de funcionamento e como se administra. O gerencialismo surge como uma questão central, ao passo que o gerencialismo aparece como novo modelo de gestão administrativa.

Neste ponto, funda-se nova confusão conceitual. Parte da doutrina que trata do assunto vai se referir a esse modelo, que tem por características, dentre outras, a valorização dos resultados e da qualidade das atividades administrativas e o surgimento da figura do cidadão-cliente como destinatário dos serviços públicos, como a “Nova Gestão Pública”.

Nessa vertente, o gerencialismo é apenas um dos elementos do novo modelo, correspondendo essencialmente à valorização e enfoque nos resultados. Junto a ele se somam ideias da escola de pensamento norte-americana da *Public Choice*, que introduz a lógica de mercado na análise dos recursos públicos, e ideias

da *Nova Economia Institucional*, que empresta à Nova Gestão Pública a ideia de redução dos custos de transação na operacionalização dos serviços, o que leva a adoção do contratualismo na gestão de serviços.

No Brasil, alguns autores tratam desse novo modelo como a Nova Gestão Pública, como Fábio Medina Osório (não obstante, para o autor, esse modelo de gestão ainda esteja mais no papel do que na realidade, não só no Brasil, mas na América Latina). Essa denominação, entretanto, é minoritária no país.

Talvez em razão da ênfase conferida à necessidade de se buscar resultados, e a posituação constitucional do princípio da eficiência, a maior parte da doutrina – e o próprio Plano Diretor da Reforma de Estado que inspirou o novo modelo – usam a denominação “gerencialista” para se referir ao novo modelo de gestão implantado no país, não obstante ideias da *Public Choice* e da Nova Economia Institucional também estivessem presentes na reforma.

Esse modelo de gestão administrativa, da nova gestão pública, ou do gerencialismo, como prevaleceu no Brasil, será examinado em tópico específico, sendo necessário e suficiente para o momento os esclarecimentos tecidos acerca de sua conceituação.

2.2. No Brasil

Naturalmente, no Brasil, a formação dos modelos de gestão pública se deu de forma distinta do cenário europeu. Raymundo Faoro argumenta que desde os tempos imperiais até o governo de Getúlio Vargas, nota-se a sobrevivência de uma estrutura político-social resistente a mudanças. Essa estrutura seria o capitalismo político, que teria moldado a realidade estatal. Assim, institucionalizou-se o patrimonialismo como uma forma de poder que encontra sua legitimidade no tradicionalismo.

Em terras brasileiras, não ocorreu uma revolução tipicamente liberal, como se deu na França, Inglaterra ou Estados Unidos. Muito em razão disso, mesmo nas tentativas de implementação de um modelo de gestão burocrático, a formação do Estado brasileiro continuou “marcada por uma tendência patrimonialista, sendo as funções públicas exercidas por indivíduos que detinham poder no âmbito privado”.

Acerca das origens do direito administrativo no país, Walter Guandalini Junior demonstra que:

“Em vez de cumprir a função administrativa que parece ter sido a sua vocação originária na Europa, o discurso científico sobre o direito administrativo em circulação no Brasil Imperial parece ter cumprido uma função eminentemente constituinte, fortalecendo a legitimidade da soberania imperial e atuando no sentido da construção de uma nova ordem política e jurídica para o país, que fosse efetivamente nacional após a declaração de Independência em relação à Metrópole.”

Num estágio inicial, essa influência do patrimonialismo se constituiria sob a forma de estamento (com os fazendeiros, senhores do engenho e coronéis). Nessa fase, o domínio patrimonial apropria as oportunidades econômicas de desfrute dos bens, de concessões etc., formando uma confusão entre o setor público e o setor privado. Mesmo com a busca de uma transição de modelos, com a implantação burocrática, reflexos dessas práticas continuaram a marcar a Administração brasileira.

A primeira dessas tentativas de implantação de um modelo propriamente burocrático dá-se com Getúlio Vargas, ganhando especial relevo no período o Departamento Administrativo de Serviço Público – DASP. Sob a influência das ideias de gestão então em voga na Europa, Vargas buscou realizar uma reforma do serviço público, então caracterizado pelo patrimonialismo, em direção a uma gestão caracterizada pela burocracia.

Para Olavo Brasil de Lima Júnior, o período do Estado Novo correspondeu à criação do “Estado administrativo” no Brasil, através de dois mecanismos típicos da administração racional-legal: estatutos normativos e órgãos normativos e fiscalizadores.

Entre 1930 e 1940, foram editadas diversas normas que, para o referido autor, efetivamente criaram a administração pública no Brasil. Essas normas diziam respeito ao tripé do material-pessoal-administração, e “tratou-se, assim, e de acordo com a teoria administrativa vigente, de organizar uma administração pública orientada pela padronização, prescrição e pelo controle. Tais iniciativas tiveram caráter absolutamente pioneiro”.

Não obstante os contornos políticos tenham afastado o modelo do ideal weberiano, tem-se as reformas varguistas como pioneiras na implementação do modelo burocrático no Brasil. Apesar da institucionalização da função orçamentária e a simplificação, padronização e racionalização do material adquirido, o aparelho burocrático continuou a ser usado como um instrumento centralizador do poder. Em razão disso, para Adriana Schier, essa “foi uma tentativa de organizar um Estado que começava a crescer, mas, também, uma excelente justificativa para tornar neutras, sob o manto da legalidade, decisões que eram políticas, não raras vezes tomadas para disseminar privilégios”.

Assim, no Brasil, o processo de burocratização, ocorrido especialmente a partir de 1930, implantou-se entre períodos autoritários marcados por peculiaridades no processo político. Nesse cenário, “era, sem dúvida, grande a tentação de utilizar recursos de um Estado que se expandia – empregos, verbas especiais, investimentos privilegiados etc. – como estratégia de melhor posicionamento na competição (política)”.

Já com o advento do Estado Social, com a pauta de reivindicação de direitos sociais, o modelo administrativo burocrático é essencialmente mantido, seja em âmbito internacional, seja no brasileiro. E nesse momento é o instituto da

descentralização que ganha espaço como técnica de repartição de competências, uma vez que o Estado passa a atuar em diversas áreas do domínio econômico.

Nesse período, o combate ao comunismo, vivido no cenário global, leva a mudanças nas instituições do país. Assim, a partir de 1964, o novo pacto político dominante no país passa a corresponder a uma aliança entre a nova burguesia industrial nacional e os militares, em um primeiro momento alinhados aos interesses norte-americanos. Nota-se, então, uma tendência desenvolvimentista, porém com fortes aspectos políticos autoritários, representados pela ditadura militar.

O Decreto-Lei nº 200/1967, estruturante da reforma promovida na ditadura militar, elencou como princípios a serem seguidos o planejamento, a descentralização, a delegação de autoridade, a coordenação e o controle. Ocorre que, no entrecho do governo ditatorial militar, que buscava uma administração mais leve e flexível:

“o que se percebeu foi que, na prática, uma vez mais a tradição patrimonialista e nepotista da Administração Pública brasileira superou as louváveis intenções dos nossos legisladores. Com efeito, a descentralização facilitou a fuga do regime jurídico administrativo, em detrimento das garantias do interesse público. No que se refere à descentralização, por exemplo, pelas estatais contratava-se pessoal sem concurso público, bens e serviços sem licitação e dívida externa sem aprovação do Senado Federal. Contra esses fatores, insurgem-se os constituintes de 1988.”

Já com a redemocratização do país e o advento da Constituição da República de 1988, há a busca de uma implementação de mecanismos mais democráticos na gestão administrativa, adquirindo também fortes traços burocráticos. Buscou-se a procedimentalização da atuação do Poder Público como modo de se garantir uma boa administração.

A versão original da CRFB/88, porém, não teve uma vida longa. Com a crise fiscal que assolava o país, governos de ideais neoliberais promoveram nova reforma administrativa. Ao tomar-se a burocracia como uma das principais responsáveis pela crise do Estado, as reformas realizadas, especialmente com a Emenda Constitucional nº 19/98, conferiram ao Estado uma feição gerencial, preocupada com resultados, de modo a delegar à iniciativa privada relevante parte das questões sociais.

O Plano Diretor da Reforma do Estado elaborado à época do governo de Fernando Henrique Cardoso apontava, então, para diversos pontos a serem modificados: desde reformas constitucionais para superar o engessamento promovido pela Constituição recém-promulgada no tocante ao aparelho estatal, à reforma da atuação do Estado nas atividades econômicas, fomentando o surgimento do denominado terceiro setor.

Para Luiz Carlos Bresser-Pereira, uma das principais causas do descrédito ao modelo de Estado Social fora “o excesso de demandas sociais admitidas pelo poder público e sua impossibilidade de atendê-las, a pesada carga tributária incidente sobre os empresários nacionais e o acúmulo de poder no Executivo”, de modo que se buscou um novo modelo de gestão, pautado fortemente pela busca da eficiência, agregando ao Estado postulados neoliberais.

Irene Nohara demonstra que a elevação do princípio da eficiência a nível constitucional gerou a preocupação de derrogação de outras normas em favor desse princípio, o que poderia ser justificado na medida em que a reforma administrativa da década de 90 tomava como preceito a noção de administrado como cliente-consumidor (*consumerism*), de modo que eventual satisfação desse poderia justificar a não aplicação de outros princípios regentes do direito administrativo. Daí se falou na fuga do direito administrativo para o direito privado.

Assim, o princípio da eficiência é tido como indissociável do modelo gerencial que o introduziu em âmbito constitucional. O modelo surge como reação a um modelo burocrático, que não atendia mais às exigências da sociedade da época.

Em que pese a distinção entre gerencialismo e a “nova gestão pública” traçada anteriormente, esta última noção não se consolidou na doutrina majoritária no Brasil. Embora as características da escola de pensamento denominada de “nova gestão pública” estivessem presentes na reforma administrativa promovida nos anos 90, a literatura do país a tratou, muitas vezes, como sinônimo de gerencialismo ou de modelo gerencial.

Neste ponto, levantamos a hipótese de que a distinção entre o gerencialismo e a “nova gestão pública” não se fez tão presente na década de 90 em razão de que o cenário político era diferente de outros países em que essas reformas foram implementadas. Diferentemente do velho continente, em terras brasileiras as reformas levadas a cabo na década de 90 tiveram por enfoque o gerencialismo (que se liga à noção de gerência, oriunda da iniciativa privada), a busca de resultados, que seria apenas um dos elementos da nova gestão pública – não se atendo, pelos motivos histórico-culturais expostos, à distinção entre as funções do gestor e administrador.

Tanto é assim que o Plano Diretor da Reforma do Estado, realiza apenas a distinção entre a administração pública burocrática e a administração pública gerencial, caracterizando-se esta “pela eficiência dos serviços prestados a milhares senão milhões de cidadãos” É esse modelo, cujos contornos iniciais já foram tratados, que passa agora a se analisar.

3. *O modelo gerencial vigente e sua (in)adequação à Administração Pública*

Desde os anos 80, governos de diversos países empreenderam esforços no sentido de realizar uma reforma administrativa pautada pela agilidade e moder-

nização, bem como pela redução do tamanho do Estado. Trate-se das reformas motivadas, nos países europeus continentais e nos países da Commonwealth, especialmente a partir de Thatcher, e nos Estados Unidos, especialmente a partir de Reagan, para a manutenção do crescimento econômico de suas sociedades, ou das reformas dos países latino-americanos, motivadas pelas crises fiscais e pela (re)democratização, fato é que essas reformas colocaram em questão o papel dos governos no desenvolvimento econômico e social.

Ante esse cenário, o Banco Mundial, em 1997, colocou a questão sobre qual deve ser o papel do Estado, o que pode e não pode fazer e como deve fazê-lo.

Nesse contexto, alguns países, como o Reino Unido e a Nova Zelândia, foram pioneiros no assunto ao proceder à privatização de empresas públicas e instituir a terceirização no serviço público. Procedeu-se à busca do atendimento dos interesses dos cidadãos nos moldes de consumidores. Foram alterados incentivos dados aos administradores, expondo-os às forças do mercado. Não se ignora que se classificam as reformas iniciais em dois modelos (o de Westminster e o norte-americano), mas trataremos de seus pontos comuns sem dar enfoque a essa diferenciação.

Não obstante se possa sustentar que a ineficiência que ensejou as reformas administrativas tinha sua causa em formatos institucionais e/ou em realidades políticas questionáveis, razão pelo qual não deveria ser imputável apenas e nem principalmente ao modo burocrático de se organizar e operacionalizar, fato é que a Administração Pública foi a primeira instância do governo a ser reformada por ocasião da crise. Era fácil indicá-la como responsável direta dos erros decisórios e sociais do governo, dada a má reputação social que havia se instaurado por seus serviços defeituosos e trato descuidoso aos cidadãos, assim como pela pretensão de políticos de lavar suas mãos e responsabilizar a burocracia como fator de erros e incumprimentos.

Assim, em suma, compreende-se que o movimento gerencialista teve origem na insatisfação do povo com os governantes, seus programas, e por uma função distorcida da burocracia – o “burocratismo”. Mesmo assim deve-se assegurar a satisfação do interesse público e o correto tratamento à *res publica*. Portanto, antes de se pensar em cortes no governo, é necessário “decidir o que o Estado deve fazer e, depois, o melhor modo de fazê-lo”. É necessário, portanto, realizar uma adequação dos pressupostos gerenciais à estrutura da Administração Pública.

A ideia de reforma enfrenta alguns dilemas para se concretizar. O primeiro seria o impulso para organizar governos que funcionem melhor, porém com menos custos. Na prática, porém, é difícil conciliar economias de curto prazo e bons resultados futuros. Assim, para Donald Kettl, “para se ter uma reforma efetiva e duradoura é preciso encontrar mecanismos que conciliem interesses políticos imperativos de curto prazo e metas de longo prazo”.

Outro dilema diz respeito ao que cabe ao governo fazer. Na ideia de cortes de funções, reside o perigo de que estes sejam demasiados e afetem o funcionamento da máquina pública. O dilema reside, portanto, em saber quais as funções essenciais e irredutíveis do Estado. Essas questões, porém, têm sido ignoradas. As reformas, cada vez mais ambiciosas e precipitadas, acabam por seguir uma retórica antiga e muitas vezes desprovida de fundamentos. Isso porque o gerencialismo fez com que a burocracia, com seus procedimentos baseados em regras e a rigidez que estas regras geram, passasse a ser vista como superada e inútil, afetando o ideal desse modelo de gestão.

Kettl sustenta que:

“por mais que os reformadores incorporem à administração pública modelos construídos para o setor privado, o governo não é e jamais será um negócio. Em uma democracia, a tarefa essencial é satisfazer o interesse público. Deve-se promover valores fundamentais como a equidade, a justiça, o respeito à lei. O governo existe e sempre existiu precisamente porque os cidadãos descobriram que o mercado privado não pode satisfazer todas as suas necessidades nem servir a todos os seus objetivos, sobretudo aqueles como a equidade e a responsabilidade [...] Reformas efetivas exigem que se assegure que só o Estado faça o que só o Estado deve fazer.”

Ademais, por vezes se sustenta que “o mecanismo-chave para dar à administração pública uma orientação ‘de mercado’ é ver o beneficiário dos serviços públicos como freguês ou consumidor”. Isso porque a privatização, por si só, não é suficiente para gerar eficiência aos serviços. É necessária, para Kettl, também a aplicação das regras de concorrência de mercado, as quais estimulam a melhoria do serviço.

Essa opinião, entretanto, não é unânime. Há quem sustente a distinção no tratamento dos serviços públicos dos serviços de mercado. Discorda-se, então, da ideia de tratar os cidadãos como consumidores. Entretanto, apesar dos argumentos contrários, o Kettl entende que, ao passo que se reivindica uma diminuição do tamanho a aumento da eficiência do Estado, “como conceito, o cidadão-consumidor já é fato consumado.

Para Christopher Pollitt, o gerencialismo corresponderia a um “neotaylorismo”, a uma proposta baseada na produtividade e implantação da gestão privada no setor público. E isso se torna um problema quando se notam as diferenças entre o consumidor de bens de mercado e o consumidor de bens do serviço público, uma vez que neste estão envolvidas questões de equidade e justiça social, além de possuírem caráter compulsório e titularidade estatal.

Em uma visão crítica, Le Mouël demonstra que a literatura gerencial, que possui um caráter nitidamente pragmático e utilitarista, toma a eficácia como

sinônimo de excelência, preocupando-se apenas com a questão do *como* e não com a questão do *por que*. Para ele, a incongruência entre este novo “culto à empresa” e a ausência de pautas referenciais em nossa sociedade (ausência de projetos políticos, econômicos e sociais) constitui uma característica notória do começo dos anos 90.

Para Luis F. Villanueva Aguilar, a maior parte dos governos tem sido suficientemente inteligente para selecionar os conceitos e os métodos gerenciais do setor privado ao emprega-los no tratamento de problemas públicos. Porém, não faltam governos precipitados que imitam acriticamente os modos gerenciais do setor privado e até os consideram uma panaceia. Nesses casos, corre-se o perigo de que valiosas reformas administrativas, devido a seu débil fundamento institucional, terminem por ser passageiras ou contraproducentes, desacreditando a Nova Gestão Pública, que se mostrou a alternativa às práticas administrativas de governos inertes e que menosprezam a qualidade e eficácia dos serviços.

No Brasil, a reforma que buscou instaurar o modelo gerencial se deu principalmente nos anos 90, com Fernando Henrique Cardoso, pautado pelo Plano Diretor da Reforma de Estado, culminando posteriormente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98 e outras alterações legislativas infraconstitucionais.

A sua reforma foi “pautada pelos princípios da eficiência, pela otimização de recursos, pela concessão de maior autonomia ao administrador público e pela orientação da ação do Estado para o cidadão-usuário ou cidadão-cliente”. Talvez a que tenha suscitado maior debate tenha sido a positivação constitucional do princípio da eficiência na Administração Pública.

As reformas em questão, juntamente a outras que lhes acompanharam com o mesmo objetivo de tornar mais célere a Administração Pública, aproximaram o Direito Administrativo do direito privado, o que implicou na reformulação da noção de serviço público, adequando esta a nova e emergente concepção do Estado.

No entanto, a concepção de um novo modelo gerencialista traz consigo perigos relacionados ao fato de o país se encontrar numa situação socioeconômica em desenvolvimento, diferentemente de outros países onde o modelo gerencial fora implementado após a consolidação do Estado Social. Assim, para Irene Nohara, o modelo gerencial “acaba provocando uma diminuição no *status* de cidadania, por restringir a expansão e o reconhecimento não apenas dos direitos sociais, que auxiliam na consolidação de uma democracia material, mas também dos direitos dos próprios servidores públicos”. Para a autora:

“a adoção indiscriminada de vertentes do modelo gerencial – num ambiente que não vivenciou o amadurecimento cultural dos valores burocráticos, referentes à meritocracia, à racionalidade e ao respeito aos princípios republicanos,

como a isonomia e a impessoalidade –, em vez de permitir o surgimento de formas de gestão mais eficientes, pode restabelecer práticas pré-burocráticas de gestão, que se orientam para o *spoil system* (sistema patrimonialista de despojo e partilha), tendo em vista o predomínio do nepotismo e da pessoalidade nas relações funcionais.”

A respeito do princípio constitucional da eficiência, inobstante a existência de diversas questões que envolvem o tema, destacamos a existência de duas correntes que se trataram da utilização do novo princípio. Uma é a do modelo gerencial, que propugna a flexibilização dos controles em um nome de um controle de resultados, e a outra é a interpretação da eficiência sob o filtro do Direito Administrativo.

O primeiro sentido foi o dominante na Reforma Administrativa da década de 90, se apoiando nos ideais de gerencialismo puro e *consumerism*. Atualmente, porém, predomina a segunda interpretação, de cunho mais democrático. É nesse sentido a sustentação de Emerson Gabardo, para quem “a eficiência na gestão pública deve adotar parâmetros de avaliação distintos do paradigma gerencial da esfera privada”.

Também para Nohara, “para uma melhor adequação do sentido jurídico da eficiência, faz-se necessária a adoção de um significado instrumental aos valores constitucionais, ponderado, portanto, com o juízo de responsabilidade diante da sustentabilidade e da orientação do Estado para a efetividade do bem comum”. Nessa linha de pensamento, destaca-se a irredutibilidade da eficiência ao aspecto econômico. O conceito introduzido pela reforma administrativa, por representar uma relação de adequação entre os meios e recursos empregados e as finalidades alcançadas, deve se submeter a critérios de ponderação junto a outros princípios de ordem constitucional.

Este modelo gerencial descrito é tido, por alguns, como aquele vigente no país. Outros tratam o modelo vigente como sendo “burocrático-administrativo”, conferindo-se ênfase a um ou outro aspecto. Há quem destaque, ainda, a sobrevivência de características patrimonialistas nos dias atuais. Fato é que há a necessidade de realizar uma adequação dos princípios gerenciais ao interesse público, quando atuante na Administração Pública, sem a qual o referido modelo pode ser tido como passageiro ou contraproducente.

Suscitamos, assim, o questionamento do grau em que esta adequação se concretizou no cenário brasileiro, em especial com a análise das influências políticas a que se sujeitam os modelos de gestão administrativa no país.

4. *A sujeição gerencial às vontades políticas*

Para Marin e Oliveira, na medida em que o Estado assume a tarefa de promover o desenvolvimento, “a história política brasileira tem sido caracterizada

pela sucessão de pactos políticos voltados para o desenvolvimento”. Sustenta-se que as políticas públicas de desenvolvimento, e também o próprio aparelho do Estado, as suas instituições, as leis etc., elaboradas no Brasil no século XX e início do século XXI foram originárias das aspirações e concepções das classes sociais que compunham a organização do Estado.

Sobre esse tema, Bresser-Pereira define cinco pactos políticos que guiaram as reformas administrativas no mencionado período. Em decorrência do recorte científico-metodológico adotado no presente artigo, analisaremos somente aqueles que tiveram expressão após a década de 90: o pacto Liberal-dependente (1991-2005) e o Popular-Deocrático (2005 até 2012, data em que o esquema fora elaborado).

Essa transferência do aparelho estatal e das decisões políticas a uma classe política implica na influência de ideologias e concepções de classe nos momentos de elaboração de políticas públicas e reformas administrativas, de modo que, havendo oposição política, a noção de pactos políticos leva à existência de grupos “ganhadores” e grupos “perdedores” no processo político.

Como se demonstrou, em razão de que o período de transição democrática consolidado com a Constituição de 1988 fora marcado por um forte período inflacionário, políticos e burocratas de orientação liberal assumiram postos-chaves no novo governo. Capitaneada por FHC e Bresser-Pereira, a reforma promovida a partir dos anos 90 buscava a eficiência e a desestatização, sob a retórica de uma transformação da administração burocrática em administração gerencial. Este pacto inaugurou o modelo de gestão pública atualmente vigente.

Ocorre que, apesar de não ter inaugurado um novo modelo de gestão, na classificação de Bresser-Pereira se sustenta que a partir de 2005 seria possível ser identificar a formação de um novo pacto popular-democrático. Destaca-se que os governos petistas recentes “têm se pautado pela necessidade de reduzir a desigualdade social e fortalecer o mercado interno mediante o aumento da renda real dos trabalhadores. Programas estratégicos do governo, como o Bolsa Família, Minha Casa Minha Vida e ProUNI, são indicações claras de uma orientação distributivista.”

A esse respeito, Góngora sustenta que entre os anos de 2000 e 2010, busca de maior eficácia nas políticas públicas governamentais não se deu a partir de reformas em grande escala, a partir de privatizações ou supressões e fusões de instituições. A reforma se deu a partir de modificações centradas na alteração de regras que tratam do funcionamento e gestão das políticas públicas. Essas reformas se deram, por exemplo, nas modificações relativas ao aumento de controle e transparência do gasto público.

Para o autor, tanto no Brasil quanto na Argentina, ocorre uma rotação de elites por grupos de orientação de centro-esquerda, o que levou a que se interrompesse a implementação de reformas de “primeira geração” impulsionadas nos anos 90 pelos dois países (privatização, ênfase na eficiência etc.) e se passa a

optar por um maior controle político pelo governo central das agências executivas especializadas.

Acerca das reformas levadas a cabo entre os anos 2000-2010, concluem-se alguns pontos característicos, dentre os quais se destaca a recorrência de um padrão de reforma centrado na iniciativa do executivo, na busca de resultados de curto prazo, a busca de sistemas procedimentos que reduzam os custos de transação (se adota uma agenda em matéria de governo eletrônico e redução de trâmites e procedimentos, com a finalidade de facilitar o acesso a informação sobre a gestão), a busca de uma maior eficiência na prestação de serviços públicos e o fato de que o Estado deixa de ser o principal agente executor dos serviços, assumindo a função de financiamento e fomento, criando uma rede, que atua especialmente na operação de programas sociais assistenciais.

Atualmente, em tempos pós-*impeachment*, pode se cogitar, ainda, acerca da formação de um novo pacto político. Apesar da proximidade histórica que dificulta a análise, pode se cogitar da formação de um pacto pelas federações das indústrias e pela grande mídia, apoiados pelo Movimento Brasil Livre (MBL) e pelas classes médias e altas. O novo governo, cujo apoio político se sustenta nesses atores, vem promovendo uma série de novas reformas, que beneficiam especialmente às empresas do país, como a reforma trabalhista e a previdenciária.

Nota-se, porém, que várias das reformas, na maioria dos governos pós redemocratização, motivadas por crises fiscais ou políticas, privilegiam saídas de curto prazo, uma vez que subjaz ao debate o interesse político-eleitoreiro. Assim, várias das soluções propostas são superficiais, na medida em que se busca apenas demonstrar alinhamento ideológico a determinados grupos (ao mercado ou aos movimentos sociais, por exemplo). Junto a isso, nota-se a liderança do Poder Executivo, de modo que as reformas são dependentes não apenas da capacidade para centralizar e impulsionar a agenda reformista por parte do governo central, mas também da própria existência de interesse por parte do Presidente acerca do aparato administrativo.

As reformas promovidas pelos governos tendem a buscar resultados de curto prazo, adotando-se um marco de regras específicas, sem o esforço mais detalhado de sistematizar o marco doutrinal geral sobre o qual se estruturam as reformas e sem entrar na análise de variáveis de médio e longo prazo, como as orientações acerca da formação dos candidatos a ingressam como futuros funcionários.

E isso se mostra como um sintoma da inadequação do modelo gerencial à Administração Pública: ao passo que o planejamento deveria ocorrer em longo prazo em razão da perenidade da Administração Pública, instaura-se um modelo de objetivos de curto prazo com objetivos eleitoreiros. Essa falta de adequação em razão da sujeição política a que se submete o modelo gerencial resta evidenciada pela transição de pactos políticos que efetuam a descontinuidade de políticas públicas.

Sucessivas gestões fazem e desfazem as ações governamentais de seus antecedentes, tornando a gestão pública palco de batalhas ideológicas. Em âmbito nacional, se mostrou a existência de pactos políticos que guiam os programas governamentais, atuando em favor das classes que o sustentam. Mas essa batalha não se restringe a esse nível. Exemplo disso são as mudanças de gestão ocorridas na Prefeitura de São Paulo com a transição de Haddad a Doria, a quem se atribui a alcunha de “gestor”, para diferenciá-lo de outros políticos tido como “tradicionais”.

O novo prefeito demonstra uma orientação voltada ao mercado. Criou, assim, a Secretaria Municipal de Desestatização e Parcerias e anunciou a realização de concessão ou privatização de parques públicos. Torna-se nítido o caráter ideológico presente na referida gestão. Trata-se a Administração Pública como uma empresa. Privilegia-se o *como* em detrimento do *por que*.

“Dessa forma, Doria parece tratar a coisa pública como se fosse propriedade privada da sua gestão. A privatização é apresentada como solução antes mesmo que o problema seja identificado e trazido a público. Mas qual o problema específico do Parque Ibirapuera? E dos demais parques públicos municipais? É uma questão orçamentária? É um problema de gestão? A privatização poderá solucionar esses problemas? Como? Quais as garantias? Não seria interessante que essas questões fossem trazidas ao debate público?”

Considerado um gestor exemplar na iniciativa privada, assumiu-se que também seria na pública. Mas, ao assumir a liderança do Poder Executivo da cidade de São Paulo, João Doria promoveu mudanças que atingiram os progressos da gestão anterior: assim, por exemplo, realizou a remoção de ciclovias, busca a flexibilização do Plano Diretor aprovado na gestão Haddad, alterou a divulgação de dados sobre índices e acidentes de trânsito ocorridos na gestão anterior, além de exonerar funcionários, como ocorre na prática política do país.

Trata-se a Administração Pública como uma empresa – como se faz nos discursos que buscam a redução do tamanho do Estado com a finalidade de equilibrar as contas públicas, mesmo que em prejuízo da população –, ao passo que esta deveria ser vista como uma instituição perene, com uma ética institucional que não visa ao lucro e sim à promoção do bem-estar social.

Independentemente das ideologias políticas, deseja-se um setor público eficiente, ágil, eficaz e qualificado. Porém, “o problema reside nos obstáculos que encontramos para atingir esse objetivo, ante uma realidade geral notoriamente distante do ideário sustentado”. Para chegarmos a um setor público desejável nesse cenário propomos a atenção a dois itens correlatos: o amadurecimento burocrático e o planejamento a longo prazo.

5. *O necessário amadurecimento burocrático e o planejamento no modelo gerencial: reflexões sobre a necessidade de um debate contínuo*

A adaptação do modelo gerencial à Administração Pública depende da vontade política dos agentes eleitos em todos os níveis federativos. Estes, porém, muitas vezes interessados unicamente em fins políticos-eleitoreiros, afastam a gestão pública do planejamento a longo prazo e da segurança jurídica e institucional.

É necessário estabelecer um grau de estabilidade nas transições governamentais. O vai-e-vem da política desfavorece a criação de um ambiente de segurança institucional. “Estariamos em tempos primitivos se aceitássemos passivamente que a troca de Governo haveria de implicar a troca de toda uma máquina administrativa”, diz Fábio Medina Osório. Entretanto, práticas como as supramencionadas são rotineiras no país.

Desse modo, se o correto exercício da função administrativa se encontra vinculado à fiel execução dos preceitos contidos na ordem jurídica, não se pode admitir, sob pena de se instaurar um cenário de insegurança jurídica, que as funções administrativas sejam exercidas a partir dos interesses políticos dos gestores, que utilizam da máquina pública com fins político-eleitoreiros, muitas vezes revogando ou desfazendo programas governamentais anteriores motivados por disputas político-ideológicas.

Houve avanços legais (como a disposição da Lei de Responsabilidade Fiscal de vincular o orçamento à conclusão de obras inacabadas em gestões anteriores), mas ainda parecem ser necessários outros instrumentos que possibilitem uma melhor adequação do modelo gerencial à Administração Pública, reiterando-se que esta deve ser compreendida não como uma empresa, mas como uma instituição perene, que subsiste independentemente das transições políticas.

Analisando a possibilidade de utilizar o planejamento como um instrumento de adequação, nota-se que a estrita vinculação da gestão a metas de longo prazo poderia promover uma redução da liberdade dos administradores, que se tornaria mero executor dos programas, se distanciando da noção de gestores instituída em âmbito global e contrariando a tendência histórica de centralidade do Poder Executivo na formulação de políticas públicas no país.

Portanto, o que se defende não é um engessamento da máquina pública com a estrita vinculação dos agentes políticos a metas de médio e longo prazo. Afinal, a transição política é natural e necessária em um sistema político democrático.

No quesito do planejamento a médio e longo prazo, a China aparece como exemplo paradigmático. Apesar de não se ignorar as grandes diferenças entre os sistemas políticos do nosso e daquele país, a China se mostra como exemplo da formulação de planejamentos de Estado, e não apenas de governo. Ao passo que o Conselho de Estado chinês possibilita a realização do estabelecimento de metas para os próximos 50 anos, a maior aproximação que temos desse sistema

no Brasil se dá com o Plano Plurianual, com vigência de 4 anos, duração de um mandato.

Para compatibilizar a liberdade democrática com o planejamento a longo prazo, o que se propõe é o amadurecimento do sistema burocrático. Partilhamos da concepção de Fábio Medina Osório, para quem “o estágio weberiano de uma Administração Pública burocraticamente estável é um dos pressupostos para avançarmos rumo à Gestão Pública contemporânea”.

No Brasil, é certo que a muitas vezes promíscua relação entre o público e o privado torna-se exemplo da sujeição política a que se submete a Administração Pública, decorrente não só de uma inadequação do modelo gerencialista à Administração Pública, mas de uma tradição patrimonialista que marcou a história pública brasileira. Nesse cenário, e como reflexo dessa aproximação entre direito e política, reinam a insegurança jurídica e institucional.

Com o receio, porém de que toda e qualquer relação promovida entre o público e o privado serão eivadas de vícios, agarra-se ao Poder Judiciário como instituição confiável, mas se engessa e se *judicializa* a atuação da Administração Pública.

Há o desafio, especialmente no cenário de proeminência judiciária brasileiro, de se construir uma contenção e deferência judiciária para que o Poder Executivo possa atuar conforme o planejamento sem uma intervenção judicial engessante e sem negar tutela jurisdicional à lesão ou ameaça de lesão a direito. A visão de um novo planejamento leva, portanto, à necessidade de se pensar novos meios de controle da gestão. Os modos de construir esse planejamento não estritamente orçamentário e que permita uma atuação proativa da Administração Pública se mostram, portanto, como um desafio ao jurista brasileiro contemporâneo.

O planejamento a médio e longo prazo seria um dos instrumentos que poderia possibilitar um amadurecimento da gestão burocrática, compatibilizando-a com aportes democráticos e gerenciais. Mas outros podem ainda ser elaborados, como sistemas de coordenação estratégica, comunicação entre os órgãos de governo, contratos de gestão mais efetivos etc. Para Fábio Medina Osório:

“Para que possamos trabalhar corretamente com os novos paradigmas de gestores ágeis, eficientes e comprometidos com resultados, temos que construir, como substrato, uma máquina administrativa estável, aparelhada, qualificada, técnica. É claro que a consolidação desse suporte administrativo possivelmente demande estratégias de médio e longo prazos, não apenas com reformas pontuais, mas também estruturais, na valorização daqueles que estão a serviço dos administradores e gestores públicos.”

Não obstante as críticas que possam ser dirigidas à orientação política, filosófica e epistemológica do planejamento anterior à década de 80 no país, ocorre que a noção de planejamento foi abandonada após esse período, resul-

tando numa ausência de diretriz global para o desenvolvimento nacional. Desse modo, cada órgão administrativo é representante de interesses políticos distintos, com forças relativas diferenciadas a cada momento.

“É a partir da Presidência que se supera, minimamente, a fragmentação interna da máquina administrativa, mobilizando-se, ao seu redor, setores técnicos e burocráticos capazes de dar um sentido à atuação estatal. No entanto, mesmo com uma Presidência forte, como a brasileira, a falta de um órgão planejador e coordenador com poderes efetivos faz com que se perpetuem os conflitos políticos no interior do Estado. E esses conflitos, embora nem sempre comprometam os objetivos das políticas nacionais, sempre conseguem comprometer o ritmo das políticas de desenvolvimento, impedindo uma ação coordenada por parte do Poder Público.”

Assim, historicamente, no Brasil, se verifica a inexistência de uma institucionalização da Administração Pública em relação a uma planificação global. A ausência de coordenação culminou na elaboração de diferentes planos por diferentes setores da Administração. Desse modo, sem uma estrutura adaptada ao planejamento, “a única preocupação efetiva das nossas reformas administrativas deu-se com a vinculação entre plano e orçamento, que não solucionou o problema”.

Também nesse sentido, Thiago Marrara sustenta que decorrente da frequente vinculação do planejamento ao direito econômico, se “ofuscou a relação entre o direito administrativo e o planejamento estatal, levando-o a perder o *status* de capítulo da ciência do direito administrativo brasileiro e a esconder-se nos manuais de direito econômico”.

Porém, na medida em que é expressão da vontade estatal, o planejamento deve, ainda, estar axiologicamente vinculado com a ideologia constitucional. Assim, superando o viés unicamente orçamentário, o planejamento deve servir como instrumento que venha a legitimar objetivos escolhidos democraticamente ao mesmo tempo em que concretiza princípios constitucionais estruturais, sem utilizar-se de uma atuação *ad hoc*, marca característica da sujeição gerencial às vontades políticas. Assim, Marrara sustenta que:

“a relevância do planejamento como atividade inseparável de um Estado Democrático, Republicano e Social de Direito é inegável. No contexto ocidental, não se pode falar mais de Administração Pública sem se falar de planejamento, afinal não se mostra aceitável uma atividade administrativa aleatória, caótica, ineficiente e, sobretudo, ignorante das tarefas sociais complexas que competem ao Estado como entidade representativa do povo. Apesar disso, o direito do planejamento foi esquecido pela legislação e pela ciência do direito administrativo brasileiro nas últimas décadas, passando-se a esconder no campo do direito econômico e em seus manuais.”

Temos por correto, portanto, que os ideais gerencialistas, por si só, não são negativos. Mas, na Administração Pública, esses ideais devem ser adequados ao interesse público, e não aplicados automaticamente como se atuassem na gestão privada. Os ideais gerencialistas podem, atendidos esses pressupostos, promover o desejado melhor funcionamento da máquina pública, combatendo os vícios do burocratismo e do patrimonialismo.

Metas de médio e longo prazo, ao fazer oposição a mudanças políticas constantes, poderiam se constituir em instrumentos para que os governos concentrem seus esforços em melhor gerir a máquina pública, e não criar políticas públicas com fins unicamente político-eleitorais. Esse viés do planejamento, entretanto, foi ignorado nas reformas promovidas a partir dos anos 80 e 90.

Ademais, o tema dos modelos de gestão pública ou administrativa, como já se referiu, se encontra pouco tratado nos manuais e cursos de direito administrativo. Ele é tratado com maior ênfase apenas quando se promove uma reforma que pretende instaurar um novo modelo ou quando se realizam estudos históricos sobre o assunto. O tema carece, portanto, de um tratamento contínuo na doutrina administrativista.

Em grande parte, isso ocorre porque o Direito Administrativo não estabelece o necessário diálogo com as noções de gestão pública que, por sua vez, se encontra sobre bases indefinidas. Apesar da renovação de paradigmas de gestão, o Direito Administrativo permanece ainda vinculado a paradigmas de legalidade oriundos do surgimento do Estado Liberal. Vê-se a gestão como sinônimo de administração e ambas como conjunto de técnicas de mera execução de decisões, se esquecendo das contribuições científicas da gestão para a gestão estratégica, gestão financeira, de recursos humanos etc.

Do ponto de vista da gestão, o direito administrativo é então visto como um fator de freio ou bloqueio dos processos de racionalização gerencial. A discricionariedade é vista como um problema e não como uma oportunidade de realizar um serviço que atenda aos interesses gerais.

Um estudo contínuo sobre os modelos de gestão pública e administrativa – que contribua, por exemplo, com pesquisas estatísticas sobre o funcionamento da Administração Pública – pode auxiliar o aperfeiçoamento do modelo gerencial vigente e a elaboração de instrumentos que forneçam suporte para o amadurecimento burocrático do país, tal como o planejamento.

Considerações Finais

Ante todo o exposto, concluímos que a análise dos modelos de gestão administrativa (e as peculiaridades históricas de sua formação no Brasil) revelam a necessidade de um debate contínuo, de modo a se promover o seu aperfeiçoamento.

mento e adequação à Administração Pública, a qual se encontra, também, sujeita a modificações históricas.

Buscou-se demonstrar como o modelo atual ainda permite uma forte influência da política na atuação administrativa, com rotineiras revogações de programas governamentais das gestões anteriores aos novos agentes políticos. Para mitigar essa insegurança, é necessário um debate contínuo sobre o tema, e não somente quando se fale em reformas administrativas, de forma a se buscar, inclusive com pesquisas empíricas sobre o desempenho da Administração, a formação de um modelo adequado ao cenário brasileiro.

Portanto, restringir o debate dos modelos de gestão administrativa aos períodos de grande reforma significa, também, restringir as possibilidades desenvolvimento de novos instrumentos que realizem o aperfeiçoamento desses modelos.

A análise dos modelos permitiu concluir que a tradição patrimonialista brasileira e a inadequação parcial do modelo gerencial aos postulados de administração da máquina pública demonstram a sujeição política a qual se submete a gestão administrativa no país, o que pode, potencialmente, acarretar o incorreto exercício da função administrativa, que deve se vincular a postulados legais, e não a interesses político-eleitorais.

Como possibilidade de mitigação desses problemas, analisou-se o instituto do planejamento, que desde a década de 80 encontra-se vinculado unicamente a questões orçamentárias. Defendemos, porém, que na medida em que é expressão da vontade estatal, o planejamento deve, ainda, estar axiologicamente vinculado com a ideologia constitucional. Assim, superando o viés unicamente orçamentário, o planejamento deve servir como instrumento que venha a legitimar objetivos escolhidos democraticamente ao mesmo tempo em que concretiza princípios constitucionais estruturais, sem utilizar-se de uma atuação *ad hoc*.

Desse modo, entre outros instrumentos, o planejamento a médio e longo prazo aparece como possibilidade de amadurecimento da gestão burocrática, compatibilizando-a com aportes democráticos e gerenciais, sendo necessário o desenvolvimento de pesquisas sobre o assunto para melhor elaboração de um modelo que se adeque ao cenário brasileiro. É necessário, portanto, um diálogo da gestão com o direito administrativo, de modo que aquela não se restrinja a aspectos políticos, dissociando-se do ideário constitucional, e este não se restrinja a aspectos meramente formais e legais, dissociando-se da realidade e das necessidades políticas do país.

Abstract

Public management and administrative law: a necessary dialogue for planning

by Angela Cassia Costaldello e João Pedro Ruppert Krubniki

The present article aims to analyze the historical formation of the administrative management models set in Brazil and to acknowledge the legal principles of the current managerial model, in order to elaborate contributions on its suitability to the contemporary Public Administration, instigating the formulation of instruments that allow this suitability, especially the planning. It is put at stake the suitability of the current managerial model to the Public Administration, throughout the analysis of political influences that undermine the public management models in the country's history. Assuming that the correct exercise of the administrative function is linked to the faithful execution of its legal precepts, the bureaucratic maturation of management models is sought in order to dispel it from political and electoral interests. Thus, the current scenario of the country, where the institutional solidity is being questioned, poses a great importance to contextualize the present article, given that Brazil has been experiencing successive discontinuity of governmental programs, demonstrating the political liabilities to which the Public Administration is subordinated.

Key words: Public management; Administrative management; Public Administration; Gerencialism; Planning.

Referências

- AGUILAR, Luis F. Villanueva, *Gobernanza y gestión pública*, México, DF Fondo de Cultura Económica, 2006
- BERCOVICI, Gilberto, *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*, São Paulo, Max Limonad, 2003
- BRASIL, Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, *Diário Oficial da União*, Brasília, 04. mai. 2008
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, *Reforma do Estado para a cidadania*, São Paulo, Ed. 34, 1998
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, *Os três ciclos da Sociedade e do Estado. Textos para discussão – Escola de Economia de São Paulo*, Fundação Getúlio Vargas, Abril, 2012
- BRUGUÉ, Quim, SUBIRATS, Joan, *Lecturas de Gestión Pública*, Ministério de Administraciones Públicas, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996
- CATALÁ, Joan Prats, *Derecho y management en las administraciones públicas*, in *Lecturas de Gestión Pública. Coordenação de Quim Brugué e Joan Subirats*, INAP, Madrid, 1999, pp. 182 ss.
- CORNÉLIO, Antônio Fernando, *Repensando o planejamento brasileiro: um posicionamento de cunho filosófico*, in RAMOS, Naimar Mendanha e outros (Coords.). *Modernização administrativa – coletânea de monografias II*, Brasília: IPEA, 1980, pp. 333 ss.
- FAORO, Raymundo, *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, 3. ed., São Paulo, Globo, 2001
- Folha de São Paulo, *Sob Doria, CET apaga divulgações da gestão Haddad sobre marginais*, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1853421-sob-doria-cet-apaga-divulgacoes-sobre-marginais-da-gestao-haddad.shtml>. Acesso em 10 de maio de 2017
- GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder, *O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo – uma crítica da crítica*, in BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, HACHEM, Daniel Wunder (Coords.), *Direito Administrativo e Interesse Público. Estudos em Homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, Belo Horizonte, Fórum, 2010
- GÓNGORA, Edwin Manuel, *Tendencias y modelos en diseño y rediseño organizacional en el sector público: análisis comparado de las reformas en ocho gobiernos centrales de América y Europa entre 2000-2010*, in XVII Congreso del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena, oct., 2012, p. 1-20
- GUERRERO, Omar, *La administración pública a través de las ciencias sociales*, México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2010
- JUNIOR, Walter Guandalini, *História do Direito Administrativo Brasileiro, Formação (1821-1895)*, Curitiba, Juruá, 2016
- KETTL, Donald F, *A revolução global: reforma da administração do setor público*, in PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.), *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1998
- LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de, *As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos*, in *Revista do serviço público*, Vol. 49, n. 2, abr.-jun., 1998
- MARIN, Pedro de Lima e OLIVEIRA, Ana Claudia Pedrosa de, *Pactos Políticos e Reformas Administrativas no Brasil*, Texto apresentado in *I Encontro de Administração Pública e Governo*, Salvador, novembro de 2012

- MARRARA, Thiago, *A atividade de planejamento na administração pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da nova lei de organização administrativa*, in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 27, jul.-ago., 2011, p. 1-30
- METCALFE, Les, *Gestión pública: de la imitación a la innovación*, in *Lecturas de Gestión Pública. Coordinación de Quim Brugué e Joan Subirats*, INAP, Madrid, 1999, pp. 79 ss.
- MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO, *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, Brasília, 1995
- MOUËL, Jacques Le, *Critica de la eficacia: ética, verdad y utopia de un mito contemporáneo*, traducción de Irene Agoff, Barcelona, Paidós, 1992
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 14. ed., rev., atual., e ampl., Rio de Janeiro, Forense, 2006
- NOHARA, Irene, *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*, São Paulo, Atlas, 2012
- ObservaSP, *O falso dilema dos parques segundo Doria e o caso do Central Park*, disponível em: <https://observasp.wordpress.com/2017/03/03/o-falso-dilema-dos-parques-segundo-doria-e-o-caso-do-central-park/>. Acesso em 10 de maio de 2017
- OSÓRIO, Fabio Medina, *Novos Rumos da Gestão Pública Brasileira: dificuldades teóricas ou operacionais?*, in JUNIOR, Luiz Guilherme Costa Wagner (Coord.), *Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos, *O Ex-leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado*, Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2006.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais*, in GUIMARÃES, Edgar (Coord.), *Cenários de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*, Belo Horizonte, Fórum, 2004
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo, *Serviço Público: garantia fundamental e cláusula de proteção de retrocesso social*, Curitiba, Íthala, 2016
- WEBER, Max, *Economia e sociedade: fundamentos de uma sociologia compreensiva*, Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 1999

Profili internazionali della lotta alla corruzione, con particolare riferimento al settore dei servizi: il ruolo determinante del *Soft Law*

di Susanna Quadri*

SOMMARIO: 1. Premessa: origine e ambito della corruzione internazionale – 2. Nascita della disciplina internazionale anticorruzione – 3. Strumenti normativi di contrasto alla corruzione internazionale: la convenzione OCSE e le convenzioni del Consiglio d'Europa – 4. (segue): La Convenzione di Merida del 2003: un radicale cambiamento di rotta della normativa anticorruzione sul cammino degli obiettivi perseguiti – 5. I sistemi di monitoraggio delle convenzioni internazionali anticorruzione ed il valore “condizionante” della *moral suasion* nel diritto internazionale dell'economia – 6. Il Global Compact: una fonte anomala ma profondamente efficace nel panorama giuridico economico – 7. Il riflesso dal piano giuridico a quello culturale delle disposizioni anticorruzione di *Soft Law*, verso il ripristino della cultura della legalità.

1. *Premessa: origine e ambito della corruzione internazionale*

Dagli anni 70' del secolo scorso la globalizzazione del crimine organizzato causata dall'apertura dei mercati ha dato impulso al fenomeno della corruzione a livello internazionale. La sua diffusione, soprattutto per quanto riguarda i Paesi in via di sviluppo, ostacola la libera concorrenza delle imprese occidentali ed inibisce il progresso economico e la democratizzazione dei suddetti Paesi¹, nonché il perseguimento dei nuovi obiettivi di sviluppo sostenibile stabiliti dalle Nazioni Unite per il 2030². Ciò vale con particolare riferimento ai servizi (soprattutto in

* Professore associato di diritto internazionale nell'Università di Napoli Parthenope.

¹ Secondo autorevole dottrina, col capitalismo finanziario il sistema economico ha assunto una sua decisiva autonomia, che inibisce le tradizionali forme della democrazia rappresentativa, impossibilitata a funzionare per la crescente ineguaglianza tra gli uomini e l'inquietante sviluppo dei fenomeni di corruzione, a tutti i livelli. Cfr., in proposito, P. PICONE, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, pp. 5 ss.; e ID., *Gli obblighi erga omnes tra passato e futuro*, in *QIL*, 2015, http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2015/07/Picone_Gli-obblighi-erga-omnes-tra-passato-e-futuro.pdf, p. 26.

² I suddetti obiettivi sono stati previsti nell'ambito dell'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, un programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità sottoscritto nel settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri dell'ONU. Essa comprende 17 obiettivi per lo sviluppo sostenibile, che i Paesi si sono impegnati a raggiungere entro il 2030: 1) Porre fine ad ogni forma di povertà nel mondo; 2) eliminare la fame, raggiungere la sicurezza alimentare, migliorare la nutrizione e promuovere un'agricoltura sostenibile; 3) assicurare la salute ed il benessere per tutti e per tutte le età; 4) fornire un'educazione di qualità, equa ed inclusiva, e opportunità di apprendimento per tutti; 5) raggiungere l'uguaglianza di genere ed emancipare tutte le donne e le ragazze; 6) garan-

relazione all'energia, come evidenziato da vari processi giudiziari in corso)³ e, in generale, per il settore degli appalti e della contrattazione pubblica.

Il 59% dei casi di corruzione internazionale si verifica in quattro comparti economici: attività estrattive, costruzioni, trasporti, tecnologia ed informazione. I settori manifatturiero e sanitario rappresentano ognuno l'8% dei casi.

In più della metà delle ipotesi, il 57%, la corruzione viene posta in essere per aggiudicarsi appalti pubblici. Al secondo posto (ma a grandissima distanza, il 12%) vi è l'ottenimento di autorizzazioni⁴.

La corruzione internazionale dilaga a causa di molteplici fattori.

Nell'industria estrattiva, ad esempio, essa è favorita dall'alto livello di discrezionalità politica nella concessione delle autorizzazioni, dalla commistione tra interessi pubblici, azionari e personali, dalla limitata concorrenza tra imprese causata spesso da accordi clientelari, nonché da strutture finanziarie molto complesse. Frequentemente, negli Stati con poca disponibilità di risorse energetiche e minerarie, la corruzione facilita intese tra agenti pubblici e privati che conducono a decisioni poco trasparenti nella selezione delle aziende e nella pianificazione delle risorse da sviluppare. Inoltre, essa può provocare ritardi operativi e deviare fondi pubblici.

A causa dei numerosi regimi di monopolio, la corruzione colpisce in larga parte il settore dei servizi e delle infrastrutture, nel quale coloro che controllano gli operatori ricevono spesso ingenti remunerazioni. Per l'intervento costante del governo, in questo campo non mancano le opportunità di abuso di autorità e le

tire a tutti la disponibilità e la gestione sostenibile dell'acqua e delle strutture igienico-sanitarie; 7) assicurare a tutti l'accesso a sistemi di energia economici, affidabili, sostenibili e moderni; 8) incentivare una crescita economica duratura, inclusiva e sostenibile, un'occupazione piena e produttiva ed un lavoro dignitoso per tutti; 9) costruire un'infrastruttura resiliente e promuovere l'innovazione ed un'industrializzazione equa, responsabile e sostenibile; 10) ridurre l'ineguaglianza all'interno di e fra le Nazioni; 11) rendere le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili; 12) garantire modelli sostenibili di produzione e di consumo; 13) promuovere azioni, a tutti i livelli, per combattere il cambiamento climatico; 14) conservare e utilizzare in modo durevole gli oceani, i mari e le risorse marine per uno sviluppo sostenibile; 15) proteggere, ripristinare e favorire un uso sostenibile dell'ecosistema terrestre; 16) garantire la pace, la giustizia e rafforzare le istituzioni; 17) incrementare i mezzi di attuazione e rinnovare il partenariato mondiale per lo sviluppo sostenibile. Nell'ambito dell'obiettivo 16, il traguardo 16.5 prevede di ridurre sensibilmente la corruzione e gli abusi di potere in tutte le loro forme, promuovendo il perseguimento di una cooperazione internazionale in materia di lotta alla corruzione, da attuare anche mediante gli strumenti normativi esaminati nel corso del lavoro.

³ Sulle peculiarità degli atti di corruzione nel settore dell'energia cfr. C. GRASSO, *The Dark Side of Power: Corruption and Bribery within the Energy Sector*, in R. LEAL-ARCAS, J. WOUTERS (eds.), *Research Handbook on EU Energy Law and Policy*, Cheltenham, 2017, pp. 237 ss.

⁴ Cfr. i dati OCSE all'indirizzo <https://data.oecd.org>. Essi si riferiscono al periodo 1999-2013, e sono stati ricavati analizzando 427 casi di corruzione internazionale avvenuti nei Paesi aderenti all'organizzazione i cui processi giudiziari sono iniziati dopo il 1999 – data dell'entrata in vigore delle convenzioni OCSE anti-corruzione – e si sono conclusi nel 2013.

richieste di tangenti: la corruzione influenza la regolazione del mercato e distorce la concorrenza, orientando le decisioni governative nelle fasi dei progetti relative alla pianificazione/regolazione, al finanziamento e all'erogazione dei servizi. Di conseguenza, a livello globale i maggiori progetti di infrastrutture mostrano frequenti errori di pianificazione e costi eccessivi rispetto alle stime.

Le pratiche corruttive che assumono maggiori effetti negativi a livello sociale si riscontrano nel campo della sanità e dell'istruzione.

L'esame dei dati che collegano la corruzione e i cattivi risultati sanitari mostra che, al più alto livello politico, essa influisce sulla salute modificando l'assegnazione dei finanziamenti e indebolendo i pilastri dei sistemi sanitari, consentendo così un abuso di potere sempre maggiore. Gli episodi che si verificano più frequentemente nel settore sanitario vanno dai pagamenti non regolari per la fornitura di servizi sanitari alla corruzione negli appalti, agli scambi impropri di *benefit* e all'abuso di posizioni di alto livello, fino ad arrivare ad indebite richieste di rimborso, frode e appropriazione indebita di farmaci e dispositivi medici.

Per quanto riguarda l'istruzione, la corruzione si manifesta in vari settori, che vanno dagli investimenti di capitali, stanziamenti di bilancio, posizione e costruzione delle scuole, al reclutamento, carriera e formazione degli insegnanti, acquisto e distribuzione di testi, attrezzature e cibo. Le disfunzioni riguardano, altresì, iscrizioni a scuola e all'università, accreditamento di istituzioni e corsi, diplomi rilasciati da scuole private e sono generate a livello di decisioni politiche ed amministrative, nonché riguardanti la distribuzione dei servizi. Le distorsioni menzionate sono spesso associate alla perdita di fondi pubblici, alla diffusione di scuole ed insegnanti non regolari, nonché all'assenteismo diffuso⁵.

L'allargamento degli episodi evidenziati allo scambio ed alla fornitura internazionale di beni e servizi ha spinto la comunità internazionale all'adozione di strumenti di contrasto alla corruzione a livello internazionale, precedentemente aventi un ambito esclusivamente nazionale e – di conseguenza – un'estrema differenziazione nei diversi Stati.

Dopo aver esaminato brevemente la nascita e l'evoluzione della normativa internazionale sulla lotta alla corruzione ci si soffermerà sugli obiettivi della stessa nonché, in particolare, sull'evoluzione della natura delle misure in questione, orientate principalmente a ripristinare il rapporto di fiducia tra società e istituzioni, fondamento essenziale degli ordinamenti di impronta costituzionale.

⁵ Per un'analisi approfondita dell'ambito di diffusione della corruzione e delle conseguenze negative sulla crescita economica e sullo sviluppo si veda OECD, *Consequences of Corruption at the Sector Level and Implications for Economic Growth and Development*, OECD Publishing, Paris, 2015; nonché F. HEIMANN, M. PIETH, *Confronting Corruption: Past Concerns, Present Challenges, and Future Strategies*, Oxford, 2018 (Part Three).

2. *Nascita della disciplina internazionale anticorruzione*

Esaminare le questioni giuridiche da un punto di vista internazionalistico è molto utile, in quanto l'ottica internazionale fa luce su diversi aspetti della società regolati dal diritto interno, sottolineandone alcune caratteristiche che non si riescono a cogliere restando focalizzati in una dimensione esclusivamente nazionale; porsi in un ambito internazionale spesso aiuta, inoltre, ad approfondire l'origine della stessa normativa di diritto interno che – nel caso della corruzione – è fondamentale.

La corruzione nasce in ambito economico, in quanto la causa di tale fenomeno è rappresentata dagli interessi economici alla stessa sottesi. I grandi fenomeni di corruzione si manifestano, infatti, a livello imprenditoriale – prima ancora che in ambito politico-amministrativo – a causa dell'interesse degli imprenditori all'aggiudicazione degli appalti. Di conseguenza, il settore degli appalti dei servizi – che muove ingenti investimenti di capitali – è quello in relazione al quale si verificano più spesso episodi rilevanti di corruzione.

La normativa internazionale anticorruzione è nata proprio per arginare i grandi episodi di corruzione a livello aziendale, traendo origine da una disciplina degli Stati Uniti d'America della fine degli anni 70', il *Foreign Corrupt Practices Act of 1977*, la quale, sebbene avente carattere nazionale, mirava a combattere i fenomeni corruttivi che coinvolgevano gli amministratori di grandi società a livello internazionale, generando ingenti distorsioni sul mercato nazionale⁶.

Tuttavia, l'applicazione della legislazione in questione a livello nazionale creò – di fatto – un danno per le imprese americane le quali, operando sul piano internazionale e, al tempo stesso, essendo sottoposte ai rigidi dettami imposti dalle suddette disposizioni, subivano notevoli discriminazioni rispetto alle imprese degli altri Paesi, nel cui ambito continuavano ad imperare ingenti fenomeni corruttivi a causa della scarsa incidenza delle rispettive legislazioni anticorruzione nazionali.

Per tali ragioni, considerata la necessità di ripristinare al più presto la parità di concorrenza a livello internazionale nei settori nei quali si assisteva ai più rilevanti episodi di corruzione – disciplinati esclusivamente a livello nazionale – gli Stati Uniti esercitarono forti pressioni sulle grandi organizzazioni internazionali a carattere economico, sollecitandole ad adottare una normativa di stampo internazionale.

⁶ Pub. L. No. 95-213 (1977). Per approfondimenti sulla disciplina in questione e sul rapporto della stessa con le successive misure internazionali si veda, in particolare, G. ACQUAVIVA, *Il Foreign Corrupt Practices Act statunitense e il dilemma della lotta alla corruzione internazionale: azione unilaterale o cooperazione multilaterale?*, in G. SACERDOTI (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione*, Milano, 2003, pp. 167 ss.; nonché ID., *Il Foreign Corrupt Practices Act: la legislazione statunitense in materia di lotta alla corruzione di fronte agli ultimi sviluppi internazionali*, in *Linx Papers*, n. 89, serie *Impresa e istituzioni*, 16, agosto 2001.

Nel periodo in questione la disciplina anticorruzione era costituita in larga parte da disposizioni disseminate nella normativa nazionale dedicata ai settori più vari – generalmente a carattere penalistico – ed assumeva finalità esclusivamente repressive (e non preventive).

Dagli anni 90⁷ diversi Paesi europei si sono occupati del fenomeno corruttivo, adottando regimi giuridici aventi, tra le diverse finalità, anche la lotta alla corruzione⁷.

In Italia i testi maggiormente rilevanti sono la l. 7 agosto 1990, n. 241 in materia di procedimento amministrativo, le leggi 15 marzo 1997, n. 59 e 15 maggio 1997, n. 127 sulla riforma della Pubblica Amministrazione, semplificazione e snellimento dell'attività amministrativa – cd. Leggi Bassanini – nonché le leggi 16 giugno 1998, n. 191 e 8 marzo 1999, n. 50, sempre relative alla semplificazione amministrativa.

Per quanto riguarda la Francia, si fa riferimento alla Loi n. 1993-122 du 29 janvier 1993 (cd. Loi Sapin) *relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, alla Loi n. 2007-148 du 2 février 2007 *de modernisation de la fonction publique*, alla Loi n. 2013-907 du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique* e alla Loi n. 2016-1691 du 9 décembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*.

In Germania il maggiore intervento si è avuto, in sede penale, con il *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption* del 13 agosto 1997, mentre in Gran Bretagna si è proceduto a riordinare la materia solo con il *Bribery Act* dell'8 aprile 2010, sebbene già dalla fine degli anni 90⁷ fossero stati pubblicati alcuni studi della *Law Commission*.

Tali interventi hanno avviato un processo di razionalizzazione e sistemazione delle misure nazionali ed internazionali relative alla lotta alla corruzione, che rappresenta un tentativo di semplificazione del “disordine normativo”⁸ imperante nel settore, tra i maggiori fattori responsabili della diffusione della corruzione⁹.

La disciplina anticorruzione, a causa della rivoluzione imposta dagli Stati Uniti e della diffusione sempre maggiore degli atti corruttivi a livello internazionale, ha allargato progressivamente i propri orizzonti normativi, creando le basi per un'armonizzazione degli strumenti giuridici nazionali e dell'applicazione delle relative disposizioni, peraltro assai ardua.

⁷ Per i diversi riferimenti alla normativa in questione cfr. in particolare G. F. FERRARI, *Corruzione e anticorruzione: lineamenti generali e luoghi comuni*, in *Saggi – DPCE online*, 2019/1, pp. 164 ss.

⁸ *Ibidem*, pp. 172 ss.

⁹ In ordine ai principali interventi degli ultimi anni relativi alla disciplina penalistica, oltre al già ricordato *Bribery Act* – adottato in Gran Bretagna nel 2010 e preceduto nel 2006 dal *Fraud Act* – va menzionata la legislazione del nostro Paese (l. 6 novembre 2012, n. 190, l. 27 maggio 2015, n. 69 e l. 30 novembre 2017, n. 179), nonché il nuovo *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption* tedesco del 20 novembre 2015, che ha subito alcune modifiche attuative nel mese di giugno 2016.

3. *Strumenti normativi di contrasto alla corruzione internazionale: la convenzione OCSE e le convenzioni del Consiglio d'Europa*

La normativa internazionale in materia di lotta alla corruzione è frutto di un'intensa cooperazione che ha incontrato inizialmente alcuni ostacoli¹⁰.

Nel 1981 gli Stati Uniti condussero dei negoziati in seno al Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite per giungere alla conclusione di una convenzione internazionale, ma il tentativo fallì a causa delle contrapposte richieste avanzate dai Paesi in via di sviluppo e dagli Stati industrializzati¹¹.

Anche la proposta statunitense relativa ad una disciplina internazionale della lotta alla corruzione nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio non ebbe seguito, a causa del dissenso dei Paesi asiatici¹².

Una maggiore apertura si ebbe nell'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico), in quanto il primo interesse minato dalla corruzione è proprio lo sviluppo economico dei Paesi nei quali la stessa dilaga.

Inizialmente, il Working Group on Bribery in International Business istituito in seno all'organizzazione (di seguito WGB) promosse l'adozione di una raccomandazione non vincolante sulla corruzione nelle transazioni commerciali internazionali, successivamente modificata ed integrata¹³. Tale raccomandazione sanciva già i principi che avrebbero rappresentato il nucleo della successiva convenzione. Quest'ultima fu dunque approvata velocemente, grazie al felice esito del processo negoziale e agli studi del WGB, che evidenziarono le problematiche e gli aspetti fondamentali da disciplinare¹⁴.

La ratio della *Convenzione OCSE sulla lotta alla Corruzione dei Pubblici Ufficiali stranieri nelle transazioni internazionali*, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997 ed entra-

¹⁰ Oltre alla bibliografia citata nel seguito del lavoro, per un esame approfondito della disciplina internazionale anticorruzione si rinvia a M. ARNONE, L. BORLINI, *Corruption. Economic Analysis and International Law*, Cheltenham/Northampton Massachusetts, 2014, pp. 183 ss.; C. ROSE, *International Anti-Corruption Norms. Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems*, Oxford, 2015; L. BORLINI, *Not such a retrospective: riflessioni sull'origine, sviluppo e conseguimenti della cooperazione internazionale anticorruzione*, in *Saggi – DPCE online*, 2019/1, pp. 180 ss.; nonché, *ivi*, agli altri contributi relativi all'analisi comparata a livello internazionale della normativa anticorruzione di diversi Paesi.

¹¹ Si veda, in proposito, V.P. WEBB, *The United Nations Convention against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity?* in 8 JIEL, 2005, p. 193.

¹² Cfr., sul punto, K.W. ABBOTT, *Rule-Making in the WTO: Lessons from the Case of Bribery and Corruption*, in 4 JIEL, 2001, pp. 275 ss.

¹³ Council, Organisation for Economic Co-Operation and Development, *Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions*, OECD Doc C(94)75/FINAL (27 May 1994) e *Revised Recommendation of the Council on Combating Bribery in International Business Transactions*, OECD Doc C(97)123/FINAL (23 May 1997).

¹⁴ In realtà, subito prima dell'approvazione della Convenzione OCSE, in seno all'Organizzazione degli Stati Americani fu adottata l'*Inter-American Convention against Corruption* del 29 marzo 1996.

ta in vigore il 15 febbraio 1999, va individuata nella tutela di interessi di carattere economico, minacciati da atti corruttivi che possono distorcere il mercato, violando le regole della concorrenza¹⁵.

La Convenzione, giuridicamente vincolante anche per gli Stati aderenti non membri dell'OCSE, mira a fornire un ampio quadro giuridico in materia di corruzione. La stessa ha introdotto disposizioni profondamente innovative, in considerazione del fatto che all'epoca della conclusione dell'Accordo in quasi tutti i Paesi OCSE la corruzione di un pubblico ufficiale straniero non integrava gli estremi di reato. Analoga situazione si riscontrava, ad esempio, nel nostro ordinamento, nel quale i concetti di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio si riferivano a cittadini italiani.

La Convenzione intende reagire ad un fenomeno giudicato inaccettabile, imponendo agli Stati aderenti di considerare reato per le persone fisiche e giuridiche la corruzione di pubblici funzionari stranieri, posta in essere al fine di ottenere indebiti vantaggi nel commercio internazionale (appalti, esportazioni, autorizzazioni, investimenti, ecc.).

L'accordo in questione e le relative norme di attuazione, incluse quelle penali – emanate dall'Italia e dagli altri Stati aderenti – non si limitano a perseguire la corruzione dei funzionari di altri Stati membri dell'Organizzazione, ma si estendono, senza vincolo di reciprocità, alla corruzione di pubblici ufficiali di qualsiasi paese del mondo. Di conseguenza, un atto di corruzione – cioè l'offerta, la promessa o il pagamento di una somma o di un'altra utilità non dovuta, anche in natura – è considerato un reato perseguibile in Italia e negli altri Stati aderenti, qualunque sia la cittadinanza del funzionario corrotto e l'organizzazione statale o internazionale cui questi appartenga.

Pur avendo carattere prettamente repressivo, la Convenzione OCSE mira ad esercitare anche un'efficacia preventiva e dissuasiva a sostegno delle imprese. Da un lato, infatti, la stessa sollecita le aziende che operano sul mercato internazio-

¹⁵ Sulla Convenzione OCSE si veda, in particolare, U. DRAETTA, *La nuova Convenzione OECD e la lotta alla corruzione nelle operazioni commerciali internazionali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1998, p. 969 s.; G. SACERDOTI, *La Convenzione OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, pp. 1349 ss.; B. C. GEORGE, K. A. LACEY, J. BIRMELE, *The 1998 OECD Convention: An Impetus for Worldwide Changes in Attitudes Toward Corruption in Business Transactions*, in *American Business Law Journal*, 2000, pp. 485 ss.; M. PIETH, L. A. LOW, P. J. CULLEN (eds.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge, 2007; J. WOUTERS, C. RYNGAERT, A. S. CLOOTS, *The International Legal Framework against Corruption: Achievements and Challenges*, in *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 14, 2013, pp. 23 ss.; D. GALLO, *La corruzione di pubblici ufficiali stranieri e di funzionari delle organizzazioni internazionali: considerazioni critiche sulla Convenzione Ocse del 1997*, in *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, a cura di A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO, Padova, 2014, pp. 377 ss. Sempre nello stesso anno (il 26 maggio 1997), il Consiglio dell'Unione europea ha adottato la *Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea*.

nale ad astenersi dal porre in essere, nei Paesi in cui operano, pratiche che possano integrare il reato di corruzione; dall'altro, consente alle imprese di resistere meglio a richieste illecite, attraverso l'invocazione del divieto di pagare somme di denaro o altre utilità non dovute, la cui violazione è penalmente sanzionata dalla Convenzione.

Nonostante l'importanza della Convenzione OCSE per la lotta alla corruzione internazionale, la cooperazione internazionale nel settore in questione è proseguita anche ad opera di altre organizzazioni internazionali.

Nel 1999, in seno al Consiglio d'Europa sono stati stipulati due accordi internazionali in materia di lotta alla corruzione: la *Convenzione penale sulla corruzione* e la *Convenzione civile sulla corruzione*¹⁶.

La prima, adottando un approccio più ampio in materia anticorruzione rispetto a quello della Convenzione OCSE, ha abbandonato la finalità della tutela di interessi prettamente economici per sposare una funzione etica e culturale, sia nel settore pubblico che in quello privato.

Scopo primario di tale Convenzione è quello di contrastare la corruzione e di ripristinare il buon andamento della pubblica amministrazione e la parità di concorrenza tra imprese mediante il radicamento della cultura della legalità, prevedendo l'obbligo per gli Stati di punire la corruzione del settore pubblico e privato anche attraverso una serie di fattispecie incriminatrici (come, ad esempio, la corruzione domestica e transazionale, il traffico di influenze, il riciclaggio e il falso in bilancio) introdotte a garanzia di una maggiore efficacia e completezza della lotta alla corruzione.

L'accordo contiene, altresì, alcune disposizioni sul trattamento sanzionatorio, sulla giurisdizione, sulla responsabilità delle persone giuridiche, nonché sull'istituzione di agenzie specializzate per la lotta alla corruzione, sulla tutela dei testimoni e collaboratori di giustizia, sulla cooperazione tra le autorità in materia di applicazione delle disposizioni. La stessa non prevede, tuttavia, misure a carattere preventivo.

La Convenzione civile sulla corruzione è finalizzata principalmente ad assicurare ai soggetti danneggiati da fenomeni di corruzione adeguati rimedi giurisdizionali, volti alla tutela dei diritti e degli interessi lesi anche mediante la possibilità di un risarcimento dei danni. L'accordo definisce in modo ampio la

¹⁶ Per approfondimenti sugli atti in questione cfr., in particolare, V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale: effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012, pp. 488 ss.; nonché F. POCAR, *Convenzioni del Consiglio d'Europa sulla corruzione: ora l'Italia completa il cammino con norme adeguate*, in *Guida al diritto*, 2012, n. 36, p. 10. In generale, con riferimento alle convenzioni internazionali in materia di lotta alla corruzione, si veda anche L. BORLINI, P. MAGRINI, *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2007, pp. 15 ss.; nonché M. NINO, *L'applicazione delle convenzioni internazionali in materia di contrasto alla corruzione internazionale nell'ordinamento italiano*, in *La Comunità internazionale*, n. 3/2013, pp. 489 ss.

condotta corruttiva – sia nel settore pubblico che in quello privato – individuando per le vittime del reato misure di natura civilistica ed azioni di annullamento dei contratti oggetto di corruzione. La convenzione prevede, altresì, la tutela dei *whistleblowers* (coloro che denunciano atti di corruzione)¹⁷.

La disciplina internazionale, arricchita e completata dai nuovi accordi, non è riuscita – tuttavia – a raggiungere i risultati sperati sul piano della riduzione dei fenomeni corruttivi. Dunque, in ambito internazionale, si è fatta strada l'idea di un mutamento radicale del quadro normativo dal punto di vista degli obiettivi perseguiti, attuata in modo più concreto ed efficace attraverso la stipulazione della *Convenzione di Merida*.

4. *La Convenzione di Merida del 2003: un radicale cambiamento di rotta della normativa anticorruzione sul cammino degli obiettivi perseguiti*

La *Convenzione di Merida* del 2003, nata in seno all'Organizzazione delle Nazioni Unite ed entrata in vigore nel 2005, è la prima convenzione internazionale che affronta la lotta alla corruzione sul piano della prevenzione, rappresentando uno strumento completo contro la corruzione, sia per l'ampia sfera di applicazione che per il folto numero di paesi aderenti¹⁸.

¹⁷ Dieci anni dopo l'adozione delle predette convenzioni, il 9 dicembre 2009 l'OCSE ha adottato una raccomandazione per il rafforzamento della lotta alla corruzione transnazionale (*Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*), molto rilevante. La stessa intende potenziare l'attività finalizzata alla prevenzione, individuazione e repressione della corruzione nelle transazioni economiche internazionali, includendo delle linee guida in materia di etica, controlli interni e *compliance* rivolte al mondo dell'imprenditoria internazionale.

¹⁸ Attualmente hanno ratificato l'accordo 186 Stati (dati aggiornati sul sito delle Nazioni Unite al 26 gennaio 2019). Per ulteriori approfondimenti sulla Convenzione di Merida si veda J. WOUTERS, C. RYNGAERT, A. S. CLOOTS, *The International Legal Framework against Corruption: Achievements and Challenges*, cit., pp. 12 ss.; D. VLASSIS, J. PILGRIM, *The United Nations Convention against Corruption: a framework for addressing common challenges in identifying incentives for private sector integrity*, in *Corruzione nazionale e internazionale*, a cura di F. BONELLI, M. MANTOVANI, Milano, 2014, pp. 253 ss.; N. PARISI, *Verso l'emersione di un modello internazionale di prevenzione della corruzione*, in *www.Federalismi.it – Focus America Latina* n. 1/2017, pp. 2 ss.; nonché UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), *The United Nations Convention against Corruption – On the Level: Business and Governments Against Corruption*, Vienna, <https://www.unodc.org>. Con particolare riferimento all'attuazione della convenzione nel nostro Paese cfr. S. BONFIGLI, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in *www.astrid-online.it*, I libri di Astrid, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. MERLONI, L. VANDELLI, Bagno a Ripoli (Firenze), 2010, pp. 109 ss. Sempre nel 2003 (il 12 luglio) i Capi di Stato e di Governo dell'Unione Africana hanno adottato l'*African Union Convention on Preventing and Combating Corruption*, successivamente all'emanazione di un Protocollo contro la corruzione da parte della Comunità per lo Sviluppo dell'Africa del Sud (Southern African Development Community), avvenuta il 14 agosto 2001. In ordine al ruolo della prevenzione nella lotta

La Convenzione affronta il problema della corruzione come fenomeno transnazionale, contribuendo alla costruzione di un modello internazionale anti-corruttivo attraverso un sistema di regole condivise.

Esso è incentrato sulla prevenzione: tale componente deve integrare la risposta repressiva, già largamente utilizzata in modo pressoché esclusivo sia nella normativa nazionale che nei trattati internazionali. Questi ultimi "... si fondano tradizionalmente su due pilastri: sono indirizzati principalmente a porre a carico delle parti contraenti obblighi di criminalizzazione di condotte di corruzione, individuando fattispecie penalmente rilevanti da introdurre negli ordinamenti domestici; conseguentemente, e in funzione ancillare, stabiliscono modalità di cooperazione fra omologhe autorità nazionali incaricate dell'applicazione della legge penale. Oggi viceversa dalle diverse cerchie della cooperazione intergovernativa (...) gli Stati vengono anche richiamati alla necessità di predisporre una risposta alla pervasività del fenomeno della corruzione che anticipi la commissione delle condotte pertinenti, che si situi dunque sul piano della prevenzione"¹⁹.

La novità introdotta dalla Convenzione di Merida è rappresentata proprio dalle cospicue norme in materia di prevenzione (artt. 5-14), le quali attestano il "mutamento di strategia"²⁰ in chiave preventiva innanzi menzionato. Tale convenzione si occupa, inoltre, della repressione, della cooperazione internazionale, del recupero dei proventi illeciti e dell'assistenza tecnica, dettando una serie di principi ripartiti su due fronti e dedicati, rispettivamente, alla corruzione nella pubblica amministrazione ed alla corruzione aziendale sul fronte privatistico delle grandi società. Tra essi, i più rilevanti (soprattutto con riferimento alla pubblica amministrazione) consistono nell'imparzialità; nella nomina dei funzionari in base a criteri meritocratici; nell'opportunità della rotazione degli amministratori sul territorio – cioè della mobilità degli stessi – che assicura l'indipendenza del funzionario pubblico dal territorio nel quale lavora.

La convenzione regola, inoltre, gli stessi settori ai quali la normativa interna deve prestare particolare attenzione, specialmente quello degli appalti pubblici.

Sebbene l'accordo non abbia raggiunto tutti gli intenti che si era prefissato (ad esempio, molte disposizioni non hanno carattere vincolante²¹), è da rilevare positivamente l'istituzione di una Conferenza annuale degli Stati Parte, con finalità di monitoraggio dell'attuazione della convenzione in ambito statale e di agevolazione della cooperazione amministrativa in materia di restituzione

alla corruzione si veda, in particolare, N. PARISI, G.L. POTESTÀ, D. RINOLDI (a cura di), *Prevenire la corruzione. Questioni e modelli emergenti tra diritto, etica ed economia*, Napoli, 2018.

¹⁹ Cfr. N. PARISI, *op. cit.*, pp. 2 s.

²⁰ *Ibidem*, p. 3.

²¹ Si vedano, ad esempio, le norme sulla corruzione in ambito societario, sulla tutela dei cd. *Whistleblowers* e sul finanziamento dei partiti politici.

dei proventi del reato²². Tale meccanismo ha, inoltre, lo scopo di favorire lo scambio di informazioni sui modelli di corruzione, gli sviluppi della stessa e le pratiche più efficaci per prevenirla, al fine di perseguire una maggiore efficacia della convenzione, anche mediante un periodico adeguamento del testo ed una più ampia attuazione.

Lo strumento di monitoraggio innanzi descritto presenta, tuttavia, alcuni punti di debolezza. Lo Stato sottoposto a valutazione ha, ad esempio, un ruolo decisivo, in quanto dotato di sostanziali poteri di veto che ostacolano radicalmente l'efficacia del meccanismo; inoltre, il rapporto di valutazione ha un regime di pubblicità notevolmente ridotto, precludendo così ai privati di partecipare in modo effettivo al processo di valutazione dell'attuazione dell'accordo.

Il menzionato meccanismo di monitoraggio rappresenta, comunque, un tassello decisivo verso l'esecuzione della Convenzione ONU, prezioso strumento globale di applicazione delle politiche anti-corruzione.

Nonostante i problemi relativi all'attuazione delle predette convenzioni internazionali, il piano normativo internazionale rappresenta certamente quello più adeguato ad affrontare a livello giuridico le questioni relative alla corruzione²³. Sul fronte nazionale, infatti, la normativa si rivela spesso lenta e inadeguata a prevenire, affrontare e reprimere i casi più rilevanti di corruzione, che si verificano generalmente a livello internazionale in quanto i fenomeni in questione nascono con la globalizzazione delle attività imprenditoriali, che attira moltissimi interessi economici.

²² Per quanto riguarda il nostro Paese, l'Italia ha partecipato per la prima volta alla Terza Conferenza, tenutasi a Doha (Qatar) dal 9 al 13 novembre 2009. Tale partecipazione è avvenuta a seguito della ratifica della Convenzione mediante la legge n. 116 del 3 agosto 2009. Proprio nel vertice di Doha è stato istituito il predetto meccanismo di monitoraggio della Convenzione, la cui mancanza aveva notevolmente rallentato l'attuazione dell'accordo. Cfr., in particolare, M. CASTELLANETA, *Alla Conferenza dei Paesi aderenti il compito di monitorare l'applicazione*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 36, pp. 51 ss.

²³ Lo stesso diritto dell'Unione europea, generalmente molto veloce a recepire le problematiche relative alle lacune normative, per quanto riguarda il settore degli appalti – certamente tra i più colpiti dai fenomeni di corruzione – fino al 2014 non contemplava una disciplina specifica in materia di lotta alla corruzione. Le direttive 2014/24/UE (in materia di appalti pubblici), 2014/25/UE (in materia di appalti nei settori speciali dell'acqua, energia, trasporti e servizi postali) e 2014/23/UE (in materia di concessioni) rappresentano, infatti, le prime direttive dell'Unione europea che prendono in considerazione e combattono in modo esplicito la corruzione in tali settori (a titolo esemplificativo, la direttiva 2014/24 arriva a considerare tale reato motivo di esclusione degli operatori dalle procedure di appalto, ai sensi dell'art. 57, comma 1, lett. b). Più in generale, per approfondimenti sulla politica anticorruzione dell'Unione europea si rinvia, oltre ai documenti istituzionali, in particolare a P. SZAREK-MASON, *The European Union's Fight Against Corruption: The Evolving Policy Towards Member States and Candidate Countries*, Cambridge, 2010 e, con riferimento al settore degli appalti pubblici, a F. DI CRISTINA, *Prevenire la corruzione e l'illegalità negli appalti pubblici: verso una nuova via europea*, in *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, a cura di A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO, cit., pp. 325 ss..

I danni causati dalla corruzione riguardano i Paesi nei quali la stessa dilaga, in quanto gli atti corruttivi minano la fiducia del mercato nelle istituzioni, provocando una riduzione degli investimenti. Si tratta, dunque, di danni alla credibilità politica delle istituzioni, che si ripercuotono in tutto il tessuto imprenditoriale. In un Paese nel quale gli investimenti scarseggiano poiché dirottati all'estero a causa della scarsa fiducia nelle istituzioni le imprese non possono prosperare, subendo gravissimi perdite a livello economico.

In seguito al prosperare della corruzione si innesta, dunque, un circolo vizioso di perdita di credibilità politica ed imprenditoriale, che spinge le misure anticorruzione più recenti ad assumere finalità maggiormente preventive, piuttosto che repressive, mirando soprattutto a prevenire gravissimi danni economici e politici a livello internazionale.

Contemporaneamente, si assiste ad un fenomeno molto rilevante che connota l'evoluzione delle misure anticorruzione: a livello internazionale emerge tutto un sistema di monitoraggio delle predette convenzioni internazionali che si basa sul *Soft Law*²⁴. Lo stesso, che costituisce un sistema di norme giuridicamente

²⁴ Il concetto di *Soft Law* ha origine nel diritto internazionale da un'espressione di Lord A. MACNAIR, *The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements*, in *British Yearbook of International Law*, 1930. Sull'importanza del *Soft Law*, anche per i risvolti sulla teoria sviluppata nei paragrafi successivi, si veda, più recentemente, H. GUNTHER, M. REISMAN, B. SIMA, P. M. DUPUY, C. CHINKIN, R. DE LA VEGA, *A Hard Look at Soft Law*, in *American Society of International Law Proceedings*, 1988, Vol. 82, pp. 371 ss.; C. CHINKIN, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, 1989, pp. 850 ss.; L. F. DAMROSCH, *Enforcing International Law Through Non-Forcible Measures*, in *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, Vol. 269, 1997; W. ABBOTT, D. SNIDAL, *Hard and Soft Law in International Governance*, in *International Organization*, Vol. 54, 2000, pp. 421 ss.; A. D'AMATO, *International Soft Law, Hard Law, and Coherence*, Northwestern Public Law Research Paper No. 08-01, 2008, <http://ssrn.com/abstract=1103915> ; A. T. GUZMAN, T. L. MEYER, *International Soft Law*, in *Journal of Legal Analysis*, Vol. 2, 2010, pp. 171 ss.; M. BINI, *Il concetto di fonti atipiche nelle organizzazioni internazionali e il concetto di Soft Law*, in *Gli "atti non previsti" dal trattato nel sistema delle fonti di diritto dell'Unione europea*, pp. 8 ss., <http://www.diritto.it>. Riteniamo opportuno precisare che, essendo in inglese il termine "*Law*" neutro, la dottrina esprime in italiano la locuzione "*Soft Law*" generalmente al femminile (la *Soft Law*), conferendo dunque implicitamente al sostantivo "*Law*" il significato di "*fonte, normativa, legge*". Viceversa, senza voler contestare assolutamente tale orientamento (peraltro decisamente maggioritario), preferiamo tradurre detto termine in italiano come "diritto, ordinamento giuridico, sistema normativo", analogamente a quanto avviene nell'espressione francese "*droit mou*", letteralmente "diritto morbido", adoperando dunque l'aggettivo determinativo maschile (il *Soft Law*, il diritto non vincolante, contrapposto all'"*Hard Law*", giuridicamente vincolante). Tale precisazione non riveste, ovviamente, alcun valore scientifico, ma esclusivamente terminologico.

non vincolante, contrapposto all'*Hard Law* (diritto vincolante), assume un valore molto importante sul piano del diritto internazionale e, particolarmente, del diritto internazionale dell'economia.

Tale sistema di norme giuridicamente non vincolante ha dato luogo, soprattutto sul piano del diritto amministrativo, ad alcune distinzioni²⁵.

5. I sistemi di monitoraggio delle convenzioni internazionali anticorruzione ed il valore "condizionante" della moral suasion nel diritto internazionale dell'economia

Nella maggior parte dei casi gli accordi internazionali in materia di lotta alla corruzione contengono varie disposizioni sul sistema di monitoraggio dell'attuazione degli stessi²⁶. A parte il già menzionato meccanismo di monitoraggio della convenzione di Merida, per quanto riguarda le convenzioni stipulate nell'ambito

²⁵ Sulla cd *Soft Regulation* cfr., in particolare, B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, pp. 32 ss.; M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, *ivi*, pp. 53 ss.; L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, *ivi*, pp. 72 ss. Nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici, gli strumenti di regolazione flessibile sono adottati in base ad una tecnica (cd. *nudge*, letteralmente "pungolare") elaborata da due studiosi americani, che analizza le condotte dei destinatari della regolazione e risulta efficace perché induce certi comportamenti, anziché imporli in maniera coercitiva. Cfr., sul punto, R. THALER, C. SUNSTEIN, *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*, New Haven, 2008. Per la distinzione tra *soft regulation* e *nudge* si veda S. VALAGUZZA, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2017, pp. 91 ss., spec. pp. 95 ss. Secondo l'A., "La *soft regulation* si riferisce ad un modello teorico nato nel diritto internazionale per differenziare gli atti, pur dotati di effetti giuridici ma incapaci di generare veri e propri obblighi, dai provvedimenti o accordi dotati di efficacia vincolante diretta e contenuti precettivi. In quella dimensione, l'aggettivo *soft* (...) qualifica talune disposizioni che si impongono solo con il consenso del destinatario, per effetto di innovative e sperimentali tipologie di regolazione, spesso provenienti da soggetti non inseriti nel circuito democratico-parlamentare, ma espressione di "poteri" riconosciuti come tali nella dinamica, a volte informale, delle relazioni giuridiche nella società moderna (...). Il *nudge* è totalmente concentrato sull'esito della regolazione, in una logica che noi chiameremmo "effettuale", orientata cioè a rendere gli atti regolatori il più possibile capaci di produrre un fenomeno di conformazione spontanea agli obiettivi che la regolazione si pone.": cfr. p. 99. Per una distinzione tra le due diverse strategie regolatorie del *nudging* e dell'*empowerment*, cfr., inoltre, F. DI PORTO, N. RANGONE, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rulemakers*, in A. ALEMANNI, A. L. SIBONY (a cura di), *Nudge and the Law: A European Perspective*, Oxford, 2015, pp. 29 ss.: "Although both are based on similar cognitive insights, we contend that while 'nudging' is meant to 'exploit' individual emotional responses, 'empowerment' is aimed at enhancing people's capacity to manage and overcome their emotional responses, in order to adopt deliberately conscious decisions.": cfr. p. 29.

²⁶ Oltre alla bibliografia citata relativa alle predette convenzioni si veda, in particolare, G. LOCATI, *Le Convenzioni del Consiglio d'Europa anticorruzione, il monitoraggio del GRECO e gli adempimenti nazionali*, in *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione*, a cura di G. SACERDOTI, cit., pp. 216 ss.; L. SALAZAR, *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione: l'Italia davanti ai suoi giudici*, in *Cassazione penale*, 2012, p. 4270 ss.

del Consiglio d'Europa è stato istituito il Gruppo di Stati contro la Corruzione (GRECO), avente l'obiettivo fondamentale di valutare la conformità delle misure vigenti negli Stati membri agli *standard* anticorruzione del Consiglio d'Europa, individuando eventuali lacune nelle politiche nazionali di settore, nonché *raccomandando* le riforme legislative necessarie per adeguarsi ai predetti *standard*.

La valutazione in questione è condotta mediante periodiche procedure di controllo (*peer reviews*) di tipo dinamico tra gli Stati membri, al fine di monitorare la normativa e le politiche nazionali e di mettere in luce eventuali carenze nel sistema anticorruzione degli Stati.

Per quanto riguarda l'azione di *peer review* e di controllo del livello di adeguamento degli Stati membri ai principi dettati dalla Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione nelle transazioni economiche internazionali, il gruppo di lavoro sulla corruzione istituito presso l'OCSE (WGB) si riunisce periodicamente a Parigi ogni anno al fine di verificare il rispetto degli obblighi stabiliti dalla Convenzione OCSE contro la corruzione da parte degli Stati membri.

In base al meccanismo previsto dall'art. 12 della Convenzione – al quale devono sottoporsi tutti i Paesi membri – due Stati membri (*lead examiners*) procedono all'esame di un terzo paese mediante un monitoraggio incrociato (*peer review*), in seguito al quale viene prodotto un rapporto di valutazione, con relative *raccomandazioni*. Quest'ultimo deve essere poi approvato in via definitiva dal WGB, innanzi al quale verranno successivamente presentate – da parte degli Stati membri – le misure adottate per ottemperare alle raccomandazioni ricevute²⁷.

Lo scopo del meccanismo di monitoraggio innanzi descritto si traduce in una duplice verifica (in astratto e in concreto) dell'adeguatezza della normativa nazionale al perseguimento degli obiettivi prefissati. Contemporaneamente il WGB individua, altresì, gli indicatori per il controllo dei progressi degli Stati e per superare gli ostacoli che impediscono la piena attuazione dei principi dettati dalla convenzione.

Complessivamente, sebbene i meccanismi di monitoraggio menzionati siano stati costruiti nel presupposto della forza della "*moral suasion*"²⁸, gli stessi sono da valutare come strumenti decisivi per agevolare la piena attuazione delle predette convenzioni mediante il rafforzamento della disciplina nazionale sulla lotta alla corruzione, analogamente a tutte le misure in campo sul piano del diritto interno, con particolare riferimento a quelle delle autorità nazionali anticorruzione.

²⁷ Le fasi di valutazione prevedono anche la partecipazione di rappresentanti della società civile e del settore privato, la cui opinione è molto rilevante al fine del monitoraggio delle politiche degli Stati membri. Inoltre, per una maggiore diffusione dei risultati, i rapporti di valutazione sono pubblicati sul sito web dell'OCSE.

²⁸ Nel caso di mancato raggiungimento degli *standard* i due meccanismi prevedono, infatti, esclusivamente l'adozione di semplici *raccomandazioni* non vincolanti. Sia che effettivamente di *Soft Law* possa parlarsi o più propriamente – secondo la distinzione innanzi menzionata – di *Nudging*, è indubbia l'efficacia preventiva degli atti in questione, ai quali è sotteso il raggiungimento di un orientamento culturale alla legalità dei destinatari di tipo "spontaneo" e non "coattivo".

In realtà, in tutto il diritto internazionale dell'economia si percepisce in modo chiaro il ruolo fondamentale del *Soft Law*, con particolare riferimento alla gestione dei settori presidiati dalle organizzazioni internazionali di tipo economico (quali il Fondo Monetario Internazionale e la Banca Mondiale). Le stesse, al fine di risolvere efficacemente e velocemente le problematiche contingenti, operano mediante l'adozione di atti non vincolanti, ma “*condizionanti*”. Dette organizzazioni, cioè, concedono prestiti o finanziamenti “condizionati” ad un cambiamento di regime, anche di tipo giuridico, che impedisca la distorsione delle somme investite (attuata spesso anche a scopi corruttivi)²⁹.

In maniera non del tutto dissimile, nell'ambito della disciplina internazionale sulla lotta alla corruzione il *Soft Law* – che non è un sistema di norme giuridicamente vincolante, ma un insieme di disposizioni e di principi che orienta e *condiziona* determinati settori ed attività – assume una funzione particolare.

Come suddetto, le disposizioni anticorruzione giuridicamente vincolanti presentano notevoli lacune sul piano applicativo, rivelandosi generalmente inefficaci al fine di ridurre gli atti corruttivi, i quali esprimono in realtà un determinato orientamento di tipo “culturale”. Di conseguenza, l'obiettivo fondamentale da perseguire in sede internazionale diventa *l'orientamento culturale* degli Stati *alla legalità*, sia nell'ambito del settore politico e della pubblica amministrazione che in quello aziendale ed imprenditoriale³⁰.

La normativa, inoltre, disciplina la materia mediante un approccio *olistico* ed unitario, cioè una visione di insieme dei settori e dei soggetti da regolare, sia di natura pubblica che privata (governi, amministratori ed istituzioni pubbliche, privati, imprenditori, società)³¹.

Come avviene nel diritto internazionale dell'economia, le menzionate misure internazionali anticorruzione non vincolanti introdotte nelle convenzioni internazionali – in particolare sul piano applicativo – si rivelano spesso molto efficaci dal punto di vista del “condizionamento culturale” alla legalità degli *stakeholders* e, quindi, della prevenzione degli atti corruttivi.

Un esempio significativo di misura del tipo innanzi descritto, emerso nel diritto internazionale dell'economia, è costituito dal *Global Compact*.

²⁹ Si veda, sul punto, A. COSTA, *Il governo e le regole dell'economia globale nell'era dei meta-problemi*, Roma, 2009, *passim*.

³⁰ In tal senso, la qualificazione della corruzione in ambito internazionale si sgancia sempre più da fattispecie strettamente penalistiche, per porre l'accento sull'“illegalità” del comportamento: si veda, sul punto, M. ARNONE, L. S. BORLINI, *Corruption. Economic Analysis and International Law*, Cheltenham, 2014, pp. 314 ss.; nonché N. PARISI, *Verso l'emersione di un modello internazionale di prevenzione della corruzione*, *cit.*

³¹ Sulla necessità di una strategia olistica in materia di lotta alla corruzione si veda ancora N. PARISI, *op. cit.*

6. *Il Global Compact: una fonte anomala ma profondamente efficace nel panorama giuridico economico*

L'*United Nations Global Compact* è un'iniziativa lanciata nel 1999 dal Segretario Generale delle Nazioni Unite, Kofi Annan, al World Economic Forum di Davos, in Svizzera. Sebbene sia sorto nell'ambito del segretariato dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, il documento non è una vera e propria fonte di diritto internazionale, in quanto non è stato adottato da soggetti di diritto internazionale (propriamente gli Stati e le organizzazioni internazionali), bensì da varie imprese multinazionali ed organizzazioni non governative, enti non dotati della soggettività internazionale ma fondamentali sul piano economico. Tali enti si sono riuniti, emanando il c.d. *Global Compact*, una sorta di *gentlemen's agreement* avente i caratteri del *Soft Law* (cioè di atto giuridicamente non vincolante), adottato su iniziativa dei soggetti maggiormente interessati all'attuazione dei principi dallo stesso sanciti³².

Il Global Compact esorta a livello mondiale le imprese ad istituire un contesto sociale, economico ed ambientale idoneo alla promozione di un sistema economico sostenibile che arrechi benefici a tutti gli esseri umani.

A tal fine, il documento detta dieci principi fondamentali, i quali devono essere condivisi, sostenuti ed applicati dalle aziende e dalle organizzazioni che vi aderiscono, nell'ambito della propria sfera di influenza. Tali principi attengono ad una serie di interessi condivisi a livello mondiale: i diritti umani, gli standard lavorativi, la tutela dell'ambiente e la lotta alla corruzione³³.

Il decimo principio è stato adottato successivamente rispetto agli altri.

Nel corso del Global Compact Leaders Summit delle Nazioni Unite, il 24 giugno 2004 è stato annunciato che il Global Compact avrebbe adottato un decimo principio sulla lotta alla corruzione. L'emanazione del Principio 10 è avvenuta a seguito di una lunga consultazione tra tutti i partecipanti all'iniziativa, con esiti estremamente positivi. Tali circostanze confermano la consapevolezza da parte dei partecipanti della responsabilità del settore privato nella lotta alla corruzione³⁴.

³² Per una panoramica sul contenuto e le finalità del Global Compact cfr. soprattutto *UN Global Compact and social responsibility in times of crisis*, <http://csr.bilsp.org>.

³³ Alle imprese è richiesto di promuovere e rispettare i diritti umani universalmente riconosciuti nell'ambito delle rispettive sfere di influenza (Principio I) e di assicurarsi di non essere, seppure indirettamente, complici negli abusi dei diritti umani (Principio II). Ad esse è richiesto, inoltre, di sostenere la libertà di associazione dei lavoratori e di riconoscere il diritto alla contrattazione collettiva (Principio III), di eliminare tutte le forme di lavoro forzato e obbligatorio (Principio IV), di lavoro minorile (Principio V), nonché di rimuovere ogni forma di discriminazione in materia di impiego e professione (Principio VI). Alle stesse è richiesto anche di sostenere un approccio preventivo nei confronti delle sfide ambientali (Principio VII), di intraprendere iniziative che promuovano una maggiore responsabilità ambientale (Principio VIII) e di incoraggiare lo sviluppo e la diffusione di tecnologie che rispettino l'ambiente (Principio IX). Infine, le imprese si impegnano a contrastare la corruzione in ogni sua forma, incluse l'estorsione e le tangenti (Principio X).

³⁴ Sul tema del coinvolgimento del settore privato nella lotta alla corruzione si veda A.

In concreto, il Principio X richiede ai partecipanti al Global Compact una serie di azioni da sviluppare insieme ai governi, alle agenzie delle Nazioni Unite e alla società civile per fornire un contributo decisivo verso il perseguimento di un'economia mondiale più trasparente³⁵. Tali azioni consistono, oltre al mancato compimento di atti di corruzione, nello sviluppo di politiche incisive e di concreti programmi anti-corruzione.

Al fine di attuare concretamente il suddetto principio, l'attività da porre in essere da parte dei partecipanti al Global Compact deve svolgersi su tre fronti: *internamente*, mediante l'introduzione di politiche e programmi sulla lotta alla corruzione nella propria struttura e nelle operazioni finanziarie da essa poste in essere; *esternamente*, attraverso la condivisione delle proprie esperienze e delle *best practice*, inviando testimonianze al Global Compact e comunicando le azioni compiute per la lotta alla corruzione (nell'ambito della Comunicazione Annuale al Global Compact); *sul fronte collettivo*, cooperando gli uni accanto agli altri, sia a livello aziendale che con gli altri *stakeholder*.

Mediante tale principio le suddette imprese multinazionali ed organizzazioni non governative si sono impegnate in modo consensuale e non vincolante, senza il coinvolgimento degli Stati. Dunque, il Global Compact è un sistema normativo "a formazione spontanea", che condiziona il comportamento dei soggetti maggiormente interessati all'applicazione del documento mediante una *autoregolamentazione*.

Il maggiore interesse all'applicazione del documento in questione per gli stessi attori proponenti (imprese e organizzazioni non governative) è costituito dall'acquisto di credibilità sul piano reputazionale. La lotta alla corruzione ripristina il senso di legalità dal punto di vista culturale, insieme ad un altro interesse vitale leso da tale reato: il rapporto di fiducia tra mercato, imprese e società civile da un lato, e istituzioni pubbliche dall'altro.

ARGANDOÑA, *The United Nations Convention Against Corruption and its Impact on International Companies*, in *Journal of Business Ethics*, Vol. 74, 2007, pp. 481 ss.; D. HESS, *Catalyzing Corporate Commitment to Combating Corruption*, *ivi*, Vol. 88, 2009, Suppl. 4, pp. 781 ss. In particolare, sulla lotta condotta nell'ambito del Global Compact, cfr. A. KUPER, *Harnessing Corporate Power: Lessons from the UN Global Compact*, in *Development*, Vol. 47, 2004, pp. 9 ss.; nonché A. RASCHE, *Toward a model to compare and analyze accountability standards – the case of the UN Global Compact*, in *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, Vol. 16, 2009, pp. 192 ss.

³⁵ Nell'ambito delle fattispecie da combattere il Global Compact include implicitamente ogni abuso di potere per fini privati, nonché varie forme di comportamento, che dagli atti di corruzione più lievi arrivano fino alle tangenti istituzionalizzate, includendo atti compiuti non solo a fini finanziari, ma anche per trarne vantaggio non economico.

7. *Il riflesso dal piano giuridico a quello culturale delle disposizioni anticorruzione di Soft Law, verso il ripristino della cultura della legalità*

Questo rapporto di fiducia è la leva che muove la politica e l'economia di uno Stato: se cade il rapporto di fiducia tra la componente sociale pubblica e privata e le istituzioni, cade lo stesso senso dello Stato, perché la fiducia tra la società e le istituzioni costituisce il cuore degli ordinamenti costituzionali. La rappresentanza politica del popolo da parte delle istituzioni si basa su tale rapporto di fiducia: se esso viene meno, va in crisi tutto lo Stato.

Le predette misure non vincolanti hanno un ruolo fondamentale, in quanto sono il frutto di un'iniziativa spontanea del mercato alla ricerca di una strada normativa diversa e più efficace rispetto al diritto convenzionale.

Come nel diritto internazionale dell'economia il tipo di misure in questione si è rivelato molto efficace in termini di “condizionamento” dei comportamenti degli operatori economici pubblici e privati – che di fatto si adeguano ai principi in esse sanciti – è verosimile che nei settori economici maggiormente colpiti dalla corruzione il *Soft Law* costituisca un *quid pluris*, con ripercussioni positive anche nel diritto interno. I principi giuridici così generati, sebbene non vincolanti, possono aiutare a rafforzare la cultura della legalità e *la fiducia tra società ed istituzioni*, che – come già detto ma è opportuno sottolineare ancora una volta – *rappresenta il cuore degli ordinamenti di stampo costituzionale*.

Abstract

International profiles of the fight against corruption, with particular reference to the service sector: the determining role of Soft Law

by Susanna Quadri

Since the 70s of the last century, the globalization of organized crime caused by the opening of the markets has boosted the phenomenon of international corruption. Its diffusion in the developing countries hinders the free competition of Western companies and inhibits economic progress and the democratization of the aforementioned countries. This applies above all to services (in particular energy, as evidenced by various proceedings in progress) and, in general, to the procurement and public contracting sectors.

These circumstances have pushed the international community to the adoption of enforcement tools against corruption at the international level, previously exclusively of domestic law.

After briefly reviewing the international legal instruments to fight international corruption, the paper will focus on the objectives of the same, mainly oriented to restore the trust between companies and institutions, including through the *Soft Law* instrument.

Parole chiave: Corruzione internazionale; disciplina anticorruzione; diritto internazionale dell'economia; Global Compact; Soft Law.

Key words: international corruption, anti-corruption legislation, international economic law, Global compact, Soft law.

Nomofilachia, uniforme applicazione del diritto e funzioni della Corte conti

di Fabrizio Fracchia e Pasquale Pantalone

SOMMARIO: 1. Premessa: la funzione nomofilattica della Corte dei conti. – 2. Nomofilachia e funzione giurisdizionale. – 3. Le “altre” nomofilachie: le funzioni di controllo e consultiva. – 4. Le specificità della funzione nomofilattica della Corte dei conti. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Premessa: la funzione nomofilattica della Corte dei conti

L'esigenza di assicurare ai cittadini un sufficiente grado di certezza e di prevedibilità delle decisioni giurisdizionali si è fatta viepiù pressante con la crescente complessità e mutevolezza del sistema normativo interno e sovranazionale.

Una possibile risposta a tale esigenza è stata di recente autorevolmente individuata nel rafforzamento e nella integrazione – più o meno marcata – delle funzioni nomofilattiche spettanti alle giurisdizioni superiori del nostro ordinamento¹.

Come noto, pur nella tendenziale unità della giurisdizione², la funzione nomofilattica è istituzionalmente riservata all'organo collegiale di vertice di ciascun plesso giurisdizionale (sezioni unite civili della Corte di cassazione, adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sezioni riunite della Corte dei conti)³.

* Il contributo, presentato alle Giornate di Studio sulla Giustizia Amministrativa (Castello di Modanella, Rapolano Terme/Siena, 8-9 giugno 2018 e pubblicato, seppure in differente e più ridotta versione, sui relativi Atti) è frutto di una riflessione comune. Tuttavia i parr. 1 e 5 sono stati curati da Fabrizio Fracchia, mentre i parr. 2-4 da Pasquale Pantalone.

¹ Cfr. *Memorandum*, in *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2, 2018, 58.

² Cfr. Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204. In dottrina, v., *ex multis*, A. Police, *La mitologia della “specialità” ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Questione giustizia*, 3, 2015, 138, il quale distingue tra “unità” e “unicità” della giurisdizione. Sul tema, v. da ultimo G. Tropea, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2018, 889 ss.

³ Sul tema della nomofilachia in generale, la bibliografia è vastissima. Al riguardo, cfr., *ex multis*, P. CALAMANDREI, C. FURNO, voce *Cassazione civile*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1968, 1055 ss.; P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Opere giuridiche*, VII, Napoli, 1976; G. GORLA, voce *Precedente giudiziario*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990; M. TARUFFO, voce *Giurisprudenza*, in *Enc. giur. Treccani Scienze soc.*, IV, Roma, 1994, 359 ss.; Id., *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 421 ss.; U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. civ.*, XIV, Torino, 1996, 148 ss. Con riguardo alle giurisdizioni speciali, v. E. FOLLIERI, *Nomofilachia e certezza del diritto con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars Interpretandi*, 2, 2015, 103 ss.; Id., *Lo stare decisis nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 17 ss.; A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015,

A eccezione delle questioni attinenti alla giurisdizione, in merito alle quali la funzione nomofilattica è esercitata in modo unitario dalle sezioni unite della Corte di cassazione *ex art. 111, comma 8, Cost.*, esiste, infatti, una pluralità di autonome “nomofilachie”, che hanno sia rilievo esterno (rispetto, cioè, alle altre giurisdizioni) che interno (nell’ambito della medesima giurisdizione).

Tra le diverse “nomofilachie”, quella di pertinenza della Corte dei conti risulta particolarmente rilevante, in quanto investe non soltanto l’esercizio della funzione giurisdizionale, ma anche le «indipendenti» funzioni di controllo e consultive svolte da siffatto giudice speciale⁴.

Ciò si ripercuote anche sulla sua articolazione interna e, in particolare, sugli organi deputati all’esercizio delle funzioni nomofilattiche, i quali variano a seconda della funzione (giurisdizionale, di controllo o consultiva) svolta dalla Corte. Nell’ambito del controllo, peraltro, va rilevato un ulteriore livello di frammentazione della funzione nomofilattica in ragione delle differenti e variegate forme che questa tipologia di funzione può assumere⁵.

2. *Nomofilachia e funzione giurisdizionale*

L’art. 20 della legge delega 124/2015, concernente il riordino della procedura dei giudizi innanzi la Corte dei conti, ha espressamente fatto riferimento ai «principi della nomofilachia e della certezza del diritto»⁶.

Già in passato, invero, i principi summenzionati erano considerati immanenti all’ordinamento della Corte dei conti: del problema si erano occupati

345 ss; A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, 2018; C. LAMBERTI, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2013, 976 ss.; S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, Padova, 2011; G. D’AURIA, *Sulla nomofilachia delle sezioni riunite della Corte dei Conti*, in *Foro it.*, 4, 2009, 1076 ss.; F. M. LONGAVITA, *La nomofilachia nelle SS.RR. della Corte dei Conti in sede giurisdizionale*, in *Riv. Corte conti*, 5, 2009, 1 ss.; M. ALLENA, *La questione della pregiudizialità amministrativa tra riparto di giurisdizione e nomofilachia*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2006, 1182 ss. In generale, v. altresì F. FRANCIOSI, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo*, in *DeS*, I, 2018, 11 ss.

⁴ In argomento, v. G. D’Auria, *Memorandum sulle giurisdizioni e Corte dei conti*, in *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2, 2018, 125 ss.

⁵ V. *infra* par. 3.

⁶ V. art. 20, comma 2, lett. n), l. 124/2015, che, tra i principi e criteri direttivi cui deve attenersi il legislatore delegato, prevede di: «(...) n) ridefinire e riordinare le norme concernenti il deferimento di questioni di massima e di particolare importanza, i conflitti di competenza territoriale e il regolamento di competenza avverso ordinanze che dispongano la sospensione necessaria del processo, proponibili alle sezioni riunite della Corte dei conti in sede giurisdizionale, in conformità alle disposizioni dell’articolo 374 del codice di procedura civile, in quanto compatibili, e in ossequio ai principi della nomofilachia e della certezza del diritto».

dapprima l'art. 4 della l. 161/1953⁷, e, successivamente, l'art. 1, comma 7, del d.l. 453/1993, conv. nella l. 19/1994⁸.

Non è un caso che la Corte costituzionale avesse espressamente definito come «nomofilattica» la funzione attribuita alle sezioni riunite della Corte dei conti⁹. La stessa Consulta aveva peraltro già in precedenza affermato che «il deferimento alle sezioni riunite (della Corte dei conti) di una questione di massima (fosse) preordinato ad esigenze di uniforme interpretazione della legge, nell'ottica dell'art. 3 della Costituzione e in funzione di un interesse palesemente trascendente quello del singolo caso»¹⁰.

In attuazione della l. delega 124/2015, l'art. 11, comma 1, del d.lgs. 174/2016 («codice di giustizia contabile» o «c.g.c.») prevede oggi che le sezioni riunite in sede giurisdizionale assicurino l'uniforme interpretazione e la corretta applicazione delle norme di contabilità pubblica e nelle altre materie sottoposte alla giurisdizione contabile.

Il collegio delle sezioni riunite in sede giurisdizionale è composto, oltre che dal presidente, da sei magistrati, individuati all'inizio di ogni anno preferibilmente tra quelli in servizio presso le sezioni giurisdizionali di appello, sulla base di criteri predeterminati, predisposti dal presidente della Corte dei conti sentito il consiglio di presidenza e tenendo conto del principio di rotazione (art. 11, comma 5, c.g.c.).

In particolare, le sezioni riunite hanno il compito di decidere le questioni di massima deferite dalle sezioni giurisdizionali d'appello, dal presidente della Corte dei conti, o a richiesta del procuratore generale (art. 11, comma 3, c.g.c.)¹¹.

⁷ Secondo l'art. 4 di detta legge, «(o)ve una Sezione giurisdizionale della Corte dei conti rilevi che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo a contrasti giurisprudenziali può, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o di ufficio, rimettere il giudizio alle Sezioni riunite. Prima della discussione il Presidente della Corte dei conti, su istanza delle parti o di ufficio, può rimettere alle Sezioni riunite i giudizi che rendano necessaria la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza. Per i giudizi per i quali è ammesso l'appello alle Sezioni riunite ai sensi delle vigenti disposizioni, il deferimento alle Sezioni medesime previsto dai comma precedenti è subordinato al consenso delle parti».

⁸ Cfr., in particolare, l'art. 1, comma 7, del d.l. citato nel testo, secondo il quale «le Sezioni riunite della Corte dei conti decidono sui conflitti di competenza e sulle questioni di massima deferite dalle sezioni giurisdizionali centrali o regionali, ovvero a richiesta del procuratore generale». Con l'art. 42, l. 69/2009, la predetta disposizione è stata integrata con l'aggiunta, tra gli altri, dei seguenti periodi: «Il presidente della Corte può disporre che le sezioni riunite si pronuncino sui giudizi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni giurisdizionali, centrali o regionali, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza. Se la sezione giurisdizionale, centrale o regionale, ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni riunite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del giudizio».

⁹ Corte cost., 27 gennaio 2011, n. 30.

¹⁰ Corte cost., 2 novembre 1996, n. 375.

¹¹ Tra le prime pronunce delle sezioni riunite dopo l'entrata in vigore del Codice, si segnalano Corte conti, sez. riun., 12 ottobre 2017, n. 33 e 13 settembre 2017, n. 29.

La disciplina induce a operare un raffronto rispetto a quella posta dal codice del processo amministrativo, per individuare analogie e differenze.

Nella giurisdizione contabile, la normativa vigente prevede tre “canali” di accesso all’organo deputato all’esercizio della funzione nomofilattica.

Il primo “canale” è costituito dalle sezioni giurisdizionali d’appello (e non anche, come in passato, dalle sezioni di primo grado)¹², che hanno la facoltà di deferire alle sezioni riunite in sede giurisdizionale la soluzione di questioni di massima, d’ufficio o anche a seguito di istanza formulata dal procuratore generale o da ciascuna delle parti del giudizio di impugnazione (art. 114, comma 1, cgc).

Il potere di deferimento delle (sole) «questioni di massima» fa emergere una prima (apparente) specificità rispetto al medesimo potere esercitato nell’ambito della giurisdizione amministrativa. Ai sensi dell’art. 99, comma 1, del c.p.a., infatti, le sezioni semplici del Consiglio di Stato possono rimettere il ricorso all’esame dell’adunanza plenaria, qualora rilevino che il punto di diritto sottoposto al loro esame abbia dato luogo o possa dare luogo a «contrasti giurisprudenziali».

La scelta di non prevedere espressamente il contrasto giurisprudenziale come ipotesi di deferimento alle sezioni riunite della Corte dei conti, tuttavia, non preclude l’accesso di tale ipotesi alla cognizione delle sezioni medesime¹³. Tra gli indici sintomatici di una questione «di massima», come tale deferibile alle sezioni riunite, la giurisprudenza contabile, infatti, ha individuato la presenza (attuale o potenziale) di un contrasto giurisprudenziale, ancorché di tipo “orizzontale”. Inoltre, non sembra possa ragionevolmente escludersi del tutto che anche un contrasto di tipo “verticale” (cioè tra organi giurisdizionali di grado differente) possa essere “veicolato” attraverso l’altro (e alternativo) indice sintomatico per l’individuazione di una questione «di massima», e cioè la “rilevanza” della questione sottoposta alle sezioni riunite¹⁴.

Pertanto, il potere di deferimento delle sezioni d’appello della Corte dei

¹² Con riferimento alla disciplina previgente (art. 1, comma 7, d.l. 453/1993, conv. nella l. 19/1994) che consentiva anche alle sezioni regionali il deferimento di questioni di massima alle sezioni riunite, la giurisprudenza della Corte dei conti (v. *ex multis*, Corte dei conti, sez. riun., 13 ottobre 2010, n. 8), invero, ha ritenuto che l’accesso alle sezioni riunite fosse consentito esclusivamente alle sezioni giurisdizionali d’appello, identificando come “sezione regionale” la sola sezione d’appello esistente in Sicilia (cfr., altresì, Corte cost., 27 gennaio 2011, n. 30). Secondo Corte conti, sez. riun., 13 settembre 2017, n. 29, «(l’)individuazione dei soggetti cui è demandata la possibilità del deferimento, dal cui novero risultano escluse le Corti territoriali, rimarca, oltre ad un chiaro intento deflattivo, la necessità che il contrasto emerga nel giudizio in secondo grado, proprio in conseguenza della funzione di armonizzazione e di prima nomofilachia, rimessa alle Sezioni d’appello».

¹³ Già in passato la dottrina aveva ritenuto che il contrasto giurisprudenziale dovesse ritenersi un fenomeno fisiologico con la diffusione degli organi giurisdizionali: cfr. L. Savagnone, *La funzione nomofilattica nelle supreme magistrature*, in *Riv. Corte conti*, 6, 2007, 1 ss.

¹⁴ *Ex multis*, cfr. Corte conti, sez. riun., 31 marzo 2004, n. 5; di recente, v. sez. riun., 15 settembre 2016, n. 19.

conti non appare dissimile da quello delle sezioni semplici del Consiglio di Stato, anche se non si può non evidenziare come il primo comprenda un ventaglio di ipotesi più ampio, non limitato all'esistenza (attuale o potenziale) di un contrasto giurisprudenziale.

Il secondo "canale" di accesso al massimo organo nomofilattico della giurisdizione contabile può essere "attivato" dal presidente della Corte dei conti e dal procuratore generale (art. 114, comma 3, c.g.c.). Essi possono, più specificamente, deferire alle sezioni riunite in sede giurisdizionale la risoluzione di questioni di massima, oppure di questioni di diritto che abbiano dato luogo, già in primo grado, ad indirizzi interpretativi o applicativi difformi.

Rispetto al potere di deferimento presidenziale, la norma ha un contenuto sostanzialmente analogo all'art. 99, comma 2, c.p.a., a mente del quale il presidente del Consiglio di Stato, prima della decisione e su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso per risolvere questioni di massima di particolare importanza, o per dirimere contrasti giurisprudenziali.

Una peculiarità della giurisdizione contabile consiste peraltro nel potere di deferimento spettante al Procuratore generale, atteso che, nel contesto della giurisdizione amministrativa, l'esercizio di tale potere non è consentito alle parti processuali. La previsione in esame "fa sistema" con l'art. 171 c.g.c., che, in materia pensionistica, attribuisce al pubblico ministero la facoltà di ricorrere in via principale innanzi alle sezioni giurisdizionali d'appello, al fine di ottenere, tra l'altro, l'«interpretazione uniforme» di principi di diritto¹⁵.

L'art. 117, c.g.c., individua un terzo "canale" di accesso alle sezioni riunite: più precisamente, la sezione di appello che ritenga di non condividere un principio di diritto, di cui debba fare applicazione, già enunciato dalle sezioni riunite, rimette a queste ultime la decisione dell'impugnazione con ordinanza motivata¹⁶.

In analogia a quanto previsto nel giudizio amministrativo dall'art. 99, comma 3, del c.p.a., si tratta del consueto vincolo "negativo" nei confronti del

¹⁵ Tale norma stabilisce che: «(i)n materia pensionistica il pubblico ministero può ricorrere in via principale innanzi alle sezioni giurisdizionali d'appello al fine di tutelare l'interesse oggettivo alla realizzazione dell'ordinamento giuridico, impedire la violazione della legge nell'applicazione di principi di diritto e ottenerne l'interpretazione uniforme».

¹⁶ Secondo Corte conti, sez. riun., 12 ottobre 2017, n. 33, «essendo confermato nell'art. 117 del codice il peculiare vincolo "conformativo" dei principi di diritto enunciati su questioni di massima (...), la possibilità di "motivata riproposizione" (distinta dalla "mera reiterazione") della questione costituisce un irrinunciabile contrappeso dell'ordinamento rispetto al dovere di "dare applicazione" ai principi di diritto enunciati in sede nomofilattica. Intanto può sussistere un dovere di conformazione ad un principio in quanto sia reso possibile, per i giudici chiamati a darvi applicazione, motivare il proprio dissenso per sottoporre allo stesso organo di nomofilachia il riesame della questione». In argomento, v. S. AURIEMMA, *Questioni di massima e di particolare importanza*, in A. CANALE, F. FRENI, M. SMIROLDO (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, Milano, 2017, 669 ss.

(solo) giudice d'appello a non adottare l'interpretazione contrastante con quella già espressa ma anche a non applicare la legge secondo il (già enunciato) principio di diritto.

Occorre, infine, rammentare la previsione contenuta nell'art. 11, comma 6, c.g.c., in virtù della quale le sezioni riunite in speciale composizione, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, decidono in unico grado su determinati giudizi, tra cui quelli in materia di piani di riequilibrio degli enti territoriali, di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata dall'Istat, di rendiconti dei gruppi consiliari dei consigli regionali, nonché nel caso di impugnazioni conseguenti alle deliberazioni delle sezioni regionali di controllo nelle materie di contabilità pubblica.

Il collegio delle sezioni riunite in speciale composizione è composto, oltre che dal presidente, da sei magistrati, in pari numero tra i consiglieri componenti il collegio delle sezioni riunite in sede giurisdizionale e in sede di controllo individuati, sulla base di criteri predeterminati (art. 11, comma 7, c.g.c.)¹⁷.

Le decisioni relative ai giudizi devoluti in unico grado alle sezioni riunite in speciale composizione, in ragione della particolare natura e struttura dell'organo, potrebbero essere dotate di un'intrinseca valenza anche nomofilattica, anche se al riguardo non risulta ancora identificabile un indirizzo interpretativo condiviso¹⁸.

3. *Le "altre" nomofilachie: le funzioni di controllo e consultiva*

Assai delicata è la questione della nomofilachia nell'esercizio della funzione di controllo. Il problema si lega ad aspetti sistematici più generali, quali il concetto stesso del controllo come applicazione obiettiva del diritto e delle consequenziali analogie tra controllo e giudizio¹⁹.

¹⁷ Tale peculiare composizione del collegio non pare in contrasto con il principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge poichè l'individuazione dei suoi componenti in pari numero tra i consiglieri delle sezioni riunite in sede giurisdizionale e in sede di controllo avviene, ex art. 11, comma 7, c.g.c., sulla base di criteri predeterminati, con decreto presidenziale all'inizio dell'anno giudiziario: cfr., *ex multis*, Corte conti, sez. riunite, 17 aprile 2018, n. 16; Cass. civ., sez. un., 18 maggio 2017, ord. n. 12519.

¹⁸ Cfr. C. PETTINARI, S. ROSA, *La nomofilachia in sede di controllo*, in AA.VV., *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni*, in *italiadecide.it*, 117-118. In caso di mancato riconoscimento di una valenza anche nomofilattica alle sezioni riunite in speciale composizione, si potrebbe teoricamente prospettare l'insorgenza di conflitti tra controllo e giurisdizione, almeno considerando il fatto che le decisioni sulle impugnazioni conseguenti alle deliberazioni delle sezioni regionali di controllo nelle materie di contabilità pubblica ex art. 11, comma 6, lett. e), c.g.c., non spiegherebbero alcun formale effetto "uniformante" nei confronti delle medesime sezioni regionali.

¹⁹ Vi sono, cioè, "aree" in cui l'attività svolta dalla Corte si avvicina all'"applicazione obiettiva della legge" nel perseguimento di interessi diversi da quelli dei soggetti coinvolti, dunque accostandosi alla funzione giurisdizionale. Si pensi, ad esempio, ai controlli di legittimità sui bilanci

La contiguità con la funzione giurisdizionale è confermata, tra l'altro, dalla possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale²⁰. Ciò avviene, ad esempio, nell'ipotesi di controllo preventivo di legittimità (giusta anche la previsione di cui all'art. 27, comma 1, della legge n. 340 del 2000) e nell'ambito della parifica del bilancio dello Stato e delle Regioni, peraltro espressamente svolta, per previsione di legge, «con le formalità della (...) giurisdizione contenziosa», come previsto prima dall'art. 32 della legge n. 800 del 1862 e, poi, dall'art. 40 del R.D. n. 1214 del 1934 e dall'art. 1, comma 5, del d.l. n. 174 del 2012²¹.

Ciò posto, occorre procedere a un "censimento" dei focolai nomofilattici in relazione alle variegate forme che assume la funzione di controllo: tale sforzo è giustificato dall'esigenza di distinguere organi e meccanismi di deferimento differenti²².

In primo luogo, appare necessario soffermarsi sul controllo preventivo di legittimità, che è esercitato dalla Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato e dalle sezioni regionali di controllo²³. Sebbene il fondamento della funzione nomofilattica sia da rinvenire

degli enti locali previsti dalla Parte II, Titolo VIII, d.lgs. 267/2000, i quali «consistono appunto in controlli di legittimità-regolarità se non addirittura in attribuzioni di natura giurisdizionale» (Corte cost., 25 ottobre 2017, n. 228) e che «si giustificano in ragione dei caratteri di neutralità e indipendenza del controllo di legittimità della Corte dei conti» (Corte cost., 6 marzo 2014, n. 39). Da ultimo, in termini, cfr. Corte cost., 14 febbraio 2019, n. 18. In ordine alle «compenetrazione» tra funzioni di controllo esterno sulle amministrazioni e funzioni giurisdizionali della Corte dei conti, v. G. D'Auria, *Memorandum sulle giurisdizioni e Corte dei conti*, cit., 127.

²⁰ In argomento, sia consentito il rinvio a F. FRACCHIA, *La Corte dei conti tra funzione giurisdizionale, di controllo, di consulenza e di certificazione*, in *Dir. econ.*, 3, 2014, 421 ss. e 445. Di recente, cfr. Corte cost., 14 febbraio 2019, n. 18, che ha riconosciuto la legittimazione della sezione di controllo della Corte dei conti a sollevare questioni di legittimità costituzionale nell'ambito dei controlli che essa esercita sui bilanci e sugli equilibri finanziari degli enti locali, così come disciplinati dal d.l. 174/2012, conv. nella l. 213/2012, e dal d.lgs. 267/2000. L'incidente di costituzionalità da cui ha preso le mosse la decisione della Consulta è scaturito in seno alla funzione di «vigilanza-ingerenza» della Corte dei conti sull'attuazione e sul rispetto dei piani di riequilibrio finanziario pluriennale adottati dagli enti locali in predissesto (art. 243-bis, d.lgs. 267/2000). In ordine agli effetti di tale sentenza sui piani di riequilibrio in corso di esecuzione e/o già approvati dalle sezioni regionali di controllo, nonché su quelli in corso di istruttoria presso la competente Commissione ministeriale, v. il recente intervento nomofilattico della Sezione autonomie della Corte dei conti, n. 8/SEZAUT/2019/QMIG del 7 maggio 2019.

²¹ *Ex multis*, v. Corte cost., 23 giugno 2015, n. 181; 9 novembre 2018, n. 196.

²² C. PETTINARI, S. ROSA, *La nomofilachia in sede di controllo*, cit., 117 ss.

²³ Ai sensi dell'art. 2, commi 7 e 7-*quater*, del Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, le sezioni regionali di controllo esercitano il controllo di legittimità su atti delle amministrazioni dello Stato aventi sede nella regione. In proposito, Il presidente della sezione regionale di controllo conferisce, fra i magistrati assegnati alla sezione, le funzioni di consigliere delegato al controllo di legittimità su atti, di norma al più anziano in ruolo, e di magistrato istruttore per il controllo di legittimità su atti, di norma al meno anziano in ruolo. Si

nell'art. 24, r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, l'art. 3, comma 3 del Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti²⁴, definisce la funzione in esame intestandola all'adunanza generale della sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato, integrata da tutti i consiglieri delegati delle sezioni regionali di controllo, e sollecitata al riguardo dal presidente della Corte.

Più precisamente, «ove si renda necessaria la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza con riguardo ad atti appartenenti ad una delle tipologie indicate dall'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, o dall'art. 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20²⁵, la pronunzia sul visto è deferita dal Presidente della Corte, su conforme richiesta del consigliere delegato competente per l'atto, alla adunanza generale della sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato, integrata da tutti i consiglieri delegati delle sezioni regionali di controllo»²⁶.

In secondo luogo, sempre sotto il profilo della funzione di nomofilachia (o, meglio, della definizione di orientamenti generali) nell'ambito del controllo, va, altresì, ricordato l'art. 17, comma 31, d.l. 78/2009, convertito nella l. 102/2009.

Al fine di garantire la coerenza nell'unitaria attività svolta dalla Corte dei conti per le funzioni che a essa spettano in materia di coordinamento della finanza pubblica, anche in relazione al federalismo fiscale, il Presidente della Corte medesima può disporre che le sezioni riunite in sede di controllo adottino «pronunce di orientamento generale» in ordine alle questioni risolte in maniera difforme dalle sezioni regionali di controllo, nonché sui casi che presentano

aggiunge, inoltre, che: «(l)'ammissione al visto degli atti medesimi è di competenza del consigliere delegato, su conforme richiesta del magistrato istruttore. In caso di dissenso ovvero di concorde richiesta di ricasazione del visto, la questione è devoluta all'esame della sezione regionale di controllo, con le modalità di cui all'art. 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20».

²⁴ Corte conti, sez. riunite controllo, 16 giugno 2000, n. 14 e ssmm..

²⁵ Si tratta, in specie, dei regolamenti governativi, nonché di un elenco di atti generali non aventi forza di legge, tra cui possono essere rammentati a titolo esemplificativo: i provvedimenti emanati a seguito di deliberazione del Consiglio dei Ministri; gli atti del Presidente del Consiglio dei Ministri e dei Ministri aventi ad oggetto la definizione delle piante organiche, il conferimento di incarichi di funzioni dirigenziali e le direttive generali per l'indirizzo e per lo svolgimento dell'azione amministrativa; atti normativi a rilevanza esterna, atti di programmazione comportanti spese e atti generali attuativi di norme comunitarie; provvedimenti di disposizione del demanio e del patrimonio immobiliare; atti che il Presidente del Consiglio dei Ministri richieda di sottoporre temporaneamente a controllo preventivo o che la Corte dei conti deliberi di assoggettare, per un periodo determinato, a controllo preventivo in relazione a situazioni di diffusa e ripetuta irregolarità rilevate in sede di controllo successivo.

²⁶ In tali casi, infatti, è stato precisato che la Sezione centrale di controllo sia competente a decidere non solo sulle questioni di massima di particolare importanza, ma anche sui presupposti per l'ammissione al visto del provvedimento sottoposto a controllo: cfr. Corte conti, sez. contr. legittim., 14 luglio 2004, n. 8.

una questione di massima di particolare rilevanza. Si noti, inoltre, che «(t)utte le sezioni regionali di controllo si conformano alle pronunce di orientamento generale adottate dalle sezioni riunite».

In terzo luogo, un ruolo essenziale è stato assegnato alla Sezione delle autonomie dall'art. 6, comma 4, del d.l. 174/2012, conv. nella l. 213/2013²⁷, la quale emana delibere di orientamento (alla quale le sezioni regionali di controllo si conformano), al fine di prevenire o risolvere contrasti interpretativi rilevanti per l'attività di controllo o consultiva²⁸, oppure per la risoluzione di questioni di massima di particolare rilevanza.

Dunque, in quest'ultimo caso, addirittura due sono le funzioni coinvolte, anche se va incidentalmente rilevato che, prima dell'assegnazione di funzioni (anche) nomofilattiche alla Sezione delle autonomie, già le sezioni riunite in sede di controllo avevano affermato, ai sensi dell'art. 17, comma 31, d.l. 78/2009, cit., principi a carattere di "orientamento generale" nei confronti delle sezioni competenti a pronunciarsi in materia consultiva²⁹.

Non risultano particolarmente chiari i confini oggettivi degli ultimi due focolai nomofilattici sopra descritti³⁰, almeno con riguardo all'attività di controllo.

Difatti, stando al dato letterale, mentre le "pronunce di orientamento generale" rese dalle sezioni riunite in sede di controllo ai sensi dell'art. 17, comma 31, d.l. 78/2009, cit., hanno a oggetto «questioni risolte in maniera difforme dalle sezioni regionali di controllo», nonché «casi che presentano una questione di massima di particolare rilevanza»³¹, le "delibere di orientamento" *ex art. 6,*

²⁷ Anche per effetto della proliferazione normativa degli anni più recenti: cfr. Corte conti, sez. autonomie, 4 febbraio 2019, n. 3/SEZAUT/2019/INPR, in part. v. p.to n. 10.

²⁸ In riferimento ai pareri resi in materia di contabilità pubblica (v. art. 7, comma 8, l. 131/2003), peraltro, gli organi nomofilattici della Corte dei conti hanno precisato che l'esercizio di siffatta funzione consultiva non può (e non deve) investire l'intera attività amministrativa, bensì esclusivamente «(...) qualsivoglia attività degli Enti che abbia, comunque, riflessi di natura finanziaria, comportando, direttamente o indirettamente, una spesa, con susseguente fase contabile attinente all'amministrazione della stessa ed alle connesse scritture di bilancio»: *ex multis*, cfr. Corte conti, sez. riunite, 17 novembre 2010, n. 54/CONTR; 7 dicembre 2010, n. 60/CONTR; 13 gennaio 2011, n. 1/CONTR; sez. autonomie, 19 febbraio 2014, n. 3/QMIG.

²⁹ *Ex multis*, v. Corte conti, sez. riunite, 15 aprile 2010, n. 8/CONTR.

³⁰ Pare invece più chiara la delimitazione dell'esercizio della funzione nomofilattica dell'adunanza generale della sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato, in considerazione della tassatività degli atti che possono essere sottoposti a siffatto controllo: *ex multis*, cfr. Corte conti, sez. centr. controllo di legittimità, 29 marzo 2011, n. 8. La l. 20/1994, peraltro, ha drasticamente limitato l'ambito degli atti soggetti a controllo preventivo di legittimità, che non è più svolto con carattere di generalità. Esso si esercita, ad esempio, sui provvedimenti emanati a seguito di deliberazione del Consiglio dei ministri e sugli atti normativi: v., in argomento, Corte conti, sez. centr. controllo, nn. 20 e 24/2009/P e Corte cost., n. 172/2010.

³¹ Secondo Corte conti, sez. riunite controllo, 23 marzo 2018, n. 2/QMIG/18, «il legislatore

comma 4, del d.l. 174/2012, cit., sono adottate dalla Sezione delle autonomie «al fine di prevenire o risolvere contrasti interpretativi rilevanti per l'attività di controllo o consultiva, oppure per la risoluzione di questioni di massima di particolare rilevanza».

Vero è che le prime decisioni nomofilattiche sono circoscritte alla materia del coordinamento della finanza pubblica e che le seconde prevedono l'attivazione della Sezione delle autonomie anche allo scopo di prevenire – e non solo di risolvere – contrasti interpretativi considerati «rilevanti»³². Cionondimeno, in considerazione dell'incertezza circa l'estensione della materia del coordinamento della finanza pubblica e specie con riferimento alla risoluzione delle «questioni di massima di particolare rilevanza», non può essere negata la difficoltà che l'interprete incontra nell'individuazione del corretto focolaio nomofilattico.

Invero, il legislatore ha affidato al presidente della Corte dei conti il riparto tra i due focolai, stabilendo, pur con formulazione generica, un criterio che parrebbe teso a ridurre il raggio di azione uniformante delle sezioni riunite in sede di controllo.

Ai sensi dell'art. 6, comma 4, d.l. 174/2012, cit., riguardante la funzione nomofilattica esercitata dalla Sezione delle autonomie, infatti, si precisa che la medesima funzione resti ferma in capo alle sezioni riunite in sede di controllo, limitatamente ai casi riconosciuti dal presidente della Corte dei conti di eccezionale rilevanza ai fini del coordinamento della finanza pubblica ovvero qualora si tratti di applicazione di norme che coinvolgono l'attività delle Sezioni centrali di controllo.

4. *Le specificità della funzione nomofilattica della Corte dei conti*

Non è chi non veda l'ampliamento (e la modificazione) della nozione di nomofilachia e degli strumenti con cui essa viene esercitata dalla Corte dei conti.

Dal punto di vista sistematico, da ciò deriva che la nomofilachia non si riferisce esclusivamente all'esercizio della funzione giurisdizionale e, dunque, all'obiettivo di “uniformare” gli indirizzi interpretativi e applicativi della giurisprudenza per finalità di unità dell'ordinamento. Essa, infatti, si estende anche alle differenti funzioni di controllo e (in un caso) consultive, attraverso uno strumento del

(...) con la evidente finalità di promuovere il maggior grado possibile di coerenza ed uniformità delle deliberazioni territoriali, garantendo una voce univoca ed eliminando, al contempo, i contrasti interpretativi sorti nel corso dell'esperienza operativa delle Sezioni regionali o centrali di controllo, ha individuato nelle Sezioni riunite in sede di controllo l'organo nomofilattico deputato a comporre le eventuali antinomie interpretative – cd. “nomofilachia del controllo” – ferme restanti le ulteriori funzioni nomofilattiche alla Sezione delle autonomie (...).»

³² V., di recente, Corte conti, sez. autonomie, 7 maggio 2019, n. 8/SEZAUT/2019/QMIG.

tutto peculiare (la “pronuncia di orientamento generale”), che tra l’altro presenta alcuni profili di analogia rispetto ad altre forme specifiche che la Corte dei conti frequenta quando si rivolge alle amministrazioni³³.

Questa funzione nomofilattica, poi, rispetto alla nomofilachia giurisdizionale, può prescindere dall’incidenza concreta della decisione su posizioni giuridiche di soggetti terzi. Vero è che nel caso del controllo preventivo di legittimità e in quello di legittimità e regolarità finanziaria sui bilanci e i rendiconti degli enti locali³⁴ si rinvergono i connotati di una decisione, per certi versi assimilabile a una sentenza adottata in sede giurisdizionale³⁵; non altrettanto, però, può predicarsi riguardo al controllo sulle gestioni delle amministrazioni, che non si concretizza in una pronuncia puntuale di applicazione obiettiva del diritto, ma consiste nella approvazione di “relazioni” e investe i profili dell’efficienza e dell’efficacia dell’azione amministrativa³⁶.

L’ampliamento della nozione di nomofilachia fa emergere al contempo un’ulteriore peculiarità, ossia il proliferare, all’interno del controllo, di una pluralità di “focolai nomofilattici”, distinti per tipologia di controllo³⁷. Siffatta frammentazione delle “sedi” di nomofilachia rafforza, più in generale, l’esigenza di realizzare la complessiva unitarietà nell’ambito delle differenti funzioni (giurisdizionale, di controllo e consultive) esercitate dalla Corte dei conti.

³³ Il pensiero, al riguardo, corre alle linee guida. V., *ex multis*, Corte conti, sez. autonomie, Delibera 30 marzo 2017, «Linee guida per il referto annuale del Sindaco per i Comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, del Sindaco delle Città metropolitane e del Presidente delle Province sul funzionamento dei controlli interni per l’esercizio 2016. (Delibera n. 5/SEZAUT/2017/INPR)».

³⁴ Cfr., ad esempio, artt. 148-*bis*, d.lgs. 267/2000 e 6, d.lgs. 149/2011.

³⁵ Va incidentalmente rilevato che, secondo Corte cost., 14 febbraio 2019, n. 18, «il controllo di legittimità-regolarità sui bilanci (degli enti locali) presenta – rispetto al controllo sugli atti – un ulteriore carattere che lo avvicina ancor più al sindacato giurisdizionale. Infatti, mentre le pronunce di controllo di legittimità sugli atti possono essere in qualche modo disattese dal Governo, ricorrendo alla registrazione con riserva, e dagli stessi giudici delle altre magistrature, nei confronti sia degli atti che hanno ottenuto la registrazione, sia delle situazioni generate dal diniego di visto, l’accertamento effettuato nell’esercizio di questo sindacato di legittimità sui bilanci “fa stato” nei confronti delle parti, una volta decorsi i termini di impugnazione del provvedimento davanti alla Corte dei conti, sezioni riunite in speciale composizione. Quello così instaurato è – come detto – un giudizio a istanza di parte, riservato alla giurisdizione esclusiva della magistratura contabile, caratterizzato dalla presenza del procuratore generale della Corte dei conti in rappresentanza degli interessi adespoti di natura finanziaria, che costituisce l’unica sede in cui possono essere fatti valere gli interessi dell’amministrazione sottoposta al controllo e degli altri soggetti che si ritengono direttamente incisi dalla pronuncia della sezione regionale di controllo».

³⁶ Anche nell’ambito del cd. “controllo collaborativo” la dicotomia tra giurisdizione e controllo sembra rafforzarsi: sul punto, cfr. Corte conti, sez. riunite giurisdiz., 2 aprile 2019, n. 10/2019/QM//PRES, che ha dichiarato inammissibile una questione di massima sorta da una sezione del controllo, in sede consultiva.

³⁷ In questo senso, v. C. PETTINARI, S. ROSA, *La nomofilachia in sede di controllo*, cit., 120 ss.

Sotto il profilo soggettivo, oltre alla (inusuale) possibilità riservata a una parte processuale (in specie, il Procuratore generale) di accedere direttamente al massimo organo nomofilattico, un ruolo rilevante ai fini dell'“allargamento” del predetto accesso è affidato, anche e soprattutto in sede di controllo, al Presidente della Corte dei conti.

Al riguardo, sono frequenti nella prassi provvedimenti delle sezioni regionali di controllo con i quali, previa sospensione del giudizio, sono stati rimessi gli atti al presidente della Corte «per le valutazioni di competenza, ai fini del deferimento della questione alle sezioni riunite in sede di controllo», ai sensi dell'art. 17, comma 31, d.l. 78/2009, conv. nella l. 102/2009³⁸.

Come precisato proprio in sede nomofilattica³⁹, siffatto potere di deferimento del presidente della Corte, che include anche la possibilità di rimettere d'ufficio questioni di massima ovvero questioni concernenti antinomie sorte fra sezioni regionali, deve essere circoscritto ad una «mera delibazione delle questioni prospettate, finalizzata a verificare l'attualità del contrasto fra le Sezioni regionali». Al presidente, peraltro, è devoluta l'individuazione dell'organo nomofilattico “competente”, secondo quanto stabilito dall'art. 6, comma 4, d.l. 174/2012, cit..

Indugiando ancora sul versante del controllo e sugli orientamenti generali espressi dalle Sezioni riunite ai sensi dell'art. 17, comma 31, d.l. 78/2009, cit., e dalla Sezione autonomie ex d.l. 174/2012, conv. nella l. 213/2013, non si può sottacere il vincolo conformativo cui sono soggette le sezioni regionali. Trattasi, in specie, di un vincolo inderogabile, in quanto preclude la possibilità di sottrarsi mediante la rimessione della questione all'organo nomofilattico.

Ha destato, invero, qualche dubbio di compatibilità costituzionale il fatto che le delibere di orientamento della Sezione autonomie rischiassero di configurare (inammissibili) atti para-normativi della Corte, per l'esercizio non incidentale – rispetto a un caso concreto su cui sorge un conflitto interpretativo – della funzione nomofilattica in questione⁴⁰, specie quando essa miri a prevenire

³⁸ Cfr., *ex multis*, Corte conti, sez. controllo Molise, 15 dicembre 2010, n. 84; sez. controllo Lombardia, 25 luglio 2018, n. 221/2018/QMIG; 12 dicembre 2018, n. 334/2018/QMIG.

³⁹ Corte conti, sez. riunite, 15 aprile 2010, n. 8/CONTR.

⁴⁰ Sul punto, v. Corte cost., 6 marzo 2014, n. 39, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Regione autonoma Sardegna in riferimento all'art. 6, comma 4, d.l. 174/2012, cit., il quale, secondo la tesi regionale, avrebbe di fatto attribuito alla Sezione autonomie della Corte dei conti la “normazione” sul controllo degli enti locali della Regione stessa. Ad avviso della Consulta, «(l)a disposizione impugnata, nell'attribuire la possibilità di adottare detta «delibera di orientamento» per il controllo degli enti locali, non affida alcun potere normativo sul controllo degli enti locali alla sezione delle autonomie della Corte dei conti. La norma attribuisce a tale sezione una funzione nomofilattica in caso di interpretazioni discordanti tra sezioni regionali della Corte dei conti e non è pertanto in alcun modo lesiva dell'autonomia regionale».

– piuttosto che risolvere – un contrasto interpretativo rilevante per l’attività di controllo o consultiva⁴¹.

Per quanto, invece, concerne la funzione di nomofilachia esercitata in ambito giurisdizionale e i rapporti con la corrispondente disciplina dettata per i giudizi amministrativi, si può registrare una convergenza nell’impossibilità, comune a entrambe le corti di primo grado (sezioni giurisdizionali regionali e Tar), di deferire ai rispettivi organi di nomofilachia la soluzione di questioni di massima o la composizione di contrasti giurisprudenziali.

Un profilo molto rilevante, che invece segna una divergenza tra le due giurisdizioni, emerge da una statuizione delle sezioni riunite della Corte dei conti⁴², secondo la quale, a seguito dell’entrata in vigore della l. 69/2009, «(sarebbe) stato (...) introdotto nel nostro sistema, sia pure con esclusivo riferimento alle pronunce su questioni di massima emesse dalle Sezioni Riunite nell’ambito della loro funzione nomofilattica, il principio del c.d. “stare decisis”, tipico del modello anglosassone, conferendo alle pronunce giurisdizionali delle Sezioni Riunite, rispetto ai giudici di merito, autorità, oltre che l’autorevolezza proveniente dalla composizione e dalla collocazione istituzionale dell’organo, ed una forza vincolante attenuata solo dal meccanismo del motivato dissenso, anche al di là del processo nell’ambito del quale la pronuncia è resa, con un’incisività sinora sconosciuta al nostro ordinamento processuale – peraltro in analogia a quanto pure normato per la Suprema Corte di Cassazione e per il Consiglio di Stato – e che ha trovato avallo da parte della stessa Corte Costituzionale (sentenza n. 30/2011)»⁴³. Appare evidente come la dichiarata vigenza del principio dello “stare decisis”, seppure attenuata dal meccanismo del motivato dissenso, potrebbe generare dubbi di compatibilità con l’art. 101, Cost., a mente del quale i giudici sono soggetti solo alla legge⁴⁴.

In proposito, peraltro, la Corte costituzionale ha a più riprese affermato che «in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudice a quo – se pure è libero di non uniformarsi e di proporre una diversa esegesi del dato normativo, essendo la “vivenza” di una norma una vicenda per definizione aperta, ancor più quando si tratti di adeguarne il significato a precetti costituzionali – ha alternativamente la facoltà di assumere l’interpretazione censurata in termini di “diritto vivente” e di richiederne, su tale presupposto, il controllo

⁴¹ Cfr., ad esempio, Corte conti, sez. autonomie, 7 maggio 2019, n. 8/SEZAUT/2019/QMIG.

⁴² Corte conti, sez. riunite, 5 settembre 2011, n. 14.

⁴³ In questo senso, v. G. AMOROSO, *I principi vincolanti della giurisprudenza delle giurisdizioni superiori*, in AA.VV., *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni*, in *italiadecide.it*, 57.

⁴⁴ In argomento, cfr. U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, cit., 158 ss.. Nel processo amministrativo, cfr. E. FOLLIERI, *L’introduzione del principio dello stare decisis nell’ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1237; G. PESCE, *L’adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012.

di compatibilità con i parametri costituzionali (tra le altre, sentenza n. 242 del 2014 e ordinanza n. 191 del 2013; analogamente, sentenze n. 200 del 2016 e n. 126 del 2015)»⁴⁵.

Va ancora osservato che esiste anche un modo di creare un “vincolo” di natura differente, che non deriva direttamente da decisioni assunte in sede nomofilattica. Il codice di giustizia contabile, infatti, prevede che si possa archiviare o assolvere per difetto di elemento psicologico l’agente che sia conformato ai pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali⁴⁶.

Queste previsioni – che peraltro confermano l’importanza assunta dalla Sezione autonomie nell’esercizio della propria funzione nomofilattica sull’attività consultiva della Corte – appaiono rilevanti nella misura in cui i predetti pareri, ancorché resi, appunto, da organi non istituzionalmente dotati delle funzioni nomofilattiche, vincolano pur sempre il successivo esercizio della funzione giurisdizionale⁴⁷. Si tratta, invero, di un vincolo piuttosto stringente, configurandosi non solo “in negativo” ma anche “in positivo”, giacché è direttamente idoneo a incidere sul contenuto concreto della decisione giurisdizionale.

In questo caso, più che l’eguaglianza di fronte alla legge (valore in generale sotteso alla nomofilachia), sembrano affiorare e prevalere gli ulteriori valori della certezza del diritto sotto i connessi profili della tutela del legittimo affidamento e della non contraddittorietà della prassi amministrativa in merito a vicende analoghe.

⁴⁵ Corte cost. 26 maggio 2017, n. 22. In termini, v. anche Corte cost. 1 marzo 2018, n. 39; 7 dicembre 2017, n. 259 (rese a seguito di ordinanze di rimessione di sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti).

⁴⁶ V. art. 69, comma 2, c.g.c., secondo cui «(i)l pubblico ministero dispone altresì l’archiviazione per assenza di colpa grave quando l’azione amministrativa si è conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi. Ancora, l’art. 95, comma 4, c.g.c., stabilisce che «(i)l giudice, ai fini della valutazione dell’effettiva sussistenza dell’elemento soggettivo della responsabilità e del nesso di causalità, considera, ove prodotti in causa, anche i pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali, nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi». Non è un caso che la l. delega 124/2015, all’articolo 20, comma 2, lett. p), prevede la necessità di «disciplinare esplicitamente le connessioni tra risultanze ed esiti accertativi raggiunti in sede di controllo e documentazione ed elementi probatori producibili in giudizio, assicurando altresì il rispetto del principio secondo cui i pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi, siano idoneamente considerati, nell’ambito di un eventuale procedimento per responsabilità amministrativa, anche in sede istruttoria, ai fini della valutazione dell’effettiva sussistenza dell’elemento soggettivo della responsabilità e del nesso di causalità».

⁴⁷ La «legge» cui il giudice è soggetto ai sensi dell’art. 101, Cost., potrebbe comunque essere intesa come legge processuale, con la conseguenza che il vincolo di cui si discute non incontrerebbe neanche questo specifico limite costituzionale, in quanto direttamente fondato (appunto) sulla legge processuale.

5. Osservazioni conclusive

In conclusione, l'ordinamento che fa capo alla Corte dei conti esibisce talune specificità degne di nota⁴⁸.

Intanto, esistono svariati focolai nomofilattici (parr. 1 e 2), che disvelano la sussistenza di precedenti che non rivestono unicamente un valore persuasivo.

Sul versante giurisdizionale, inoltre, emerge una “forza vincolante del precedente” anche in ipotesi in cui esso non sia stato formato da organi dotati di competenza nomofilattica (artt. 69 e 95, c.g.c.).

Nel contesto del controllo, si profila un modello “reticolare”, per certi versi simile a quello che caratterizza il sistema della nomofilachia europea, almeno quanto al tipo di effetti (vincolanti).

Circa le coordinate costituzionali, per quanto riguarda la nomofilachia all'interno della funzione giurisdizionale, va valorizzata l'impossibilità di ricorrere in Cassazione per violazione di legge avverso le sentenze della Corte dei conti (e del Consiglio di Stato); ciò apre uno spazio importante a favore della possibilità per il giudice speciale di stabilire autonomamente l'esatta osservanza della legge che il proprio plesso giurisdizionale ha il compito di applicare⁴⁹.

Cionondimeno, occorre al contempo rimarcare la necessità, maturata in seno ai vertici delle giurisdizioni superiori, di armonizzare l'esercizio della funzione nomofilattica tra le stesse giurisdizioni «per evitare il formarsi di “nomofilachie” divergenti, o comunque non comunicanti, sulle medesime questioni di diritto sostanziale»⁵⁰. Al riguardo, non appare peregrina l'idea di prevedere forme di integrazione degli organi collegiali di vertice con funzioni specificamente nomofilattiche delle tre giurisdizioni con magistrati di altre giurisdizioni, «quando si trattino questioni di alto e comune rilievo nomofilattico, ivi comprese, per le sezioni unite civili della Corte di cassazioni, quelle attinenti alla giurisdizione»⁵¹. Un esperimento di integrazione di questo tipo è, peraltro, già rintracciabile

⁴⁸ A tacere di altri problemi, che non possono essere affrontati nell'economia del presente lavoro. Si pensi, per esempio, ai rapporti con la Corte di giustizia dell'U.e. e la nozione di nomofilachia “esterna”, così come allo spazio eventualmente riservato nella giurisdizione contabile alla “*prospective overruling*”.

⁴⁹ Sul punto, v. S. AURIEMMA, *Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali*, in www.cortedicassazione.it, 23 ss.

⁵⁰ Cfr. *Memorandum*, cit., 59.

⁵¹ Cfr. *Memorandum*, cit., 60-61. Va in questa direzione la proposta di legge n. C. 649 del 22 maggio 2018, attualmente in discussione alla Camera dei deputati, volta all'istituzione, presso la Corte di cassazione, del Tribunale superiore dei conflitti, quale organo giurisdizionale supremo per la risoluzione delle questioni di giurisdizione insorte nei giudizi civili, penali, amministrativi, contabili, tributari e dei giudici speciali. Il Tribunale, in particolare, avrebbe una composizione mista nel numero complessivo di dodici membri: sei magistrati provenienti dalla Corte di cassazione, tre dal Consiglio di Stato e tre dalla Corte dei conti; la presidenza del Tribunale, invece, spetterebbe a turno ai magistrati dei tre ordini, con rotazione annuale.

nell'ordinamento proprio con riferimento alla giurisdizione della Corte dei conti e, in particolare, a quella esercitata dal collegio delle sezioni riunite in speciale composizione, ove convivono magistrati con sensibilità professionali diverse, in quanto provenienti, in pari numero, dalle sezioni riunite in sede giurisdizionale e in sede di controllo⁵².

Quanto al controllo e alla possibilità di esprimere orientamenti vincolanti, non solo non rileva l'art. 111 Cost., ma potrebbe apparire non pertinente pure il richiamo all'art. 101, Cost. e al vincolo della soggezione alla sola legge, avendo esso a oggetto specifico la funzione giurisdizionale (anche se tutti i componenti della Corte sono magistrati). Ciò potrebbe giustificare la maggiore "forza" del vincolo del precedente in sede di controllo, mentre, per differenza, risulterebbe vieppiù opinabile l'affermata esistenza (par. 3) del principio dello "stare decisis" nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Sempre in ordine al controllo, infine, il sopra descritto quadro assai mosso relativo alla vincolatività degli orientamenti espressi potrebbe costituire un riflesso del principio di ausiliarietà che connota la Corte dei conti, intendendo tale espressione come indicativa di una "prestazione" offerta dall'Istituzione che, per essere davvero utile ai controllati e alla Repubblica, deve essere e apparire uniforme.

Il controllo, cioè, pur confermandosi come attività che risponde a un interesse obiettivo, si colora anche di eguaglianza ai sensi art. 3 Cost. proprio perché si arricchisce di valenze nomofilattiche.

⁵² V. *supra* par. 2 e art. 11, comma 7, c.g.c. Invero, occorre anche ricordare la composizione mista del Tribunale superiore delle acque pubbliche. Tale organo ha sede a Roma ed è composto da un presidente, il quale è un magistrato ordinario avente qualifica corrispondente a procuratore generale della cassazione, quattro consiglieri di cassazione, quattro consiglieri di Stato e tre tecnici iscritti nell'albo degli ingegneri, tutti nominati per cinque anni.

Abstract

Nomofilachia, Uniform Application of Law and Functions of the Court of Auditors

by Fabrizio Fracchia e Pasquale Pantalone

The essay deals with the uniform interpretation of national legislation given to the Court of Auditors and it shows the specificities of this within this jurisdictional complex. It seems particularly relevant the specific characteristic that it involves not only the exercise of the jurisdictional function, but also the control and consultive functions performed by such a special judge.

Parole chiave: nomofilachia, Corte dei conti, giurisdizione, controllo.

Key words: Uniform interpretation of laws, Court of Auditors, Jurisdiction, Control.

La tutela dell'ambiente nella Costituzione italiana

di Antonio Ignazio Arena*

«Immaginavi tu forse che il mondo fosse fatto per causa vostra?»¹
(la Natura di Leopardi all'islandese)

SOMMARIO: 1. Considerazioni propedeutiche (*Weltanschauung*): a) il rapporto tra uomo e natura; b) la tutela dell'ambiente come priorità politica. – 2. La struttura del lavoro. – 3. La nozione giuridica di ambiente (un tentativo di definizione). – 4. Riparto delle competenze e “procedimenti ambientali”. – 5. Modificare la Costituzione? – 6. Tutelare l'ambiente in modo ragionevole, congruo ed accurato. – 7. Una interpretazione dell'art. 9, comma II, Cost.: laddove cresce la disegualianza, minore è la tutela dell'ambiente. – 8. La tutela attraverso il mercato: il controverso caso del c.d. “emission trading”. – 9. Conclusioni: la responsabilità politica dello Stato nel contesto globale.

1. Considerazioni propedeutiche (*Weltanschauung*): a) il rapporto tra uomo e natura

Sono molto note le parole con le quali inizia la parte seconda del *Discorso sull'origine della disegualianza tra gli uomini*: «Il primo che, avendo cinto il terreno, pensò di dire “questo è mio” e trovò delle persone abbastanza stupide da credergli, fu il vero fondatore della società civile»².

Tale passo viene di solito citato con riferimento al diritto di proprietà. Tuttavia l'affermazione di Rousseau è più profonda. Secondo il ginevrino, la civiltà ha inizio attraverso una attività che modifica l'ambiente – ed è un simile comportamento, realizzato al fine di escludere gli altri e utilizzare per sé una porzione della terraferma (con contestuale affermazione su di essa del terribile diritto³), ad essere da lui ritenuto il principio di tutte le sciagure («quante guerre, quanti assassini, quante miserie ed errori»). Ciò perché – sempre a seguire il ragionamento di Rousseau – l'uomo, trasformando l'ambiente, ha “trasformato se stesso”, ha iniziato a concepirsi come “altro dalla natura”.

* Dottore di ricerca in Scienze giuridiche – Diritto costituzionale Università degli Studi di Messina

¹ G. LEOPARDI, *Dialogo della Natura con l'islandese*, in *Operette morali*, Milano, 2013, 286.

² J.J. ROUSSEAU, *Origine della disegualianza*, trad. it. a cura di G. Preti, Milano, 2006, 72.

³ «Terribile, e forse non necessario», così notoriamente definì il diritto di proprietà C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2006, 71. L'espressione è stata ripresa, a tacer d'altro, nel fondamentale contributo offerto da S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990 (sul “sistema costituzionale della proprietà” v. part. 374 ss.).

Molti problemi dell'uomo nascono davvero dal fatto che egli dimentica di appartenere alla natura, di essere – per riprendere Adorno (e Habermas) – «*ein Stück Natur*»⁴. La vita umana dipende dalle condizioni dell'ambiente, ma a giudicare dai comportamenti gli uomini non sembrano esserne pienamente consapevoli. Questo può determinare gravi conseguenze. La natura è infatti, per ciascuno, talvolta “madre benevola” e talaltra “cattiva matrigna”. Modificando l'ambiente in una misura non paragonabile all'entità delle trasformazioni prodotte da altre specie, l'essere umano mira a migliorare le proprie condizioni di vita; e tuttavia, se non agisce responsabilmente, rischia di pagare (presto o tardi) un alto prezzo: l'ambiente aggredito diviene aggressore⁵.

In ragione di una molteplicità di fattori (sviluppo economico e tecnologico e crescita demografica, *in primis*) il rapporto tra uomo e (resto della) natura diviene tema irrinunciabile di riflessione: «La rapida crescita della civiltà umana – nel numero di persone, nel potere della tecnologia e nelle dimensioni dell'economia globale – si sta scontrando con i limiti, sempre più vicini, nella disponibilità delle risorse naturali chiave – fra cui l'acqua dolce o lo strato arabile – da cui dipendono miliardi di vite, e sta inoltre arrecando gravi danni all'integrità dei sistemi ecologici cruciali del nostro pianeta»⁶. Il progredire della tecnica schiude *nuove possibilità che* rendono ancor più problematica, sul piano economico, la crescita della popolazione (si pensi alla crisi della occupazione al tempo della robotica)⁷; *che* offrono opportunità di miglioramento tali da permettere di dare delle scienze naturali una visione “baconiana”, entusiastica (ma tendenzialmente illusoria)⁸.

D'altronde, proprio a Bacone si deve l'idea che alla natura non si comanda se non ubbidendole⁹. La volontà di dominio non solo si rivela inutile, ma finisce

⁴ Cfr. J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, trad. it. a cura di M. Carpitella, Roma-Bari, 2006, 83.

⁵ M.S. GIANNINI, “Ambiente”: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 37.

⁶ A. GORE, *Il mondo che viene. Sei sfide per il nostro futuro*, trad. it. a cura di D. Didero, Milano, 2013, 208. Non si deve dimenticare come molti dei problemi ambientali di oggi siano profondamente radicati nel passato; espansione economica, innovazione sul piano tecnologico, crescita della popolazione e della urbanizzazione sono alcuni dei fattori che a partire dal XV secolo hanno modificato il pianeta con una intensità senza precedenti.

⁷ Il c.d. “*robot sourcing*” non è un fenomeno che interessa soltanto “l'operaio”; neppure il giurista si può considerare del tutto al riparo dalla minaccia di una sostituzione robotica (e infatti già si sancisce il diritto di non essere sottoposti ad una decisione giudiziaria basata unicamente sul c.d. “trattamento automatizzato”): v. da ultimo M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Nv. dir. civ.*, 1/2018, 2.

⁸ L'accresciuto potere di modificare la natura determina un incremento nelle possibilità di manipolare noi stessi (non solo “filosoficamente”, con il pensiero, ma “fisicamente”, nel corpo): non sorprende quindi che vi sia nell'una e nell'altra manipolazione (della natura e dunque dell'uomo) un comun denominatore individualistico (potenzialmente “anti-solidarista”): v. part. M. SANDEL, *Contro la perfezione. L'etica nell'età dell'ingegneria genetica*, trad. it. a cura di G. Galli, Milano, 2008, 89 ss.

⁹ «Sta tutto nella scienza: l'uomo può tanto quanto sa, e non vi sono forze capaci di spezzare

anche per risultare dannosa: se non lo è per il singolo, nei rapporti con il suo prossimo, potrà esserlo per la specie in rapporto ad altre; se non lo è nell'immediato, potrà esserlo nel lungo periodo¹⁰. Di questo anche il giurista deve tenere conto.

Come noto, nel XVIII secolo si riscoprì l'antica convinzione che le leggi dovessero adattarsi al clima: Montesquieu riteneva che la libertà o schiavitù politica dipendesse per l'appunto (anche) «dalla natura del clima»¹¹. Raramente presa sul serio, questa affermazione ha un pregio. Suggestisce che senza le condizioni ambientali ottimali è difficile che la libertà politica sia riconosciuta e si mantenga¹². Si può forse dire – rovesciando il motto di Sen – che non può esserci democrazia se c'è carestia (non a caso giustamente si discute oggi di *environmental refugees*, il volto umano del cambiamento climatico). Possiamo allora sostenere che anche il diritto può governare la natura soltanto ubbidendole, sebbene spesso succeda il contrario, e cioè che il diritto pretenda di imporsi ad essa (si pensi alla sfera economica, ove l'ingresso e l'uscita dal mondo del lavoro sono innaturalmente ritardati; o alla sfera politica ove, al contrario, forse maggior peso andrebbe riconosciuto alla esperienza).

b) *la tutela dell'ambiente come priorità politica*

L'IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*), nell'ottobre 2018, in uno storico *report* (dal titolo *Global Warming of 1,5°C*), ha sottolineato come il conseguimento degli obiettivi individuati con l'Accordo di Parigi (2015) sia fortemente a rischio per via del surriscaldamento (al quale – si legge – possono ricollegarsi effetti catastrofici, sul versante sociale ed economico). A dispetto di ciò, è ancora diffuso un atteggiamento di rifiuto rispetto a tali avvertimenti, come se si trattasse di inutili allarmismi; il che dipende (anche) dalla mancata comprensione della appartenenza dell'uomo alla natura e ha serie ricadute sul piano politico ed istituzionale.

la catena delle cause naturali, perché alla natura si comanda solo ubbidendole»: così F. BACONE (*Pensieri e conclusioni sulla interpretazione della natura o sulla scienza operativa*, in *Opere filosofiche*, I, trad. it. a cura di E. De Mas, Roma-Bari, 1965, 114) che però, per questa via, credeva possibile realizzare il dominio completo dell'uomo sulla natura.

¹⁰ Non di rado si è avuta l'estinzione di una specie per via di “vicoli ciechi” della evoluzione, quando la competizione intraspecifica orienta i comportamenti senza rapporto con l'ambiente extraspecifico: K. LORENZ, *L'aggressività*, trad. it. a cura di G. Celli, Milano, 2008, 78.

¹¹ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, I, trad. it. a cura di B. Boffito Serra, Milano, 2004, 433. Prima di Montesquieu, come rileva G. FILANGIERI (*La scienza della legislazione*, I, Venezia, 1796, 279 s.), ne scrissero Machiavelli, Fontenelle, Chardin, Dubos, Bodin e – nel mondo antico – Polibio ed Ippocrate.

¹² In tal senso, v. E. PIGUET (*Migrazione, ambiente, cambiamento climatico: una visione complessiva*, in *Equilibri*, 1/2017, 12).

Ci sono due argomentazioni molto diffuse nel dibattito pubblico e molto poco brillanti. Per alcuni il surriscaldamento è reale, ma non è l'uomo il vero responsabile del *climate change*. Seppure questo fosse vero, non ne conseguirebbe che gli uomini non debbano attivarsi e mitigarne gli effetti. Per altri, invece, è possibile puramente e semplicemente negare che un danno si sia prodotto (il surriscaldamento sarebbe una invenzione). Ebbene, ove accedessimo ad una simile impostazione, dovremmo comunque preoccuparci di non danneggiare l'ambiente. Le "grida d'allarme" troverebbero anzi una forte giustificazione, in quanto si potrebbe dire: «Gridare dopo che il danno è avvenuto non serve a nulla, specie se il danno è una ferita mortale»¹³.

In realtà, se i moniti (non solo in fatto di surriscaldamento globale) si moltiplicano una ragione c'è; ed è che l'uomo ha effettivamente danneggiato l'ambiente. In merito al surriscaldamento, dovremmo anzi osservare che laddove i processi di desertificazione (e, in genere, di trasformazione climatica) sono già in fase avanzata, la cosa dovrebbe ormai appartenere al senso comune¹⁴. Sicché l'ambiente dovrebbe essere inserito al "primo posto" nell'agenda politica contemporanea.

Non sempre è così: al contrario, alcuni dei Paesi maggiormente responsabili per l'inquinamento atmosferico si rifiutano di contrarre seri vincoli internazionali. Gli Stati Uniti d'America, ad esempio, hanno notificato la loro uscita dagli accordi di Parigi nel 2017. Peraltro tali accordi, ai quali con successive conferenze si è tentato di dare un seguito concreto, sono stati giudicati piuttosto "mediocri", specialmente per la «mancanza di un quadro coercitivo e di un sistema di controlli e sanzioni che ne garantisca il rispetto»¹⁵.

Non mancano segnali contrastanti, sia perché l'indifferenza di alcuni Paesi non è forte come si pensa (es. il regime cinese ha cominciato a mostrare sensibilità ai problemi ambientali) sia in quanto – in alcuni contesti democratici – la maggiore attenzione alle politiche ambientali viene premiata dagli elettori (es. Alleanza 90/I Verdi, in Germania).

La necessità invocata da Jonas di modificare l'imperativo categorico kantiano così da includere nelle valutazioni etiche anche le generazioni future («agisci in modo che le conseguenze della tua azione siano compatibili con la permanenza di un'autentica vita umana sulla terra»¹⁶), non è rimasta una enunciazione filoso-

¹³ G.K. CHESTERTON, *Engenetica e altri malanni*, trad. it. a cura di F. Salvatorelli, Siena, 2008, 59.

¹⁴ Questo non toglie ovviamente che possano esistere delle «discrepanze tra lo stato effettivo del sapere e la drammaturgia pubblica dei pericoli e delle crisi» (così U. BECK, *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, trad. it. a cura di C. Sandrelli, Roma-Bari, 2008, 143).

¹⁵ A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2018, 14.

¹⁶ H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, trad. it. a cura di P. Portinaro, Torino, 1993, 16.

fica. Molto si è fatto per tutelare l'ambiente a livello internazionale (specialmente dalla Conferenza di Stoccolma in poi), sovranazionale (si v. ora spec. gli artt. 191 ss. TFUE) ed interno¹⁷. Non è il caso di indugiare sull'evoluzione storica della tutela ambientale (che comunque ha le sue radici già nella prima metà del Novecento¹⁸) né di enumerare le molte fonti a questo tema oggi dedicate. Può essere utile, però, soffermarsi brevemente su alcuni principi unanimemente riconosciuti di cruciale importanza: prevenzione-precauzione e sviluppo sostenibile¹⁹.

Sono tre gli aspetti sui quali sembra importante svolgere alcune brevi riflessioni.

– In primo luogo, essi esprimono l'esigenza di realizzare un bilanciamento tra diversi interessi, implicano che nessun valore si configuri come “tiranno” (neppure in nome della volontà del popolo!) e si risolvono quindi nella ragionevolezza quale principio architettonico, virtù politica e sociale essenziale della democrazia contemporanea²⁰.

– In secondo luogo, la distinzione tra prevenzione e precauzione appare fragile. Il principio di prevenzione esige – si sostiene – che una attività *certamente* dannosa sia vietata; il principio di precauzione che una attività potenzialmente dannosa (*sebbene non se ne abbia la certezza*) sia vietata. In termini generali, il principio di precauzione «anticipa la soglia di intervento dell'amministrazione e si muove nella logica dell'amministrazione del rischio»²¹. Può quindi essere riguardato con favore; ma dalla distinzione con il principio di prevenzione – come si osserva di seguito – possono derivare effetti paradossali. Infatti alcuni (uomini o Stati) ritengono di poter sposare il primo e rifiutare il secondo principio, perché non vedono come si possa vietare una attività, e sacrificare i connessi interessi, se non si è certi che sia nociva. In questi termini la distinzione tra prevenzione e precauzione sembra errata: anzitutto sul piano epistemologico, poiché a rigore non dobbiamo in nessun caso concepire le nostre conoscenze come “certezze”²²; e conseguentemente anche sul piano filosofico-politico, giacché se

¹⁷ Così recita, in particolare, l'art. 3-*quater*, d.lgs. n. 152 del 2006: “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”.

¹⁸ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 22.

¹⁹ È stato giustamente notato come entrambi i principi abbiano una comune radice nella tutela delle generazioni future: v. D. BELVEDERE, *La tutela precauzionale dell'ambiente e il ruolo della giurisprudenza nel riconoscimento del rischio da fattori inquinanti*, in *Nv. Aut.*, 2/2015, 268 s.

²⁰ L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 372.

²¹ S. SPUNTARELLI, *Normatività del principio di precauzione nel processo decisionale dell'amministrazione e legittimazione procedurale*, in AA.VV., *I principi del diritto dell'ambiente e la loro applicazione*, a cura di F. Lorenzotti, B. Fenni, Napoli, 2015, 25.

²² K.R. POPPER, *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, trad. it. a cura di G. Pancaldi, Bologna, 2009, 61 ss.

abbiamo buone ragioni per esercitare *prudenza* è – più che per la nostra sapienza – a motivo della nostra ignoranza²³. È singolare notare come nelle più sviluppate teorie dello Stato minimo proprio l'ignoranza giochi un ruolo fondamentale. È quello che non sappiamo – si dice – a costituire un argomento forte per lo Stato minimo²⁴. Ma se questo modo di ragionare è valido, deve esserlo anche con riguardo alla relazione tra uomo e natura. Se la *premessa antropologica* relativa alla fallibilità dell'essere umano è vera, non abbiamo mezzi per distinguere tra attività certamente e non certamente dannose (sebbene le teorie scientifiche possano avere un grado di falsificabilità/corroborazione diverso). Pertanto o si elimina la prudenza dal novero delle virtù politiche e si contesta ogni norma volta a prevenire il danno ambientale (facendo acritico *affidamento* sulla eventuale idoneità dello stesso progresso tecnico-scientifico a compensarlo)²⁵ o si accetta che compito del diritto sia prevenire il danno ambientale in condizioni di incertezza, quando è ragionevole presumere che una attività finisca per cagionarlo²⁶ (e fino a dimostrazione contraria)²⁷. Inoltre, l'intervento del pubblico potere per tutelare l'ambiente, e quindi la vita e la salute dell'uomo, può essere giustificato attraverso una spiegazione “a mano invisibile”, e cioè immaginando di accettare come norme giuste solo quelle prodotte sulla spinta di motivazioni individuali del tutto egoistiche²⁸. Invero, la tutela della vita e della salute non può che «coin-

²³ M. OEKESHOTT, *On being Conservative*, in *Rationalism in Politics and Other Essays*, Londra, 1962, 168 ss.

²⁴ F.A. VON HAYEK, *La società libera*, trad. it. a cura di M. Bianchi di Lavagna Malagodi, Soveria Mannelli, 2011, 87 ss.

²⁵ Di «fiducia acritica nelle presunte virtù autoterapeutiche della crescita inconsapevole» scriveva K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, trad. it. a cura di R. Vigevari, Torino, 2010, 46.

²⁶ Secondo la Corte di Giustizia dell'Unione europea (C-95/01, 5 febbraio 2004, *Greenham e Abel*) divieti non possono essere giustificati da rischi puramente ipotetici, ma solo sulla base di indizi seri (v. in proposito le osservazioni di S. SPUNTARELLI, *op. cit.*, 37).

²⁷ Se si accetta l'epistemologia fallibilista, tutte le teorie scientifiche devono considerarsi congetture e quindi la distinzione tra prevenzione e precauzione viene meno. Si potrebbe obiettare che il grado di falsificabilità di una teoria nel campo delle scienze naturali è maggiore, minore in quello delle cc.dd. “scienze sociali”; ma questo sarebbe motivo ulteriore per non sottovalutare i rischi potenzialmente insiti – secondo le acquisizioni delle scienze naturali – in determinate attività (le stesse da vietare per precauzione, per intenderci). Non si tratta né di considerare la probabilità del danno né di seguire teorie non suscettibili di falsificazione, ma di decidere seguendo le conoscenze più *attendibili* allo stato attuale (pur sapendo che potrebbero essere, in futuro, modificate o considerate completamente errate). Cfr. alla luce di queste considerazioni, la *Dichiarazione di Rio de Janeiro* del 1992 (punto 15): «In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza assoluta non deve servire da pretesto per rinviare l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale».

²⁸ A nostro avviso, ferme le premesse della teoria di R. NOZICK (*Anarchia, stato e utopia*, trad. it. a cura di G. Ferranti, Milano, 2008, 74 ss.) si possono raggiungere conclusioni che questo studioso riteneva incompatibili con uno Stato giusto. La tutela dell'ambiente trova giustificazione nel

cidere con una situazione tendenzialmente generale di benessere dell'individuo, derivante dal godimento di un complesso di opportunità, tra le quali quella di poter usufruire di un ambiente salubre si pone come preminente»²⁹.

– Infine, quanto al principio dello sviluppo sostenibile, ci limitiamo ad osservare come con questa locuzione si sottolinei utilmente quanto segue: nessuna attività può dirsi “sviluppo” se è insostenibile. Nel caso dell'ambiente, “insostenibile” è l'attività che compromette la possibilità di una vita autentica dell'uomo sulla terra. In democrazia, nessuna attività incompatibile con il pieno rispetto della dignità di *ciascuna* persona umana può giudicarsi positivamente: «Non c'è sviluppo se non attraverso l'ambiente e la sua difesa»³⁰. Si è rilevato come le tendenze economiche attuali siano non sostenibili poiché i modelli di crescita economica entrano gravemente in conflitto con i limiti naturali del pianeta. L'assetto economico globale tende ad aggravare (assieme) gli squilibri ecologici e le diseguaglianze, mentre sarebbe necessario (senza nulla concedere alla utopia della “decrescita felice”) «trasformare in maniera radicale l'approccio tecnologico, economico e politico allo sviluppo adottato per molti decenni»³¹.

2. *La struttura del lavoro*

Il presente lavoro non ha, però, ad oggetto la relazione tra uomo e natura nei termini generalissimi di cui si è detto finora, ma alcuni specifici interrogativi che discendono dalla considerazione delle problematiche ambientali alla luce della Costituzione.

In tale prospettiva, si deve procedere ad un tentativo di chiarificazione del concetto giuridico di ambiente che ad essa appartiene. Tale tentativo è strumentale ad una analisi, veloce ma critica, del riparto delle competenze e dei procedimenti preposti alla salvaguardia ambientale.

quadro di una teoria “a mano invisibile” dello Stato, anzitutto perché può essere concepita come il risultato della applicazione del “principio di non lesione” (ciascun individuo ha interesse a non essere danneggiato nella vita e nella salute, non solo nei modi “classici” ma anche in forme più sofisticate: non può esistere il diritto di inquinare l'acqua che altri bevono, l'aria che altri respirano o la terra che altri coltivano). Inoltre, la tutela di un ambiente salubre non si può realizzare senza estendere gli opportuni controlli a tutti gli individui che vivono sullo stesso territorio e richiede quindi un intervento attivo delle istituzioni pubbliche, a tutela della salute, che si affermerebbe per ragioni egoistiche (nessun individuo può accettare razionalmente di vivere in un ambiente che – in ragione del comportamento tenuto da altri – sia poco salubre o addirittura malsano).

²⁹ Così M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 792.

³⁰ Così A.C. AMATO MANGIAMELI, *La tutela dell'ambiente in Europa. Dai presupposti teorici al diritto e ai principi*, in *Riv. fil. dir.*, 2/2018, 349.

³¹ E.U. WEIZSÄCKER, A. WIJJKMAN, *Come on! Come fermare la distruzione del pianeta*, trad. it. a cura di L. Marzi, Milano, 2018, 122 (sulla insostenibilità delle tendenze economiche attuali v. 51 ss.).

Nella seconda metà dello scritto, dovremo soffermarci sulla eventualità di una riforma dell'art. 9 Cost.; sulla attualità della interpretazione che sottolinea il nesso tra l'art. 9, comma II, e l'art. 3, comma II, Cost.; sulle difficoltà insite nei bilanciamenti che coinvolgono l'ambiente quale valore, anche in sede di *legis executio*; sulle forme di amministrazione dell'ambiente (in particolare, accennaremo – tra gli strumenti di tutela attraverso il mercato – al c.d. “*emission trading*”). Concluderemo indicando negli organi dello Stato quelli investiti della principale responsabilità politica in fatto di tutela dell'ambiente.

È appena il caso di evidenziare che questi temi – per la loro vastità e complessità – richiederebbero uno svolgimento ben diverso da quello qui offerto. Senza pretesa alcuna di esaustività, si propongono di seguito soltanto delle brevi notazioni in proposito.

3. *La nozione giuridica di ambiente (un tentativo di definizione)*

È all'ordinamento giuridico e, in particolare, costituzionale dello Stato italiano che volgeremo lo sguardo per definire l'ambiente. Solo apparentemente in contrasto con questa affermazione è il riconoscimento del rilievo a tal fine di altri ordinamenti giuridici, diversi da quello statale.

La Costituzione mette in strutturale relazione lo Stato con ordinamenti dei quali riconosce l'indipendenza o l'autonomia³². In dialogo con questi ultimi, attraverso la tecnica del rinvio, la Costituzione consente all'identità statale di definirsi senza smarrirsi (di qui, fra l'altro, la dottrina dei controlimiti). Il superamento di un «anacronistico nazionalismo metodologico» costituisce una esigenza di fondo del costituzionalismo contemporaneo³³. Si è scritto in proposito di “carattere intercostituzionale” della Costituzione, in quanto naturalmente portata ad aprirsi ad altre Carte dei diritti in un processo costante di reciproca e strutturale influenza³⁴. Va quindi premesso che, sul piano metodologico, non siamo costretti tra gli estremi di un “costituzionalismo (meramente) multilivello”, che nega la persistente centralità del livello statale, e di un “costituzionalismo sovranista” o “nazionalista”, che disconosce la decisiva importanza delle relazioni tra gli ordinamenti³⁵. È senza dimenticare la strutturale configurazione interordinamentale

³² Pertanto alla comune locuzione “costituzionalismo multilivello” pare da preferire l'espressione “costituzionalismo interlivello”, meglio in grado di sottolineare l'importanza – per il costituzionalismo contemporaneo – non tanto dei vari livelli di governo del territorio, ma della relazione tra di essi intrattenuta: v. L. D'ANDREA, *Diritto costituzionale e processi interculturali*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonino Metro*, II, a cura di C. Russo Ruggeri, Milano, 2010, 121 ss.

³³ S. BONFIGLIO, *Costituzionalismo meticcio. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, Torino, 2016, 64.

³⁴ A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2001, 544 ss.

³⁵ Sia consentito di rinviare in proposito al mio *Autonomia degli organi costituzionali e richiami alla*

del diritto (costituzionale) italiano che in esso ricercheremo il concetto giuridico di ambiente.

Secondo la nota impostazione di Giannini, la parola ambiente viene impiegata con richiamo: al paesaggio, per indicare la natura, le bellezze naturali; alla difesa del suolo, dell'aria e dell'acqua (quindi con riguardo all'inquinamento); all'urbanistica e alle problematiche connesse³⁶. Ne emerge che ambiente è non solo "natura incontaminata" (ammesso che se ne possa ancora parlare), ma natura abitata, governata e talvolta offesa dall'uomo. Non la natura in sé, ma quale è concepita secondo le coordinate proprie di una determinata cultura, cioè in ragione della «valenza culturale che si attribuisce al rapporto uomo-ambiente»³⁷.

In tal senso, la nozione di ambiente e quella di paesaggio sono sovrapponibili. Secondo l'insegnamento di Predieri, il paesaggio è «la risultante di forze umane e naturali che agiscono perennemente», «l'immagine dell'ambiente», «la forma del paese nella sua interezza»³⁸. Tale orientamento – accolto dalla giurisprudenza costituzionale (v. *infra*) – trova riscontro nella Convenzione europea del paesaggio, per la quale con questo termine si denomina (di volta in volta) «una determinata parte del territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni» (art. 1). Non diversamente dispongono il c.d. "codice" dei beni culturali e del paesaggio e il c.d. "codice" dell'ambiente. Almeno per quanto interessa la nozione costituzionale, si può affermare che l'espressione «tutela del paesaggio [...] è diventata sinonimo di tutela ambientale» (Corte cost., sent. n. 46 del 1995, p. 3.2 del *cons. dir.*).

Poiché non è dato escludere alcuna porzione del territorio nazionale dall'esigenza di essere salvaguardata (potendo variare le modalità di tutela), ambiente paesaggio e territorio finiscono per coincidere. D'ora in avanti i tre termini saranno conseguentemente impiegati – senza altra precisazione – come sinonimi³⁹. Il paesaggio deve essere tutelato indipendentemente dal fatto che parte di esso possa qualificarsi "patrimonio storico e artistico della Nazione" (il quale comprende anche beni mobili). Costituisce un valore anzitutto perché *nessuna* comunità politica può sussistere senza un accorto governo del proprio territorio. L'amministrazione dell'ambiente/territorio è una costante transepocale dell'attività del pubblico potere⁴⁰.

CEDU nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. Prime note, in *dirittifondamentali.it*, 2/2018, 11 ss.

³⁶ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 23.

³⁷ F. MERUSI, *art. 9*, in *Commentario della Costituzione*, I, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1975, 445.

³⁸ A. PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, risp. 10, 13 e 16.

³⁹ Cfr. N. GRECO, *La Costituzione dell'ambiente. Sistema e ordinamenti*, I, Bologna, 1996, 382 ss., dove si discute di «riconducibilità dell'ambiente-territorio alla tutela del paesaggio».

⁴⁰ Si può pensare, a titolo esemplificativo, alle complesse operazioni descritte da ERODOTO

Tutelare l'ambiente significa salvaguardare le *condizioni*⁴¹ di una vita dignitosa entro quella porzione del globo terracqueo (in costante trasformazione per via di fattori umani e naturali) che coincide con la sfera spaziale di efficacia dell'ordinamento giuridico dello Stato (e sulla quale quindi la cultura della comunità civile si proietta, anche per il tramite del diritto). Tale tutela è strumentale alla protezione della vita, della libertà e della salute di ciascuna persona umana.

4. Riparto delle competenze e "procedimenti ambientali"

Da una simile visione della tutela del territorio, sembrano discendere alcune conseguenze – anzitutto in tema di riparto delle competenze tra Stato e altri enti costitutivi della Repubblica.

Nella democrazia contemporanea, la protezione dell'ambiente è (deve essere) una competenza distribuita – in nome della divisione verticale del potere – tra più "livelli" di governo. E tuttavia il modo con il quale tale distribuzione avviene, già in Costituzione e poi nel caotico susseguirsi di normative subcostituzionali, è a tratti difficilmente comprensibile.

L'art. 117 Cost. è stato modificato – come a tutti noto – nel 2001, ma la modifica ha reso ancor più complicato il compito, in verità non semplice, fino a quel momento svolto dal giudice delle leggi⁴². Dopo aver attribuito la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema alla esclusiva competenza legislativa dello Stato, tale articolo assegna altre materie ad essa strettamente correlate⁴³ alla competenza concorrente di Stato e regioni (tra queste, la valorizzazione dei beni ambientali); secondo la giurisprudenza della Corte, non si può escludere che per alcune

(*Storie*, II, 109, trad. it. a cura di A. Izzo D'Accinni, Milano, 2004, 439) con riguardo all'antico Egitto: «Il re fece intersecare da canali tutto il paese perché gli Egiziani che avevano le città non sul fiume ma nell'interno, ogni qualvolta il fiume si ritirava, venendo a scarseggiare l'acqua, dovevano usare bevande salmastre, servendosi di pozzi. Per queste ragioni dunque l'Egitto venne intersecato da canali».

⁴¹ Scrive M. CAFAGNO (*Ambiente: commons da trasmettere*, in AA.VV., *I principi del diritto dell'ambiente e la loro applicazione*, cit., 15) che «l'ambiente rileva per il diritto non solo in quanto "contenitore" delle risorse, ma anche perché provvede, mediante una complessa rete di processi interlacciati, alla loro continua rigenerazione e, più in generale, alla conservazione di quell'intervallo di condizioni fisiche entro cui gli esseri umani, tra gli altri viventi, possono esistere».

⁴² La letteratura sul punto è sterminata. Basti rinviare a A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in *Quad. cost.*, 1/2003, 15 ss., nonché per i profili inerenti all'ambiente a P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2016, 26 ss.

⁴³ In tal senso v. part. Corte cost., sentt. nn. 307 e 331 del 2003. Tra le materie più fittamente intrecciate alla tutela dell'ambiente: tutela della salute; alimentazione; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; valorizzazione dei beni culturali e organizzazione di attività culturali.

opere d'impatto ambientale contenuto entro certe soglie la competenza legislativa sia esclusiva delle regioni⁴⁴. Per la Corte costituzionale l'ambiente costituisce una «materia naturalmente trasversale» (sent. n. 265 del 2018, p. 2 del *cons. dir.*). A ciò si aggiunga che: 1) l'art. 116, comma III, Cost. prevede che forme speciali di autonomia – anche con riguardo alla tutela dell'ambiente – possano essere riconosciute a regioni di diritto comune con legge approvata sulla base di intesa⁴⁵; 2) ai sensi dell'art. 117, comma VI, Cost., la potestà regolamentare, anche in materia di ambiente, spetta a tutti gli enti costitutivi della Repubblica (allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, alle regioni per delega dello Stato o nelle materie di legislazione concorrente o residuale, a province/città metropolitane e comuni quanto alla disciplina dell'organizzazione e allo svolgimento delle funzioni loro attribuite). In breve, un intreccio che rende assai condivisibili gli interrogativi sulla idoneità degli elenchi di materie a disciplinare il riparto delle competenze tra Stato e regioni⁴⁶ (più in generale, tra Stato ed autonomie locali). Difatti, la necessaria limitazione del potere dello Stato per il tramite della autonomia politica delle regioni⁴⁷ (e degli enti locali) non può risolversi in una ripartizione caotica delle competenze legislative e regolamentari (la quale conduce solo all'inefficienza, un "lusso" che nessun potere può permettersi)⁴⁸.

Le competenze amministrative (anche con riferimento alla tutela del paesaggio) devono ritenersi di regola assegnate ai comuni, ma per assicurarne l'esercizio unitario possono essere affidate ai livelli superiori di governo del territorio.

⁴⁴ Per esempio, poiché all'art. 117, comma III, Cost. si fa riferimento al trasporto e alla distribuzione nazionale dell'energia, sembra che spetti alle regioni la competenza legislativa esclusiva nel campo dell'energia (ma lo stesso potrebbe dirsi con riferimento alle reti di trasporto e di navigazione), quando non siano coinvolti interessi di livello nazionale: v. Corte cost., sent. n. 6 del 2004, con la quale si riconosce alle regioni la potestà legislativa esclusiva per le centrali fino a 150 MW.

⁴⁵ Si v. in proposito R. BIFULCO, M. CECCHETTI (*Le attuali prospettive di attuazione dell'art. 116, comma 3, della Costituzione: una ipotesi di intesa nella materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema"*, in *le Regioni*, 4/2017, 768 s.), per i quali alla regione "specializzata" potrebbero attribuirsi potestà legislative aventi ad oggetto: l'introduzione di misure per una protezione maggiore rispetto a quella prevista a livello statale; il potere di allocazione, in via residuale, di tutte le funzioni amministrative non statali (nel rispetto dell'art. 118 Cost.); la disciplina della organizzazione e dello svolgimento delle funzioni amministrative regionali (nel rispetto delle garanzie, previste dalle norme procedurali statali, qualificabili come livelli essenziali delle prestazioni).

⁴⁶ Cfr. R. BIN, *Oltre il velo d'ignoranza. Venti questioni su Regioni e riforme costituzionali*, in *le Regioni*, 1/2015, 93.

⁴⁷ Nel 1956, T. MARTINES (*Studio sull'autonomia politica delle regioni in Italia*, ora in *Opere*, III, Milano, 2000, 335) distingueva «da un lato, lo Stato unitario (accentrato), la cui potestà di indirizzo politico non incontra alcun limite, dall'altro lo Stato ad autonomie regionali o lo Stato federale, i cui poteri di indirizzo politico risultano quantitativamente limitati».

⁴⁸ Questo spesso determina una forte compressione dell'autonomia (anzitutto normativa) delle regioni e la riconduzione delle potestà legislative, in via di interpretazione, «ad una condizione di sostanziale unitarietà»: v. T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 2019, 173.

Il principio di sussidiarietà è quindi «polisenso»⁴⁹ e può comportare – per non violare altro principio, quello di legalità – una “risalita” anche sul piano delle competenze legislative e regolamentari⁵⁰.

In sintesi così si configura l'amministrazione dell'ambiente: lo Stato ha prevalentemente compiti di indirizzo e controllo (con possibilità di sostituirsi in caso di necessità al livello inferiore e di intervenire attivamente in caso di urgenza); spettano alle regioni e, in minor misura, alle province e città metropolitane le fondamentali attività di programmazione, essendo infine rimessa ai comuni l'amministrazione attiva⁵¹.

Se è corretta la definizione di cui al paragrafo precedente, si comprende agevolmente perché la Corte costituzionale abbia considerato l'ambiente come una “non materia”, concependolo prevalentemente come “valore”⁵². Il che vale quanto dire che alla tutela del territorio si appuntano interessi di primaria importanza nella coscienza collettiva. Al di là del riparto delle competenze sul piano delle potestà legislative e regolamentare, finisce dunque per risultare dirimente l'allocazione delle prerogative amministrative che *dipende dalla natura degli interessi* sottesi al procedimento – e segnata dalla loro portata nazionale, regionale o subregionale. L'esercizio delle funzioni amministrative deve essere qualificato (limitato e orientato) dal diritto. Laddove vengano in gioco interessi di rilievo nazionale le competenze legislative e amministrative non possono che essere dello Stato⁵³.

Lasciando in disparte ogni altra questione (e senza sottovalutare l'importanza del principio di leale collaborazione)⁵⁴, sembra che la programmazione (e non già il mero indirizzo) dovrebbe essere assegnata dalla legge al livello statale: dovrebbe spettare allo Stato programmare le politiche ambientali per assicurare uniformi ed elevati *standard* di tutela, derogabili solo in meglio dalle regioni⁵⁵

⁴⁹ Si v. le riflessioni di S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *foro.it*, 5/1995, 373.

⁵⁰ Si v. part. Corte cost., sent. n. 383 del 2005, oltreché sent. n. 303 del 2003.

⁵¹ «Allo Stato i compiti e le funzioni di rilievo generale e nazionale; alle Regioni compiti di programmazione e gestione dimensionati in relazione al loro bacino territoriale; alle Province soprattutto le programmazioni di area subregionale; ai Comuni la gestione (anche per i “piccoli” problemi e per le emergenze locali) degli affari e degli interessi concreti delle collettività rappresentate»: A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *op. cit.*, 154.

⁵² Si v. le sentt. nn. 407 del 2002, 108 del 2005, 378 e 380 del 2007.

⁵³ Nella giurisprudenza della Corte costituzionale, l'ambiente è inteso come “settore” per sottolinearne l'appartenenza alla sfera di attribuzioni legislative dello Stato: v. sentt. nn. 62 del 2008, 210 del 2014 e 36 del 2017.

⁵⁴ L. MEZZETTI, *Energia e ambiente*, in AA.VV., *Manuale di diritto ambientale*, a cura di L. Mezzetti, Padova, 2001, 1020.

⁵⁵ V. le riflessioni di S. VILLAMENA, *Sussidiarietà (“verticale”) e ambiente*, in AA.VV., *I principi del diritto dell'ambiente e la loro applicazione*, cit., 83 ss. Cfr. anche gli artt. 68 e 73, d.lgs. n. 112 del 1998 con il previgente art. 1 della legge n. 305 del 1989. Di recente, quattro regioni (Emilia-Romagna,

(purché anch'esse tengano conto sempre degli interessi delle generazioni future)⁵⁶. I rapporti tra sfera istituzionale e sfera economica non possono che essere governati dal principio di sussidiarietà, rimettendo al livello di governo che può adeguatamente esercitarle le competenze legislative, regolamentari ed amministrative⁵⁷.

Se si considerano i cc.dd. “procedimenti ambientali”, ci si avvede di come realizzare una sistematizzazione sia tutto meno che agevole. Ciascun procedimento presenta delle irriducibili peculiarità. In altre parole, non solo il riparto delle competenze non è chiaro (nemmeno in astratto), ma le modalità attraverso le quali le funzioni amministrative vengono esercitate sono (solo talvolta logicamente) molteplici. Si deve sottolineare come (comprensibilmente) alcuni strumenti di semplificazione procedimentale (di cui alla legge n. 241 del 1990) non valgono per i procedimenti ambientali (con alcune eccezioni: v. art. 17-*bis*, l. n. 241 del 1990) e come rimanga centrale per essi la logica “autorizzatoria”⁵⁸. La disciplina relativa alle principali valutazioni e autorizzazioni ambientali (VAS, VIA, AIA, AUA) nel complesso va riguardata con favore perché mira ad una semplificazione che tenga conto del tipo di attività e di opere che i soggetti pubblici e privati intendono realizzare, per assicurarne la compatibilità con l'interesse alla salvaguardia dell'ambiente.

Epperò desta perplessità come in non pochi casi la decisione finale risulti affidata all'organo politico (es. Ministro, si pensi alla VIA). Inoltre il c.d. “codice” non contempla tutti i “procedimenti ambientali” (le norme in tema di inquinamento acustico, elettromagnetico, luminoso e nucleare – per fare alcuni esempi

Lombardia, Piemonte e Veneto) hanno firmato un accordo con l'obiettivo entro il 2020 di una completa armonizzazione delle misure di contrasto all'inquinamento atmosferico. Si tratta di iniziative lodevoli, ma che testimoniano come difficilmente i problemi ambientali possano essere rimessi ad una programmazione regionale (cioè delle singole regioni). Che le regioni possano derogare in meglio la normativa statale, a maggior ragione in un ambito di potestà “residuale”, non è in discussione: a titolo esemplificativo, nella giurisprudenza costituzionale è «consolidato il principio secondo cui [...] la normativa regionale in tema di specie cacciabili è abilitata a derogare alla disciplina statale in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, purché, ove quest'ultima esprima regole minime e uniformi di tutela, innalzi il livello di protezione» (sent. n. 7 del 2019, p. 6.2.3 del *cons. dir.*). Talvolta, però, la deroga in meglio potrebbe essere giudicata illegittima: la legge regionale non può alterare l'equilibrio definito dal legislatore statale, nel rispetto del riparto delle competenze, tra ambiente e altri valori costituzionali [si v. in proposito le osservazioni critiche di M. MICHETTI, *L'ambiente in due recenti sentenze della Corte costituzionale (n. 178 e n. 188 del 2013)*, in *osservatorioaic.it*, settembre 2013, 2 s.].

⁵⁶ A. ZITO, *I limiti dell'antropocentrismo ambientale e la necessità del suo superamento nella prospettiva della tutela dell'ecosistema*, in AA.VV., *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, a cura di D. De Carolis, E. Ferrari, A. Police, Milano, 2006, 6.

⁵⁷ Cfr. L. D'ANDREA, *I principi costituzionali in materia economica*, in AA.VV., *Principi fondamentali*, a cura di L. Ventura, A. Morelli, Milano, 2015, 652.

⁵⁸ F. FONDERICO, voce *Ambiente (dir. amm.)*, in *Diz. dir. pubbl.*, I, dir. da S. Cassese, Milano, 2006, 210.

– non si rinvergono al suo interno) e – a dispetto dell’auto-qualificazione – si è mostrato piuttosto instabile (è stato molte volte modificato; di recente, ad esempio, per rafforzare la partecipazione procedimentale)⁵⁹. Viene da chiedere se la crisi della legge – che incide sul ruolo della pubblica amministrazione – sia irreversibile⁶⁰ e se non sia possibile dare maggiore chiarezza, stabilità e organicità alla disciplina dei procedimenti ambientali (benché – specie con riguardo alle misure precauzionali – non possa esservi una rigorosa tipizzazione)⁶¹. A questo potrebbe forse servire un rinnovato dialogo tra politica e dottrina⁶².

5. *Modificare la Costituzione?*

Altra questione è se l’obiettivo di una maggiore sistematicità di cui al paragrafo precedente debba essere conseguito a partire da una modifica della “legge fondamentale”. Si tratta di capire se le formule impiegate in Costituzione siano adeguate alle esigenze dei tempi. La tutela dell’ambiente è anche, forse soprattutto, frutto della feconda opera (della dottrina e) della giurisprudenza costituzionale, che ha saputo offrire dell’art. 9 Cost. una creativa interpretazione (come noto, prima del 2001 la parola “ambiente” non figurava in Costituzione; si leggeva di “urbanistica” quale materia di competenza anche regionale nel vecchio art. 117, comma I, Cost.).

Di sicuro, il modo di concepire il rapporto tra uomo e ambiente si è modificato nel corso della seconda metà del Novecento: non è un caso se – in armonia con alcune importanti dichiarazioni a livello internazionale – le costituzioni scritte dagli anni Settanta in poi (a partire da quelle di Portogallo, Spagna e Grecia) tutelano espressamente l’ambiente (riconoscendo specifici diritti ovvero concependo la salvaguardia ambientale come dovere). Altre costituzioni, che *ab origine* non prevedevano disposizioni esplicitamente dedicate alla tutela dell’ambiente, sono state appositamente modificate (Francia, Svizzera, Belgio e – da ultimo, non senza polemiche – Germania). In tutte le più recenti costituzioni si rinvergono norme di tal fatta, anche se non sempre questo corrisponde ad una attenzione maggiore per le questioni ambientali. Una menzione a parte meritano le previsioni della nuova Costituzione dell’Ecuador, che – nel tentativo di valo-

⁵⁹ Cfr. E. FREDIANI, *Valutazione di impatto ambientale e diritti partecipativi: una parabola ascendente*, in *forumcostituzionale.it*, 23 settembre 2018, 3 s., che valuta con favore le modifiche del 2017.

⁶⁰ Cfr. L. CONTI, *Lineamenti di diritto dell’ambiente*, Roma, 2017, 74 ss.

⁶¹ F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Milano, 2005, 154.

⁶² Cfr. part. N. LUGARESÌ (*Diritto dell’ambiente*, Padova, 2015, 59 s.) che, per un verso, auspica «una vera e propria codificazione del diritto dell’ambiente»; per altro verso, contesta che il d.lgs. n. 152 del 2006 possa dirsi un “codice” o anche solo un “testo unico”, definendolo «sostanzialmente la somma di più decreti legislativi settoriali».

rizzare la cultura indigena – sembrano tutelare la natura come soggetto di diritto (ascrivendo alla stessa situazioni giuridiche soggettive)⁶³.

In Italia, invece, la Costituzione non è stata modificata per ampliare il catalogo dei diritti o sostituire – all'art. 9 – la formula scelta dai costituenti con altra forse più vicina alla sensibilità (e al linguaggio) contemporaneo. A partire dagli anni Ottanta sono state presentate proposte di revisione non solo dell'art. 9, ma anche degli artt. 24 (relativamente alla tutela in giudizio degli interessi diffusi) e 32 (per prevedere un espresso riferimento alla salubrità degli ambienti di vita e di lavoro)⁶⁴.

Se si pone il problema della possibilità di una modifica, va ribadito che il riferimento ai principi fondamentali, quali limiti alla revisione costituzionale, non è da intendersi in modo formalistico ai soli primi 12 articoli né soltanto alla prima parte della Costituzione (del resto, alcune piccole modifiche della prima parte si sono già avute). Anche l'art. 9 può quindi essere modificato per meglio esprimere l'esigenza di salvaguardare l'ambiente, nel pieno rispetto dei «valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana» (Corte cost., sent. n. 1146 del 1988, p. 2.1 del *cons. dir.*).

Quanto alla necessità della revisione, si tratta di valutazioni squisitamente politiche. Ogni Costituzione vive attraverso le interpretazioni che di essa vengono date: su questo punto la dottrina dell'*original meaning*⁶⁵ e quella della Costituzione-processo⁶⁶ singolarmente convergono. Leggere la parola “paesaggio” come sinonimo di “ambiente” non è una forzatura del testo e sembra che un simile sforzo ermeneutico e altri analoghi (si pensi alla costruzione giurisprudenziale del diritto ad un ambiente salubre) siano in consonanza con l'evoluzione della società, con la cultura della comunità civile e gli interessi emergenti dal contesto sociale⁶⁷ (tanto che si è sostenuto lo Stato possa trovare nella “sfera

⁶³ Si v. part. Cost. Ecuador, artt. 66 e 71 ss. All'art. 71, comma I, si legge: «*La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos*». Forte è la garanzia dei diritti di partecipazione ambientale, di cui si legge agli artt. 395 ss. Al riguardo v. F. PALACIO ROMEO, *Nuevo Constitucionalismo Participativo en Latinoamérica. Una propuesta frente a la crisis del Behemot occidental*, Pamplona, 2012, 74 ss.

⁶⁴ Per approfondimenti, v. N. GRECO, *op. cit.*, 407.

⁶⁵ A. SCALIA, *A Matter of Interpretation*, Princeton, 2018, part. 37 ss.

⁶⁶ P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, trad. it. a cura di J. Luther, Roma, 2001, 31 ss.

⁶⁷ Su questo punto è largo il consenso; scrive P. GROSSI (*L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, 120), il quale pure non discuterebbe di interpretazioni *creative*, che la tutela dell'ambiente è «il frutto dapprima di pròvvide intuizioni del legislatore ordinario e, successivamente, di un martellare decisivo della Corte [...] Se questo diritto fondamentale – oggi, forse, il più avvertito nel disastro ecologico al quale stiamo assistendo – appartiene in modo indiscusso al presidio della persona, lo si deve al disseppellimento della dimensione costituzionale sommersa effettuato congiuntamente dalle forze sopra menzionate».

ambientale” una nuova legittimazione)⁶⁸. Ad ogni modo, si può anche pensare ad una modifica dell’art. 9, se questa può servire a rafforzare, nelle generazioni a venire, la consapevolezza del compito che la Costituzione assegna al riguardo alla Repubblica; ma bisogna intendersi sul modo in cui l’ambiente – oggetto di tutela in funzione della garanzia delle condizioni ottimali di vita per l’uomo – debba essere concepito e bilanciato con altri valori di rilievo costituzionale.

6. *Tutelare l’ambiente in modo ragionevole, congruo ed accurato*

Si è fin qui proposta una concezione dinamica (non statica) e prescrittiva (non meramente descrittiva) di ambiente: la tutela ambientale è un valore costituzionale.

Valore è l’interesse cui (nel nostro caso, entro una certa comunità politica) si riconosce speciale importanza, pregio, dignità; ed i principi costituzionali sono nient’altro che i valori nella misura in cui questi assumono una veste giuridica⁶⁹. Come tali, i principi costituzionali sono diritto positivo, rappresentano anzi il fondamento dell’universo giuridico cui nella democrazia contemporanea il potere, tutto e senza eccezioni, deve essere vincolato. I principi qualificano, limitano e orientano il potere.

Pertanto l’esercizio del potere deve essere ragionevole: cioè (calibrato sulla realtà fattuale) esso deve sacrificare il meno possibile, tra i principi coinvolti, quello che – senza accettare alcuna gerarchia in astratto – risulti in concreto recessivo. L’esigenza di un esercizio ragionevole delle pubbliche funzioni si radica nel dovere – che vale per ciascuno e *a fortiori* per chi ricopre una carica pubblica – di essere fedeli alla Repubblica⁷⁰.

Della predetta esigenza sono paradigmatico esempio le sentenze della Corte costituzionale connesse alle note e complicate vicende della acciaieria ILVA di Taranto. «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione» – si legge nella sentenza n. 85 del 2013 – «si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...] Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme,

⁶⁸ Secondo S. GRASSI (*Problemi di diritto costituzionale dell’ambiente*, Milano, 2012, 39), «dopo la questione nazionale e quella sociale, lo Stato può trovare nell’ecologia una nuova fonte di legittimazione, dato che la natura appare come il bene collettivo per eccellenza».

⁶⁹ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 9.

⁷⁰ In tal senso, v. L. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., part. 365 ss. e 387 ss.

espressione della dignità della persona» (p. 9 del *cons. dir.*). In quel caso la normativa posta alla attenzione della Corte venne ritenuta – per ragioni che è superfluo ricordare in dettaglio – idonea a realizzare un ragionevole bilanciamento tra i diritti fondamentali coinvolti: la salute (art. 32), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e il lavoro (art. 4), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali (e il dovere per il pubblico potere di spiegare ogni sforzo in tal senso). Viceversa, nella sentenza n. 58 del 2018 la Corte ha ritenuto altra normativa, sempre relativa alla attività d'impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale, irragionevole per non avere «tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita» (p. 3.2 del *cons. dir.*)⁷¹.

La Costituzione non solo richiede che le scelte del pubblico potere siano ragionevoli, ma anche che siano “onorevoli”, nel senso di “congrue” rispetto al ruolo ricoperto dall'organo nel quadro istituzionale. Di nuovo esemplare è in proposito la sentenza n. 85 del 2013, che autorevole dottrina ha descritto come risolutiva di «un conflitto tra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità», riconoscendone il cuore nella esigenza di chiarire «quale sia il confine fra compiti degli organi politici e compiti dei giudici, quando si tratti di apprezzare gli effetti futuri di un'attività di per sé lecita, i rischi che vi possono essere collegati e l'equilibrio fra rischi e vantaggi. Apprezzamento tipicamente discrezionale, che non vuol dire privo di ogni limite e incontrollabile, ma che non può essere demandato in ultimo alla discrezionalità dei giudici senza alterare l'equilibrio tra i poteri»⁷².

A questo deve aggiungersi il dovere per ciascun organo pubblico di esercitare con disciplina, e quindi con accuratezza, verità, competenza (secondo le conoscenze effettivamente disponibili), le proprie funzioni⁷³. Questo dovere – unitamente a quello di agire in modo congruo al ruolo, a parer nostro fondato nell'art. 54, comma II, Cost. – ha speciale rilievo con riferimento alla tutela dell'ambiente (spesso infatti le acquisizioni scientifiche non sono tenute in adeguato conto, soprattutto dagli organi politici).

Si è dunque sostenuto che le scelte del pubblico potere in fatto di ambiente

⁷¹ Di recente la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Cordella e altri c. Italia*, ha condannato il nostro Paese per violazione degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata) e 13 (diritto ad un ricorso effettivo) per avere omesso di proteggere i cittadini di Taranto dalle conseguenze drammatiche dell'elevato inquinamento causato dall'attività dell'ILVA.

⁷² V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *rivistaaic.it*, 3/2013, 3.

⁷³ Quando è in gioco la salvaguardia dell'ambiente è particolarmente avvertita l'esigenza di un esercizio delle pubbliche funzioni in linea con le conoscenze scientifiche (faticosamente) acquisite: v. M.C. TALLACHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in AA.VV., *Ambiente e diritto*, I, a cura di S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio, Firenze, 1999, 94.

devono essere ragionevoli, congrue e accurate. Su questo – in termini generalissimi – è (si spera) facile convenire. Malgrado ciò l’affermazione ospita un paradosso che non si può tacere. Ne discuteremo in relazione alla necessità di scelte pubbliche ragionevoli, ma il discorso potrebbe ripetersi (con alcuni aggiustamenti) quanto ai doveri di esercitare le funzioni con disciplina e onore (atteso che anche la congruità al ruolo e l’accuratezza dell’attività realizzata dagli organi pubblici è suscettibile di confliggenti interpretazioni). Le scelte pubbliche devono essere ragionevoli, mettere in equilibrio i valori coinvolti. Ipotizziamo vi sia accordo in proposito; non ne consegue che ve ne sia anche su quali siano questi valori (in altre parole, su come i principi e – se si vuole – i diritti e i doveri debbano essere intesi).

L’ambiente – quale valore – non fa eccezione. Pertanto non solo può essere difficile bilanciarlo con altri valori di rilievo costituzionale (come pure gli ultimi sviluppi del dibattito politico – dalla TAV agli incentivi per le auto elettriche – dimostrano); ma può anche essere problematico definire il modo con il quale si ritiene esso debba essere realizzato, attraverso l’esercizio delle funzioni pubbliche, in relazione alle circostanze di fatto (le quali possono determinare persino una antinomia reale del valore ambiente... con se stesso)⁷⁴.

Di recente si è discusso di ingiustizie ambientali realizzatesi per il tramite di interventi volti alla tutela dell’ambiente. Mentre il pianeta è in corso di desertificazione dall’equatore in su, i ghiacci ai poli si stanno sciogliendo, e rapidamente (come dovrebbe essere a tutti ormai noto). In Alaska, nel tentativo di salvaguardare la fauna (e in particolare gli orsi polari a rischio di estinzione) sono state istituite delle zone riservate e delle “*no disturbance zone*”. Il provvedimento, che ha interessato una porzione delle coste settentrionali di questo Stato, è stato molto discusso. Ha impedito alle imprese petrolchimiche di operare in quei luoghi. Tuttavia si è rilevato come abbia anche imposto costi elevati per le popolazioni autoctone, i cui villaggi erano ricompresi in quelle aree⁷⁵. Non pochi appartenenti alle minoranze interessate dal provvedimento, da secoli integrate virtuosamente con l’ambiente circostante, sono stati costretti ad abbandonarlo. La controversia giudiziaria che ne è sorta in conclusione non ha scalfito il provvedimento (nel maggio 2017 la Corte suprema si è rifiutata di prendere in esame la questione). Probabilmente gli interessi degli indigeni avrebbero potuto essere soddisfatti e la conformazione del territorio – figlia di una antica interazione tra queste popolazioni e la natura – salvaguardata, senza alcun *vulnus* per la protezione della fauna artica.

⁷⁴ Questi sono i casi “più gravi” di antinomie nelle quali un giurista possa imbattersi e non si può che cercare, ove altre soluzioni non siano praticabili, di «limitare al massimo i “danni” costituzionali» (cfr. A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2009, 55).

⁷⁵ S.E. MACKIE, *Bearing the Burden: Environmental Injustice in the Protection of the Polar Bear (Alaska Oil and Gas Ass’n v. Jewell, 9th Cir., 2016)*, in *Harvard Environmental Law Review*, 2/2018, 556 ss.

Questo caso consente di illuminare il paradosso di cui sopra: cosa intendiamo per tutela del paesaggio? Siamo sicuri che pronunciando le stesse parole concepiamo la stessa cosa? In vero, non esiste accordo su come declinare tale valore. La teoria giuridica dell'*environmental justice*, elaborata da Lazarus nel 1993, lo mostra chiaramente e conduce ad osservare come possano esservi delle scelte del pubblico potere che da un canto sono davvero volte alla tutela dell'ambiente, ma che dall'altro finiscono per alterarlo e danneggiarlo⁷⁶.

Non si tratta semplicemente della possibilità che esistano diversi modi di tutelare l'ambiente a livello politico (il che è scontato, poiché ogni costituzione democratica deve intendersi aperta a forme plurime di invero, anzitutto sul piano legislativo); il contenuto del principio non è meno controverso in sede di *legis executio*. È un atto d'onestà intellettuale riconoscere che l'interpretazione del diritto – specie quando si discute di valori/principi, diritti fondamentali e doveri inderogabili – è influenzata dalla concezione della vita e della politica dell'interprete. Per esigenze retoriche ogni interpretazione si presenta come oggettiva, ma non lo è. Questo pone un problema, molto noto, e di recente riformulato da quella dottrina che ha ritenuto di riscontrare negli ordinamenti *common law-based* un rapporto inversamente proporzionale tra interventismo giudiziario e tutela dei diritti (specialmente dei diritti sociali)⁷⁷. Laddove le corti spingono i parlamenti e i governi ad assumersi la loro responsabilità, senza sostituirsi agli stessi, le garanzie – si sostiene – sono più forti. Le difficoltà insite nella interpretazione dei principi, e per quanto qui interessa della tutela dell'ambiente quale principio, conducono ad interrogarsi sul ruolo che le «istituzioni del quotidiano»⁷⁸ (amministrazione e giurisdizione) e i tribunali costituzionali giocano (devono giocare) quanto alla tutela dei cc.dd. “diritti sociali”.

7. *Una interpretazione dell'art. 9, comma II, Cost.: laddove cresce la disuguaglianza, minore è la tutela dell'ambiente*

Tra le possibili interpretazioni dell'art. 9, comma II, Cost. pare mantenga inalterata attualità quella che lo ricollega all'art. 3, comma II, Cost. Come ha scritto Predieri, «l'art. 9, comma II, Cost. costituisce un'applicazione del principio posto dall'art. 3, comma II, Cost.»⁷⁹. Non basta, però, ripetere ormai risalenti

⁷⁶ R.J. LAZARUS, *Pursuing Environmental Justice: the Distributional Effects of Environmental Protection*, in *Northwestern University Law Review*, 87/1993, 792 ss.

⁷⁷ M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, 2009, 79 ss.

⁷⁸ Per riprendere l'espressione di recente usata da U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Bologna, 2014, 61.

⁷⁹ A. PREDIERI, *op. cit.*, 34.

teorie, occorre (provare a) spiegare quale sia *oggi* il modo di intendere la connessione tra art. 9 e art. 3. Per comprendere a fondo quest'ultimo, occorre tenere presenti tre modelli di struttura politica, economica e sociale: due per rifiutarli (quello autocratico e quello plutocratico), uno per realizzarlo (quello democratico). Le istituzioni pubbliche sono chiamate a porre in essere attività idonee a consentire a tutti il pieno svolgimento della propria personalità e l'effettiva partecipazione alla organizzazione sociale, economica e politica del Paese: cioè a trasformare la società, l'economia, la politica secondo l'ideale democratico.

Senza una seria attività di programmazione economica (o, come un tempo si diceva, di pianificazione⁸⁰) il mercato non può essere effettivamente partecipato e non può o stenta a conciliarsi con la democrazia. Questa attività non è nemica della concorrenza, ma ad essa necessaria (non è sinonimo di "dirigismo paternalistico"): oggi, più di ieri, si rende indispensabile conferire alle politiche pubbliche un orizzonte di lungo periodo.

Un mercato nel quale si creano oligopoli e monopoli⁸¹ implica disegualianze economiche – che si traducono in disegualianze culturali e politiche (in abuso del territorio e sordità delle istituzioni agli interessi correlati alla protezione dell'ambiente) – difficilmente compatibili o addirittura incompatibili con la democrazia. La Costituzione riconosce il valore del *libero* mercato, ma rifiuta l'idea che le dinamiche della produzione e dello sviluppo economico possano sacrificare per il profitto di pochi la vita e la salute (non dei molti, come verrebbe forse da pensare... ma) di uno solo. La tutela dell'ambiente può aversi solo laddove esiste una attività statale volta a contrastare le disegualianze inaccettabili (in questo senso, la libertà del mercato non presuppone che esso sia autoreferenziale ed incontrollato; piuttosto richiede l'intervento pubblico nella sfera economica, ovviamente nel rispetto dei diritti della persona riconosciuti e garantiti in Costituzione: sulla qualificazione del mercato come "libero" ci si deve quindi intendere).

La programmazione comporta una seria politica di redistribuzione della ricchezza⁸². È la legge lo strumento mediante il quale determinare i limiti della

⁸⁰ Scriveva G. DOSSETTI (*Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, in *Iustitia*, 5/1952, 246): «L'intervento statale non solo non è operante, ma è addirittura controoperante, se è fatto al di fuori di un piano che abbracci, per un certo periodo di tempo, quelli che debbono essere l'azione dello Stato e il compito storico concreto che si specifica per un determinato periodo. La parola "piano" non deve spaventare».

⁸¹ I «poteri enormi, incontrollati, irresponsabili, non strutturati democraticamente delle imprese colossali» su cui criticamente rifletteva A. PREDIERI (*Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 242).

⁸² Anche la distribuzione del carico fiscale richiede un orizzonte di lungo periodo: si sostiene che aumentare le imposte per i "super-redditi" porti chi li percepisce a spostarsi fuori dall'Italia e quindi finisca per nuocere alla economia. Per evitarlo non contrastiamo le disegualianze, non rendiamo effettivamente libero il mercato e addossiamo la maggior parte del carico fiscale sul ceto

proprietà privata allo scopo di assicurarne la funzione sociale (art. 42, comma II, Cost.); spetta agli organi politici l'individuazione di tali limiti. Tuttavia la Costituzione, per quanto adesso interessa, ne fissa già uno (di limite, quindi di scopo) all'art. 9, comma II⁸³. Lo stesso deve dirsi per l'iniziativa economica (pubblica e) privata, ai sensi dell'art. 41, comma III, Cost. Quest'ultimo espressamente rinvia alla legge per la determinazione di programmi e controlli opportuni affinché tale iniziativa sia indirizzata e coordinata a fini sociali; ma è «da escludere che il legislatore sia in grado di qualificare arbitrariamente e far passare ogni suo fine come fine sociale»⁸⁴. Oggi si avverte «l'esigenza di diritti-volontà più discreti, meno insolenti di quelli ai quali ci siamo abituati, in tutti i casi in cui l'esercizio di tali diritti implica alterazione e usura delle risorse naturali»⁸⁵. L'attività di regolazione e controllo «svolge una funzione di garanzia del corretto esercizio dell'autonomia negoziale, della quale costituisce [...] peculiare estrinsecazione o potenziamento. La stessa scienza economica pone in evidenza che, in assenza di adeguati controlli e correttivi, le distorsioni della concorrenza e le imperfezioni del mercato possono determinare il fallimento»⁸⁶.

In breve, l'attualità del nesso tra art. 3, comma II, e art. 9, comma II, risiede nel rapporto direttamente proporzionale che si ritiene sussista tra crescita della diseguaglianza e crescita dell'inquinamento/cattiva gestione del territorio. Servirebbe una attività coraggiosa di programmazione, nel lungo periodo, da parte degli organi politici e una scrupolosa di esecuzione/attuazione e controllo da parte della amministrazione e della giurisdizione (anche costituzionale) – in un orizzonte di leale collaborazione tra organi politici e organi di garanzia. Sul piano politico, urge in particolare una pianificazione “verde” delle città, giacché «è probabile che alla metà del XXI secolo circa il 70% della crescente popolazione mondiale vivrà nelle città»; di qui «l'importanza della pianificazione per meglio integrare la natura negli spazi urbani»⁸⁷.

medio. Come ricorda R. PATEL (*Il valore delle cose e le illusioni del capitalismo*, trad. it. a cura di A. Oliveri, Milano, 2018, 119), «nel 1942 il presidente Franklin D. Roosevelt poté invocare una “supertassa” del 100 per cento sui redditi superiori a 110.000 dollari (equivalenti a 1,4 milioni di dollari del 2007) e il Congresso poté accordarsi su una soluzione di compromesso, che consisteva in un'imposta del 94 per cento su tutti i redditi superiori a 200.000 dollari (2,5 milioni di dollari odierni), senza perdere il consenso dell'opinione pubblica. Da queste politiche scaturì una molteplicità di diritti».

⁸³ A. PREDIERI, *op. ult. cit.*, 43.

⁸⁴ R. DE STEFANO, *Libertà privata e potere pubblico nell'art. 41 della Costituzione*, in AA.VV., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969, 186.

⁸⁵ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 139 s.

⁸⁶ M. PENNASILICO, *Contratto, ambiente e giustizia dello scambio nell'officina dell'interprete*, in *Pol. dir.*, 1/2018, 6 s., ma v. anche 27 sul c.d. “contratto ecologico” (nel quale «l'interesse ambientale penetra e colora la causa del contratto [...] al punto che il paradigma del contratto ecologico potrebbe atteggiarsi a protezione di terzi indeterminati. Qualificazione questa, fondata sul principio di solidarietà costituzionale»).

⁸⁷ Così S. MOSLEY, *Storia globale dell'ambiente*, trad. it. a cura di T. Petrucciani, Bologna, 2010, 170.

Perché tuttavia le istituzioni si orientino in una simile direzione, è necessario che a livello sociale la tutela dell'ambiente sia percepita come una priorità. Si potrebbe affermare, con Galeotti, che gli strumenti della solidarietà pubblica (indotta dall'intervento del pubblico potere) devono trovare il loro sostegno in una società plasmata dalla "solidarietà fraterna", «consapevoli che la sorte di ciascuno è legata a quella di tutti, e cioè al "tutto" [...] della formazione sociale, della comunità nel suo insieme»⁸⁸. L'effettiva partecipazione alla organizzazione sociale deve essere favorita attraverso una attività di promozione della cultura e – com'è caratteristico della democrazia – della libertà della cultura⁸⁹. Affinché questo succeda e le politiche di programmazione possano avere successo, è fondamentale che le informazioni in materia di ambiente siano accessibili e diffuse. Come anche di recente si è osservato sul piano filosofico-politico, «the value of having a choice is undermined when one is uninformed about the nature of the alternatives, or when conditions make it unlikely that one will consider certain valuable alternatives or take them seriously»⁹⁰. In proposito, costituisce un importante punto di riferimento la Convenzione di Aarhus (1998), cui si ispira la normativa interna più garantista rispetto alla generale disciplina del diritto d'accesso (art. 3-*sexies*, d.lgs. n. 152 del 2006 e d.lgs. n. 195 del 2005, attuativo della direttiva 2003/4/CE).

Detto altrimenti, la tutela dei fondamentali interessi coinvolti (dalla salvaguardia della vita e della salute alle esigenze produttive e di gestione del territorio) non può essere rimessa semplicemente allo Stato, ma richiede sinergia tra istituzioni e società civile, pubblico e privato. La tutela dell'ambiente è, infatti, un valore costituzionale (e una priorità politica) nella misura in cui come tale venga percepita nella sfera pubblica, entro la quale le questioni di interesse collettivo sono dibattute criticamente; la sua effettività dipende anzitutto dalla cultura della comunità civile e, in non trascurabile misura, dallo spontaneo dispiegarsi delle dinamiche economiche di *libero* mercato (nell'ottica costituzionale «non è vero che libertà economica e solidarietà siano valori tra loro incompatibili e che la molla individualistica dell'una precluda e sterilizzi la spinta altruistica propria della solidarietà»)⁹¹. Come sempre, esiste anche (e non va dimenticato) il rischio di un abuso del pubblico potere interveniente nella sfera economica (che all'estremo conduce alla deriva statalista e autocratica): conviene dunque ricordare come la Costituzione esiga la limitazione del potere in ogni forma in cui si manifesti, cioè «di *tutti i poteri*, pubblici e privati, sempre potenzialmente pericolosi per gli interessi dei cittadini»⁹².

⁸⁸ S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, 4; sulla "solidarietà fraterna" spec. 11 ss.

⁸⁹ Sia sufficiente rinviare a E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella costituzione italiana*, Napoli, 1961, part. 21 ss.

⁹⁰ T.M. SCANLON, *Why Does Inequality Matter?*, New York, 2017, 62.

⁹¹ S. GALEOTTI, *op. cit.*, 22.

⁹² L. D'ANDREA, *Pubblico e privato nella prospettiva del principio di sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Amministrazione pubbliche e forme privatistiche*, a cura di F. Gigliotti, Napoli, 2017, 161.

8. *La tutela attraverso il mercato: il controverso caso del c.d. "emission trading"*

Alla luce di quanto da ultimo osservato, l'amministrazione dell'ambiente non può ridursi (e non si riduce) al solo "command and control". Già negli anni Novanta si sottolineava come fosse necessario favorire sistemi di «responsabilizzazione tra tutti i soggetti coinvolti in materia ambientale» e la «integrazione tra sfera pubblica e sfera privata nella gestione delle politiche ambientali»⁹³. L'amministrazione dell'ambiente implica anche l'utilizzo di strumenti di tutela attraverso il mercato. Consentire di superare le asimmetrie informative e disseminare informazioni, secondo quanto si è già detto, è anche un modo per orientare le scelte economiche. Un'altra possibilità (oltre ai classici incentivi) è offerta dalla *green public procurement*, attraverso la quale l'amministrazione favorisce, in occasione delle gare d'appalto, i soggetti privati che soddisfino alcuni *standard* di rispetto dell'ambiente.

Si deve notare, però, conclusivamente, come alcune forme di tutela attraverso il mercato siano piuttosto controverse. Il riferimento è al mercato dei cc.dd. "certificati bianchi". Si tratta di titoli di efficienza energetica rilasciati a grandi distributori di energia elettrica e gas per avere predisposto progetti per l'uso efficiente della energia presso gli utenti finali. Un certificato corrisponde al risparmio di una tonnellata equivalente di petrolio. Le istituzioni pubbliche stabiliscono che ciascun distributore deve presentare un certo numero di certificati ogni anno. Ciò nondimeno, i soggetti obbligati possono assolvere alla prescrizione e consegnare il numero di certificati bianchi corrispondenti agli obiettivi minimi annuali acquistando i titoli di efficienza energetica da altri soggetti (c.d. "make or buy") ed evitando di incorrere nelle sanzioni pecuniarie previste.

Questo conduce a considerare più in generale la pratica dell'*emission trading*, che gode di notevoli consensi nell'Unione europea come negli Stati Uniti e a livello internazionale. È accettabile, nella prospettiva costituzionale, consentire ad un imprenditore di pagare per continuare ad inquinare (piuttosto che adeguarsi alle normative previste per tutelare l'ambiente)? Anche se in ipotesi questo non incidesse su quella che potremmo definire la misura dell'inquinamento complessivo, ci sono delle argomentazioni forti contro il mercato dell'inquinamento, non solo sul piano filosofico, ma anche costituzionale: questa pratica sembra corrompere il significato sociale della norma che fissa i limiti massimi di emissione (o la soglia minima di risparmio energetico), dà un prezzo alla salvaguardia dell'ambiente, agli interessi fondamentali che alla stessa si ricollegano (vita e salute delle persone); crea disuguaglianze, perché consente solo a chi può permetterselo di continuare a tenere il comportamento nocivo per l'ambiente⁹⁴.

⁹³ A. MORRONE, *Razionalizzazione della normativa in materia ambientale*, in *Riv. giur. ambiente*, 5/1995, 744 s.

⁹⁴ M. SANDEL, *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, trad. it. a cura di C. Del Bò, Milano, 2017, spec. 78.

9. Conclusioni: la responsabilità politica dello Stato nel contesto globale

La concezione della vita e della politica dell'interprete influisce sul modo di intendere il diritto (costituzionale). Pertanto si è chiarito preliminarmente di ritenere: errata l'idea di una separazione ontologica tra uomo e natura, perché l'uomo appartiene alla natura; fondamentale questo assunto per comprendere l'importanza delle problematiche ambientali; incoerente la scarsa attenzione per l'ambiente da parte di chi si definisce "liberale" per via delle stesse premesse teoriche del liberalismo (anche nella sue versioni "liberiste").

Si è tentato di offrire *una* definizione di ambiente dinamica, prescrittiva e tale da sottolineare la portata transepolare degli interessi coinvolti; sottolineata la necessità di una disciplina più chiara del riparto delle competenze e dei procedimenti ambientali (e l'importanza della sistematizzazione ad opera della dottrina); sostenuto che l'attività amministrativa di programmazione dovrebbe essere caratterizzata da un ruolo più incisivo dello Stato; ritenuta possibile (ma non necessaria) la modifica dell'art. 9 Cost.

L'ambiente dovrebbe per Costituzione essere tutelato in modo ragionevole, congruo e disciplinato da ciascun organo pubblico; ma nel dir così non viene meno il disaccordo su come intendere tale tutela, in sede di *legis latio* e di *legis executio*. A parer nostro, laddove cresce la diseguaglianza vengono meno le condizioni oggettive per la salvaguardia dell'ambiente. Quest'ultima rientra dunque tra gli scopi delle attività che lo Stato democratico è chiamato a svolgere nella sfera economica per rendere il mercato effettivamente libero e partecipato. La tutela attraverso il mercato è da riguardare con favore a condizione che non svilisca il significato di norme dettate per proteggere in ultima analisi la vita e la salute delle persone e non crei (ulteriori) diseguaglianze. Proprio in considerazione di ciò, si deve rilevare come la principale responsabilità politica per la tutela dell'ambiente nel contesto globale rimanga dello Stato.

I più importanti problemi ambientali – lo si è visto – hanno indubbiamente una portata globale (inquinamento atmosferico e delle acque, surriscaldamento). E sembra vero che «non esistono soluzioni locali a problemi globali»⁹⁵. Senza l'impegno della comunità internazionale nel suo complesso – per quanta fiducia possa aversi nel famoso "effetto farfalla" – non è plausibile attendersi quei cambiamenti che sembrano necessari per garantire le condizioni di una vita degna sul nostro pianeta⁹⁶.

⁹⁵ Z. BAUMAN, *La società sotto assedio*, trad. it. a cura di S. Minucci, Roma-Bari, 2006, XXVII.

⁹⁶ Nel Vecchio Continente, un ruolo di non secondario rilievo è stato svolto – in tema di salvaguardia dell'ambiente – anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che in non rare occasioni ha spinto gli Stati ad assumersi le loro responsabilità: al riguardo v. part. A. RANDAZZO, *Ambiente e tutela sovranazionale: il contributo della Corte di Strasburgo*, in AA.VV., *Tutela dell'ambiente e principio "chi inquina paga"*, a cura di G. Moschella, A.M. Citrigno, Milano, 2014, 328.

Che questo equivalga ad una perdita di centralità dello Stato sembra tuttavia piuttosto dubbio. Si è già accennato che negli ultimi decenni gli accordi internazionali in tema di ambiente (quasi mai tradotti in atti di *hard law*)⁹⁷, sono stati posti nel nulla dalla mancata, tardiva o ritirata adesione di alcuni Stati. Tali decisioni sono realisticamente orientate anche dalla volontà influente di centri di potere economico di natura privata, ma questa attività di *lobbying* continua ad essere esercitata sensatamente nei confronti degli Stati (una multinazionale può spostare le proprie sedi e i propri capitali, ma deve pur svolgere la propria attività secondo questo o quel diritto statale: di qui il c.d. “mercato delle leggi”)⁹⁸. Come osservato da Sabino Cassese, «uno dei più diffusi errori è quello di ritenere che, con lo sviluppo della globalizzazione, gli Stati perdano importanza e siano destinati a scomparire. Invece, mai come con la globalizzazione gli Stati sono divenuti stabili e hanno ampliato la loro azione»⁹⁹. Senza richiamare lo Stato, ciascuno Stato, alle proprie responsabilità non c'è speranza di progresso sul piano delle politiche ambientali.

Quanto all'Europa, si potrebbe obiettare che l'art. 4 TFUE include l'ambiente tra le materie di potestà concorrente. Più incisivi si fanno gli interventi normativi a livello sovranazionale, più si riduce lo spazio di manovra per il singolo Stato. A ben vedere, però, gli Stati sono ancora oggi i protagonisti anche della politica sovranazionale e l'Unione europea deve considerarsi non come un elemento di debolezza, ma di forza dello Stato. Attraverso la cooperazione tra gli Stati membri, l'esigenza di tutelare l'ambiente può essere posta con maggior vigore nel contesto internazionale¹⁰⁰. Finora – va aggiunto – l'Unione ha esercitato la competenza attribuitale dagli Stati membri in modo incisivo¹⁰¹ ma generalmente mite¹⁰². E non potrebbe essere altrimenti, visto che specifiche esigenze, correlate alle peculiari caratteristiche dei territori, possono essere adeguatamente prese in considerazione soltanto a livello statale.

⁹⁷ Con ciò non si vuole dimenticare il rilievo degli atti di *soft law*, sulla efficacia di questi ultimi non è possibile intrattenersi, ma va ricordato come costituiscano di frequente la base per futuri accordi di natura vincolante: v. L. PISANESCHI, *La Conferenza di Rio 2012: dallo Zero Draft a The Future We Want. Rio+20 o vent'anni trascorsi inutilmente?*, in *Riv. giur. ambiente*, 2012, 795 ss.

⁹⁸ G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico: teoria, applicazioni e limiti*, Bologna, 2009, 168 ss.

⁹⁹ S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, 2014, 576.

¹⁰⁰ All'art. 191 TFUE si legge che la politica dell'Unione in materia ambientale contribuisce, tra l'altro, alla «promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici».

¹⁰¹ Osserva G. AMATO (*Dobbiamo qualcosa all'Europa? Il caso dell'ambiente*, in *Il Mulino*, 5/2018, 823): «Una grandissima parte delle discipline nazionali in materia ambientale è di derivazione europea e dà quindi corpo a istituti e principi creati in sede europea. Si tratta, per noi come per gli altri, di circa l'80% del totale».

¹⁰² Il che non ha, però, risparmiato all'Italia alcune condanne: cfr. A. GUAZZAROTTI, *Court of Justice's Rulings Against Italy Relating to Infringements of EU Environmental Law in Italy*, a cura di G. Di Cosimo, Aja, 2013, 59 ss.

L'enfasi sulla natura globale dei problemi ambientali (che pure, vale la pena di ripetere, è innegabile) non deve significare per il singolo Stato un'abdicazione alle proprie responsabilità.

Abstract

The Environmental Protection in the Italian Constitution

by Antonio Ignazio Arena

This essay concerns the environmental protection in the Italian Constitution. Still today environmental problems are often neglected at the institutional level and the awareness of the link between democracy and "protection of nature" is not full. The main environmental problems have a global dimension, but this can not mean the absence of individual states' responsibility. The environmental policies and the principle of substantive equality are strictly connected: the greater the inequality, the lower the protection of the environment.

Parole chiave: Tutela dell'ambiente, Costituzione, eguaglianza sostanziale, diseguaglianza, libero mercato.

Key words: Environmental protection, Italian Constitution, substantive equality, inequality, free market.

Hanno collaborato a questo numero:

Fabrizio Fracchia

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi “Luigi Bocconi” di Milano.

Angela Cassia Costaldello

Professora de Direito Administrativo e Urbanístico do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Giuseppe Martinico

Professore associato di Diritto pubblico comparato, Istituto DIRPOLIS, Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa.

Costanza Margiotta

Professore associato di Filosofia del diritto, Dipartimento di scienze politiche, giuridiche e studi internazionali, Università degli Studi di Padova.

Susanna Quadri

Professore associato di Diritto internazionale, Università degli Studi di Napoli “Parthenope”.

Pasquale Pantalone

Ricercatore universitario a tempo determinato (R.t.d. “a”) di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano “La statale”.

Antonio Ignazio Arena

Dottore di Ricerca, Università degli studi di Messina.

Matteo Monti

Dottorando di Ricerca in Individual Person and Legal Protections, Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa.

João Pedro Ruppert Krubniki

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal. Pesquisador-bolsista pela CAPES/PROEX.

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI GIUGNO 2019
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI