

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXIX – Nuova serie  
N.2/2020 (maggio-agosto)

## INDICE

### **DOTTRINA**

ROBERTA LOMBARDI

*I miei incontri letterari con Umberto Eco. Ovvero: riflessioni a margine sulla  
ricerca scientifica e il metodo* 295

FABRIZIO LUCIANI

*Considerazioni sui rapporti tra invalidità dell'aggiudicazione ed efficacia del  
contratto pubblico* 305

ALBERTO ZITO

*Diritti sociali e principio dell'equilibrio di bilancio: le dinamiche di un  
rapporto "complicato" nel prisma delle decisioni giudiziali* 331

MARCO RAGUSA

*Cannabis e terapia del dolore. Un singolare caso di limitazione del diritto  
alla cura* 347

VINICIO BRIGANTE	<i>Efficient governance and spending constraints in public holding companies of Campania Region. Notes from two strategic sectors</i>	379
ANNA LAZZARO	<i>Pubblica amministrazione e processi di sviluppo sostenibile: la nuova sfida dell'economia circolare</i>	405
GIOVANNA MASTRODONATO	<i>Diritto alimentare e ambiente. Prospettive del diritto alimentare tra le sfide della globalizzazione e del Covid-19</i>	433
CLARA NAPOLITANO	<i>Un "terzo paesaggio" per le periferie: abbandono, rammendo, pianificazione</i>	499
SVEVA BOCCHINI	<i>L'interesse alla salvaguardia ambientale. Profili critici sulla "statalizzazione" della riparazione del danno ambientale</i>	525
NICCOLÒ MARIA D'ALESSANDRO	<i>Il caso dello spoils system nelle società a partecipazione pubblica: profili critici in punto di riparto di giurisdizione</i>	563
RICCARDO D'ERCOLE	<i>Poste Italiane: tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica</i>	589
MARIO DI PIAZZA	<i>L'autorganizzazione dell'Assemblea Regionale Siciliana tra norma e diritto vivente</i>	617
ANTONIO MITROTTI	<i>Dal "caffè sospeso" alla "economia sospesa": una lettura giuspubblicistica (tra solidarietà e sussidiarietà)</i>	661

## RECENSIONI

ALESSANDRO DI MARTINO	<i>Recensione a M. D'Alberti, Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale, Bologna, 2019</i>	687
-----------------------	---	-----

*Dottrina*



# I miei incontri letterari con Umberto Eco. Ovvero: riflessioni a margine sulla ricerca scientifica e il metodo

di Roberta Lombardi

Credo che il senso di questa storia,  
non dissonante con gli altri discorsi  
di questo mio libro,  
è che l'avventura della ricerca  
è misteriosa, appassionante e riserva molte sorprese.  
In essa non un individuo,  
ma tutta una cultura entra in gioco,  
e talora le idee viaggiano da sole,  
migrano scompaiono e riappaiono,  
ed accade loro, come accade alle barzellette,  
che migliorano via via che qualcuno le riracconta<sup>1</sup>.

SOMMARIO: 1. L'incontro con Eco, docente accademico, nelle pagine di "raccomandazioni" agli studenti. – 2. L'incontro con Eco nelle pagine del *Nome della Rosa*. Eco, un "giurista inconsapevole"?

## 1. *L'incontro con Eco, docente accademico, nelle pagine di "raccomandazioni" agli studenti*

Nella vita ciascuno di noi tesse una trama di incontri, alcuni dei quali effimeri e labili, altri profondi e decisivi.

Al secondo tipo appartiene il mio incontro con il Maestro<sup>2</sup> Umberto Eco: non una conoscenza diretta come possono vantare, a differenza mia, alcuni alessandrini, ma solo *per tabulas* – per usare un'espressione cara ai giuristi – cioè avvenuta per il tramite di alcune sue opere significative (narrative e non), che hanno segnato il periodo della mia formazione di studentessa liceale, prima, ed universitaria, poi.

L'intento di queste poche pagine è tuttavia di soffermarsi principalmente

---

<sup>1</sup> U. Eco, *Come si fa una tesi di laurea. Le materie umanistiche*, La nave di Teseo, Milano, 2017, p. 19.

<sup>2</sup> Nel vocabolario accademico normalmente vige un uso ristretto e convenzionale dell'appellativo di Maestro, attribuibile in ragione degli allievi portati alle cattedre o alle altre distinzioni accademiche. Vi è tuttavia un significato più pregnante e, per così dire, vero del nome di Maestro che rende l'idea della universalità e atemporalità del suo insegnamento, tutte le volte in cui possiamo riconoscersi come suoi allievi non solamente quanti ne ascoltarono le lezioni e ne ebbero una frequenza personale assidua, ma tutti coloro che, in ambito di ricerca scientifica, lo conobbero e ne appresero gli insegnamenti attraverso lo studio e la lettura delle sue opere.

sulla considerazione del saggio “*Come si fa una tesi di laurea. Le materie umanistiche*” – in quanto strettamente attinente alla mia esperienza di docente universitario – per dar corso ad alcune riflessioni sull’*alchimia* della ricerca e sull’*umiltà scientifica*<sup>3</sup> di cui deve necessariamente ammantarsi chi intenda intraprendere un percorso accademico, nel segno della pari dignità culturale del contesto universitario.

Fin dai primi anni di docenza ho sempre consigliato la lettura del testo ai miei studenti, ritenendo fondamentale la sua conoscenza soprattutto per chi, alle prime armi, si accinga al lavoro di ricerca e scrittura scientifica, necessitando di un’adeguata *disposizione d’animo e di un metodo ragionevole da seguire*<sup>4</sup>.

Il testo raccoglie una serie di regole e consigli per capire innanzitutto come organizzare e strutturare la tesi (di laurea o di dottorato), fin dalle sue prime e decisive fasi iniziali relative alla scelta dell’argomento e alla reperibilità e ricerca delle fonti, per poi soffermarsi sulle regole che presiedono alla più complessa e successiva attività di organizzazione del lavoro: la stesura dell’indice come ipotesi di definizione d’ambito del tema – non sempre chiara al suo autore, almeno nelle fasi iniziali – nonché l’utilissimo lavoro di schedatura e glossatura delle fonti utilizzate, per arrivare a possedere uno schedario *completo e unificato*<sup>5</sup> che, a lavoro ultimato, potrà mettere il laureando nelle condizioni di valutare quali idee sviluppare o tralasciare e verso quali obiettivi finali indirizzare il proprio lavoro. Naturalmente il “breviario” indirizzato a chi aspira alla carriera di ricercatore o, anche più semplicemente, a onorare la chiusura del proprio ciclo di studi con una tesi degna del nome, non può tralasciare l’illustrazione di alcune fondamentali regole che attengono alla fase di stesura della tesi. Che in fondo è la parte più delicata e significativa, trattandosi della comunicazione al mondo esterno dei risultati scientifici raggiunti con il proprio studio.

Senza doversi soffermare ora sul senso che si dà al termine “scientifico” in Università, vorrei qui solo precisare che le regole illustrate da Eco sull’utilizzo di un adeguato registro stilistico e sul grado di chiarezza da dare al lavoro, dipendono da alcune variabili che tengono conto dei destinatari (*il relatore, gli studiosi che avranno occasione di consultarla, il vasto pubblico di non specializzati*)<sup>6</sup> a cui è diretta, ma soprattutto e principalmente delle capacità espositive e dello stile letterario del suo autore.

E in questo senso il libro si volge principalmente a chi, non più avvezzo all’uso della penna dopo una carriera universitaria quadriennale o quinquennale (come ad esempio nel caso della laurea magistrale in Giurisprudenza), essenzial-

<sup>3</sup> La quale «non è una virtù per deboli, ma al contrario, una virtù delle persone orgogliose» secondo, U. Eco, *Come si fa una tesi di laurea*, cit., p. 38.

<sup>4</sup> U. Eco, *Come si fa una tesi di laurea*, cit., *Introduzione*, p. 11.

<sup>5</sup> U. Eco, *op. ult. cit.* cui si rinvia in particolare al cap. IV, relativo al *Piano di lavoro e schedatura*, p. 155 ss.

<sup>6</sup> U. Eco, *op. ult. cit.* p. 201.

mente incentrata su prove orali, necessita proprio di quei consigli utili a salire i gradini che recano al Parnaso senza troppi inciampi. Con una raccomandazione, prima fra tutte: *il linguaggio della tesi è un metalinguaggio*, è cioè un linguaggio che parla di altri linguaggi, nel quale occorre rispettare le regole del discorso critico comprensibile a tutti<sup>7</sup>. E la scientificità del lavoro impone ovviamente che tutto ciò che si afferma nel proprio elaborato (sia esso a carattere compilativo o di ricerca<sup>8</sup>), trovi le proprie basi nelle fonti e negli autori consultati, attraverso il sistema delle citazioni e delle note a piè di pagina. Fondamentali, in tal senso, il piano ricettario stilato da Umberto Eco su come e quando citare<sup>9</sup> e il decalogo sulla funzione delle note, sia come mezzo *per pagare i debiti*<sup>10</sup>, sia come opportunità stilistica e argomentativa per correggere, ampliare, aggiungere temi discussi nel testo.

Tutto ciò permette di precisare meglio il concetto di “scientificità” del lavoro, il quale per le tesi umanistiche, non pretende di *procedere per formule e diagrammi*, né tanto meno di *usare logaritmi o provette*<sup>11</sup>, ma semplicemente significa documentare in modo pubblico e controllabile l'ipotesi sostenuta, fornire le prove sulle quali si basano le argomentazioni a cui si è pervenuti, in modo che altri possano ripercorrere quella esperienza di studio, per continuare a cercare, per confermare o eventualmente mettere in questione i risultati ottenuti.

«Il bello del procedimento scientifico è che esso non fa mai perdere tempo agli altri: anche lavorare sulla scia di un'ipotesi scientifica per scoprire poi che bisogna confutarla, significa avere fatto qualcosa di utile sotto l'impulso di una proposta precedente»<sup>12</sup>. Ogni ricercatore è una particella che contribuisce al processo universale della conoscenza, fornendo con il proprio lavoro scientifico un tassello su cui ancorare lo sviluppo della conoscenza altrui. *È difficile muoversi sul vuoto e intuire un discorso* ab initio<sup>13</sup>, bisogna trovare dei punti di appoggio, e «[a]nche se si è dei geni, e specie se si è dei geni, non ci si umilia mai partendo da un altro autore»<sup>14</sup>.

Personalmente sono propensa a confermare la battuta sul genio – attribuita ora a Edison, ora a Picasso, ora a Flaubert o Hemingway – secondo cui è in minima parte ispirazione e in massima parte sudore.

<sup>7</sup> U. Eco, *op. ult. cit.* p. 207.

<sup>8</sup> Sul punto di grande utilità le osservazioni contenute nel capitolo II relativo alla *Scelta dell'argomento* e alle classificazioni tra tesi monografica-tesi panoramica, tesi storica-tesi teorica, tesi scientifica-tesi politica in Eco, *op. ult. cit.* p. 31 ss.

<sup>9</sup> Cfr. in particolare il § V.3. *Come e quando si cita: dieci regole*, in U. Eco, *op. ult. cit.* p. 215 ss.

<sup>10</sup> Cfr. in particolare, U. Eco, *op. ult. cit.*, p. 232 in cui l'Autore precisa che è norma di correttezza scientifica (*pagare un debito*, appunto) citare un libro da cui si è tratta una frase, o un autore di cui si è impiegata un'idea o avvertire in nota che una serie di idee originali non avrebbe potuto nascere senza gli stimoli ricevuti dalla lettura di un determinato testo.

<sup>11</sup> U. Eco, *Come si fa una tesi di laurea*, cit., pp. 55 e 62.

<sup>12</sup> U. Eco, *op. ult. cit.*, p. 61.

<sup>13</sup> U. Eco, *op. ult. cit.*, p. 39.

<sup>14</sup> U. Eco, *op. ult. cit.*, p. 39.

Preciserei sudore in quanto studio, curiosità, capacità di mantenere occhi e intelletto aperti su ciò che ci ha preceduto e su ciò che si appresta ad accadere. L'aforisma *nos esse quasi nanos gigantium humeris insidentes*, attribuito al filosofo medioevale Bernardo di Chartres, secondo cui i moderni, pur essendo dei “nani” al cospetto degli autori antichi, appoggiandosi ai loro predecessori, possono vedere più lontano, solo perché diventano “nani sulle spalle dei giganti”, chiarisce bene come, nel lavoro di ricerca, non si debba mai procedere in solitudine.

Una tesi non può essere concepita a casa propria, nell'isolamento della propria stanza, nonostante il progresso tecnologico ci permetta di rintracciare ed avere a disposizione i testi collocati anche nelle biblioteche dall'altra parte del globo. La ricerca scientifica è soprattutto confronto, condivisione, dialogo e contatto con altri studiosi, con quegli stessi saperi con cui intendiamo misurarci e far progredire, per quanto ci è consentito, il processo di conoscenza.

Così, anche il metodo di indagine, non può essere inventato o costruito *ex novo*. La tecnica di organizzazione del lavoro e di capacità critica di analisi dei problemi necessita di essere appresa, oltre che dalla conoscenza di libri come quello in commento, dal confronto diretto e personale con chi abbia più esperienza e pratica sul campo di questa complessa quanto affascinante attività.

Così «se si è un nano intelligente, è meglio salire sulle spalle di qualche gigante, anche se di altezza modesta; o di un altro nano. C'è sempre tempo in seguito per procedere da soli»<sup>15</sup>.

Un insegnamento fondamentale che Eco ci ha lasciato nella sua veste di professore universitario è che se si vuole fare ricerca non bisogna temere il confronto, né disprezzare nessuna fonte, per principio, perché chiunque può insegnarci qualcosa<sup>16</sup>. Questo è il significato di *umiltà scientifica* che sempre traspare tra le righe del volume, quale presupposto indefettibile di ogni approccio di studio accademico.

Ritengo che la lettura del saggio, al di là dei singoli consigli pratici su come diventare ed essere “ricercatori”, nel senso più vero del termine (e sia pure limitatamente alla vicenda della redazione di una tesi di laurea), sia comunque importante per infondere quei sentimenti di stabilità e sicurezza, inevitabilmente latitanti nella prima esperienza di elaborazione e stesura di un testo a carattere scientifico.

Una sorta di carta nautica per colui che, dovendo solcare i mari sconosciuti

<sup>15</sup> U. ECO, *op. ult. cit.* p. 40.

<sup>16</sup> U. ECO, *op. ult. cit.* p. 199, il quale nell'affermare tale convinzione, prende spunto dalla sua esperienza di laureando, che incappato, per più di un anno in uno scoglio interpretativo apparentemente insolubile, riesce a trovare una ipotesi risolutiva alle sue argomentazioni grazie alla lettura di un minore dell'Ottocento (un certo abate Vallet, autore de *L'idée du Beau dans la philosophie de saint Thomas d'Aquin*, Louvain 1887) che gli fornisce una chiave interpretativa sulla teoria del giudizio in connessione a quella della bellezza in San Tommaso d'Aquino.

e insidiosi dell'attività di ricerca, si trovi, suo malgrado, a vivere quella condizione psicologica magistralmente ritratta da Caspar David Friedrich nel celebre dipinto ottocentesco del «Viandante sul mare di nebbia»<sup>17</sup>. Una nebbia in fondo non molto diversa da quella in cui si aggira quel ragazzo fantasioso dal nome Baudolino in quel tratto di «Mesopotamia» circoscritto tra la Bormida e il Tanaro, alla ricerca del fatidico liocorno<sup>18</sup> (e su cui mi prometto di tornare a breve, dissertando su diritto ed utopia).

Ma è bene rilevare, per onestà intellettuale, che i benefici della lettura del saggio non si evidenziano solo a favore del laureando alla ricerca di un orientamento. Ritengo infatti che gli effetti vantaggiosi siano non meno importanti per il relatore, sol perché, quando si trovi al cospetto di *quell'oggetto fisico, prescritto dalla legge e composto di una certa quantità di pagine dattiloscritte*<sup>19</sup> non corra il rischio di piombare – come talvolta e troppo spesso accade – *in uno stato di doloroso stupore*<sup>20</sup>. In effetti, come sottolinea l'Autore, scrivere una tesi è un esercizio di comunicazione che presume l'esistenza di un pubblico e «il relatore è l'unico campione di pubblico competente di cui dispone lo studente durante il corso del proprio lavoro»<sup>21</sup>. La sua prima cavia per verificare, dai sobbalzi sulla sedia o da altri tipi di reazione, se il lavoro presuma di essere letto e consultato da altri, anche da chi non sia direttamente versato in quella disciplina, dal momento che la regola prevede che si scriva per l'umanità (e non per il relatore)<sup>22</sup>.

In realtà la lettura del volume restituisce molto più di tutto ciò. Dell'impressione cioè di un semplice prontuario per togliere dall'imbarazzo chi scrive e chi legge una tesi di laurea. Disvela un messaggio più profondo che viene maggiormente esplicitato nelle pagine conclusive del saggio: vivere l'occasione della tesi per recuperare *il senso positivo e progressivo dello studio*, del gusto di fare le proprie scoperte, di acquisire la *capacità critica (buona per la vita futura) a individuare problemi, ad affrontarli con metodo, a esporli secondo tecniche di comunicazione*<sup>23</sup>.

Il valore della tesi di laurea (o di dottorato) si riscontra, al di là e oltre il conseguimento dei risultati ottenuti sotto il profilo scientifico, nell'addestramento che impone e nell'adesione alla scuola di rigore che pretende<sup>24</sup>. Se vissuta, con lo spirito positivo di una *sfida agonistica*<sup>25</sup>, vale come *meccanismo di attivazione del*

<sup>17</sup> Il riferimento è alla tela del pittore romantico Caspar David Friedrich, realizzato nel 1818 e conservato alla Hamburger Kunststalle di Amburgo.

<sup>18</sup> Il richiamo è ovviamente al romanzo *Baudolino*, Bompiani, 2000.

<sup>19</sup> U. ECO, *Come si fa una tesi di laurea*, cit., p. 15.

<sup>20</sup> U. ECO, *op. ult. cit.* p. 15.

<sup>21</sup> U. ECO, *op. ult. cit.*, p. 202.

<sup>22</sup> U. ECO, *op. ult. cit.*, p. 204.

<sup>23</sup> U. ECO, *op. ult. cit.*, p. 299 s. nonché nella *Introduzione*, p. 15.

<sup>24</sup> U. ECO, *Come si fa una tesi di laurea*, cit. p. 63.

<sup>25</sup> Come precisa U. ECO, *op. ult. cit.*, p. 300 quello tipico della «soddisfazione enigmistica a trovare, dopo aver molto riflettuto, la soluzione di un problema che sembrava insolubile».

*metabolismo intellettuale*, come moto irrinunciabile alla ricerca, ad una vocazione che, stagnante sotto le nebbie della Fraschetta come un fantasma inconsistente<sup>26</sup>, si delinea in questa prima esperienza come qualcosa di reale e a cui è difficile rinunciare nell'avvenire.

## 2. *L' incontro con Eco nelle pagine del Nome della Rosa. Eco, un "giurista inconsapevole"?*

Nella mia esperienza di ricerca, ormai non breve, l'incontro con le pagine narrative dei romanzi di Umberto Eco è sempre risultato illuminante.

Attratta dal fascino del suo primo romanzo, *Il nome della rosa* che ebbi l'occasione di "divorare" in prima lettura, quando ancora, in giovane età, i destini di studiosa delle scienze giuridiche non erano ancora delineati neppure a livello di intenzione, sentii il desiderio di ritornare su quel romanzo molto tempo dopo, per immergermi nello spirito investigativo del suo protagonista, con una consapevolezza diversa: quella di chi aveva maturato ormai una certa abitudine, per gli studi intrapresi, a indagare i fatti della vita alla stregua di vicende giuridiche<sup>27</sup>.

Come echi lontani riecheggiavano, infatti, nei miei ricordi di lettrice, sensazioni di condivisione di quel "metodo" utilizzato da Guglielmo da Baskerville nell'avvicinamento alla conoscenza, che forse gli studi di epistemologia giuridica e le prime esperienze di ricerca scientifica avevano contribuito a rendermi più familiare.

Centrale nella epistemologia giuridica è, infatti, la definizione del concetto di scienza come continuo processo conoscitivo, alimentato dal dubbio, sorretto dalla curiosità della scoperta, ma pur sempre incentivata dal raggiungimento di un'utilità pratica (della promozione e diffusione del benessere dell'umanità)<sup>28</sup>.

L'analisi giuridica ha sempre un fine pratico, nel senso di volere interpretare i fenomeni sociali nella loro concretezza, alla luce degli *standards* specifici rappresentati dalle norme. In questa prospettiva non assume valore la disposizione giuridica in sé, come elemento astrattamente considerato, ma diventano rilevanti determinate norme giuridiche, in relazione ai propri contenuti interpretativi<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Il riferimento è meramente letterario e allude alle opere in cui Umberto Eco evoca la nebbia come componente essenziali del paesaggio alessandrino, molto presente nella descrizione dei contesti di ambientamento del romanzo *Baudolino*, cit.

<sup>27</sup> Sull'insieme delle operazioni scientifiche svolte dalla dogmatica giuridica, *ex multis*, si rinvia al contributo di P. COMANDUCCI, *Conoscere il diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, p. 419.

<sup>28</sup> In tal senso P. PERLINGERI, *Ricerca, metodologia, valutazione*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2018, p. 1.

<sup>29</sup> Nella riflessione avviata sul metodo scientifico dagli studiosi dell'area disciplinare del diritto amministrativo cui la sottoscritta afferisce, fondamentale il contributo di A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli 'altri saperi'*, in *Diritto pubblico*, 2003, p. 865 ss., cui si è particolarmente debitori per le considerazioni effettuate nella ricostruzione del pensiero gadmeriano. Di grande

In particolare nella riflessione ermeneutica avviata da Gadamer, viene individuata l'importanza della "pre-comprensione", secondo cui qualsiasi ordine di ricerca o di riflessione è innanzitutto *'interpretazione di segni'*, di elementi, di testi e l'interpretazione a sua volta è una operazione condizionata dall'approccio dell'interprete, dai suoi interessi e dalla sua disponibilità<sup>30</sup>. In questa prospettiva «il giurista coglie il senso della legge in base al caso specifico dato e in vista di questo caso»<sup>31</sup>. L'accostamento al concetto di 'verità' delineato nel romanzo e racchiuso nella celeberrima frase *stat rosa pristina nomine nomina nuda tenemus*, che ne rappresenta il suo epilogo, è intuitivo. Riprendendo uno dei temi classici della filosofia medioevale che contrapponeva, sulla "questione degli universali", le tesi dei realisti a quella dei nominalisti, Eco, attraverso l'atteggiamento deduttivo di Guglielmo da Baskerville, sembra propendere verso questa scuola di pensiero, secondo cui le singole cose non condividono essenze comuni, universali, ma sono accomunate soltanto dai concetti mediante i quali noi le descriviamo. La rosa originaria sta solo nel nome, perché i nomi delle essenze sono nudi e non rimandano ad alcun essenza reale. La verità esiste solo soggettivamente o logicamente nel pensiero dell'individuo, per come viene interpretata.

Analogamente Gadamer, trattando della 'pre-comprensione', pur non volendo fondare una vera e propria concezione soggettivistica delle scienze umane, evidenziava la necessità di considerare il punto di vista dell'interprete come fattore per superare la prospettiva storicistica che basava l'interpretazione dei testi nella ricerca del loro significato originario, in quanto 'unico', 'vero', 'autentico'.

Spostando il piano delle riflessioni ad un livello più generale, nella contrapposizione tra l'atteggiamento aperto alla letteratura, alla filosofia e alla scienza di Guglielmo di Baskerville, e la propensione alla fissità dell'ideologia e al fanatismo religioso di Jorge da Burgos<sup>32</sup>, si ritrova – per chi intenda utilizzare le lenti del giurista – tutta la tensione tra due modi differenti di conoscere il diritto. Quello

---

rilevato inoltre gli scritti di A. ROMANO TASSONE, *Pluralità di metodo ed unità della giurisprudenza*, in *Dir. Amm.* 1998, p. 651 ss., nonché dello stesso Autore, *Scienze giuridiche e realtà*, in *Quaderni IPE*, Napoli, 1997, p. 255 ss.; *Su diritto e utopia: le "utopie imperfette" del giurista*, in AA.VV. (a cura di), *I poteri e i diritti: incontri sulla frontiera*, Napoli, 2011, p. 19 ss. Per una ricostruzione efficace del suo pensiero cfr. R. FERRARA, *Il "metodo giuridico" negli scritti di Antonio Romano Tassone: il diritto fra regole e regole*, in *Dir. Amm.*, 2014, p. 525 ss. In un fecondo rapporto dialettico con i primi cfr. inoltre L. BENVENUTI, *Metodo giuridico, autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, p. 661, ss. e *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. Amm.*, 2002, p. 11 ss.

<sup>30</sup> In tal senso A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli 'altri saperi'*, cit., p. 866.

<sup>31</sup> H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 1983. Per un approfondimento sulla riflessione giuridica di Gadamer, cfr., fra gli altri, G. ZACARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1984.

<sup>32</sup> Cfr. in tal senso le osservazioni di A. PROVERA, *Il nome della cosa. Riflessioni sulla giustizia nell'opera di Umberto Eco*, in G.L. FERRARIS, S. MARTINOTTI, G. RATTI (a cura di), *Sulle spalle di Umberto*, Alessandria, Edizioni dell'orso, 2019, p. 667 s.

di una concezione che ne accosta la conoscenza alla ricerca di un metodo connotato da una accesa fattualità<sup>33</sup>, ossia da un'interpretazione attenta alle vicende umane che affiorano e precipitano nella specificità dei contesti in cui le leggi nascono e vivono; e quello di una dottrina che ne contrappone viceversa il mito della sua purezza, sensibile al fascino dell'idea esegetica della codificazione, protesa a bloccare il tempo, a porsi come regola astratta, razionale, universale, caratterizzata dall'intima pretesa di porsi oltre la storia e alla geografia<sup>34</sup>.

Guglielmo adotta come proprio *habitus* investigativo quello del giurista-interprete attento nei confronti del mondo e dei suoi particolari<sup>35</sup>, che abbandona «la tendenza a giudicare gli uomini secondo schemi preconcepiuti e stigmatizzanti, [e] giunge a comprendere completamente la ricchezza della vita di ciascun individuo e quindi anche a operare una valutazione precisa sulle responsabilità di chiunque incontri»<sup>36</sup>.

Anche nel diritto interpretare è sempre un fare i conti con qualcosa che ne esorbita necessariamente la soggettività solitaria e si colloca in una realtà esterna ad essa, i fatti, naturali, sociali, economici, nei quali è immersa l'esistenza quotidiana degli uomini<sup>37</sup>: è sempre – come insegna un autorevole Maestro del pensiero giuridico – «ricerca e reperimento – *invenzione* – magari sorretta da forte intuizioni e può spesso concretarsi anche in sviluppo e costruzione»<sup>38</sup>.

Verso il finale del romanzo, l'Abate, in preda a un trasporto mistico, mostra al giovane allievo Adso da Melk il suo prezioso anello costellato di pietre preziose, da cui nasce un' articolata disquisizione sui significati di ogni gemma. «Il linguaggio delle gemme è multiforme, ciascuna esprime più verità, a seconda del senso di lettura che si sceglie, a seconda del contesto in cui appaiono».

In questo episodio si racchiude il «senso del diritto come esperienza di problemi», che evita l'illusione di concepire l'ordine giuridico come un sistema pacificato, costituito da formule immutevoli quasi sempre superate dalla realtà<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> P. GROSSI, *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

<sup>34</sup> In tal senso P. GROSSI, *Della interpretazione come invenzione (la riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, in *Quaderni fiorentini*, 2018, p. 10, che parla di «letto di costrizione entro il quale il diritto è forzatamente immerso» con l'esperienza della codificazione, con la presunzione di disciplinare dettagliatamente un ampio territorio, con la pretesa della esclusività e con la proiezione verso un futuro senza fine.

<sup>35</sup> G. FORTI, *Introduzione*, in FORTI – MAZZUCATO – VISCONTI (a cura di), *Giustizia e letteratura – II*, cit., pp. IX ss.

<sup>36</sup> A. PROVERA, *Il nome della cosa. Riflessioni sulla giustizia nell'opera di Umberto Eco*, cit., p. 671.

<sup>37</sup> In questa concezione si ritrova forse anche la posizione di Eco, maturata più tardi nell'opera *Kant e l'ornitorinco*, La nave di Teseo, Milano, 2016 e più vicina alle posizioni del 'nuovo realismo' secondo cui le interpretazioni trovano spesso limiti ardui nel modo in cui il mondo è fatto e la società è organizzata.

<sup>38</sup> P. GROSSI, *Della interpretazione come invenzione (la riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, cit., p. 12.

<sup>39</sup> Si vedano le osservazioni di P. RESCIGNO, nella *Premessa al Manuale del diritto privato italiano*,

E se è vero che il giurista deve lavorare (*rectius*: interpretare) per la coerenza del sistema, deve essere altrettanto chiaro che, nella consapevolezza dei limiti intrinseci della poderosa architettura del diritto, essa va ricercata più come progetto da perseguire che come dato da presidiare.

Né pare un interrogativo disutile, – come dimostra Guglielmo interrogando sempre nel finale il suo allievo Adso, – il domandarsi «[E] chi decide quale sia il livello di interpretazione e quale il giusto contesto? Tu lo sai ragazzo, te l'hanno insegnato: è l'autorità, il commentatore tra tutti più sicuro e più investito di prestigio, e dunque di santità».

Questo ruolo, in passato «consegnato nel grembo di un legislatore arroccato nel suo Olimpo e avvolto da un robusto vestimento mitologico», oggi squarcia il velo delle narrative intessute dalla rigidità di una esclusiva tipicità, mettendo in gioco altri attori che sappiano mettersi a diretto contatto con la materialità dei rapporti sociali e delle relazioni di potere che le attraversano. Dottrina, giurisprudenza, pratici del diritto (notai, avvocati) tutti partecipano a questa opera di invenzione interpretativa: «svincolata dai secchi comandi che piovono dai detentori del potere, rivolge il suo sguardo con umiltà verso il basso dove corre continuo il cammino della storia, quella storia che non ha per protagonisti sovrani, guerre, sconfitte e vittorie, trattati internazionali (eventi sonori ma troppo spesso sovrastrutturali), bensì la commedia/tragedia dell'uomo comune e delle collettività, che si consuma ogni giorno dall'alba al tramonto e che è il forte ma invisibile tessuto della normale vicenda umana»<sup>40</sup>.

---

Napoli, 1982, p. XX. Esperienza giuridica indica, in altri termini, la storicità e la più sincera prossimità del diritto alla persona umana.

<sup>40</sup> In tal senso P. GROSSI, *op. ult. cit.*, p. 19.

### Abstract

Il contributo si propone di effettuare alcune considerazioni relative alla ricerca e al metodo nell'indagine giuridica. La prospettiva di analisi assunta dall'autrice è di carattere giusletterario e parte dalla considerazione del volume di Umberto Eco "*Come si fa una tesi di laurea. Le materie umanistiche*" per arrivare ad alcuni spunti ricostruttivi di matrice gadameriana sul "senso del diritto come esperienza di problemi", prendendo spunto da alcune pagine del famoso romanzo "Il nome della rosa".

My literary encounters with Umberto Eco.  
Side reflections on scientific research and method

by Roberta Lombardi

The paper aims to provide insights into the research and methodology used in legal investigations. Taking inspiration from Umberto Eco's book: *How to write a master thesis; the humanites (Come si fa una tesi di laurea. Le materie umanistiche)* and using a juridical/literal approach, the Author of this contribution offers some considerations, following the line of a Gadamerian matrix, over the 'meaning of law, as an experience of problems'. The contribution also owns some inspiration to the famous 'the name of the rose' (*Il nome della rosa*) book by U. Eco.

# Considerazioni sui rapporti tra invalidità dell'aggiudicazione ed efficacia del contratto pubblico

di Fabrizio Luciani

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il Codice del processo amministrativo e l'inefficacia del contratto: soluzioni interpretative a confronto. – 2.1. La tesi della nullità del contratto e della convalidabilità ex lege. – 3. Qualche dubbio sulla tesi della nullità convalidabile del contratto. – 3.1. Dal punto di vista processuale. – 3.2. Dalla prospettiva sostanziale. – 4. L'annullamento dell'aggiudicazione, gli effetti sul contratto e le regole di trasferibilità. – 4.1. Gli artt. 121 e 123 cod. proc. amm. – 4.2. Gli artt. 122, 124 e 125 cod. proc. amm. – 5. L'annullamento dell'aggiudicazione senza decisioni sul contratto. – 6. L'annullamento dell'aggiudicazione in autotutela e la sorte del contratto. – 7. Ipotesi sulla nullità dell'aggiudicazione e sulla sorte del contratto.

## 1. *Premessa*

Il tema dei rapporti tra disciplina pubblica e privata in materia di aggiudicazione, stipulazione ed esecuzione di contratti pubblici è comunemente risolto in base ad una distinzione cronologica e strutturale dell'azione che coinvolge e lega la pubblica amministrazione agli operatori economici.

Comunemente si dice che la disciplina amministrativa ed il suo tipico schema potere/interesse si esaurisce con l'atto di aggiudicazione che, diventato efficace, legittima le parti a sottoscrivere il contratto; la stipulazione del contratto segna invece il cambio di paradigma che introduce le parti contraenti nell'area privatistica dello scambio secondo il rapporto diritto/obbligo<sup>1</sup>.

Il formale superamento della soglia tra discipline giuridiche applicabili produce importanti conseguenze. Segnatamente, quanto alle possibilità e ai modi della revocabilità del rapporto che, dopo la sottoscrizione del contratto, è ammessa per inadempimento, sopravvenuta impossibilità o anche per ragioni di convenienza amministrativa, ma solo nelle forme della risoluzione e del recesso civilistico, senza esercizio di poteri autoritativi di autotutela; la qual cosa incide sulle regole del riparto tra giurisdizioni, essendo il giudice amministrativo competente alla soluzione delle controversie insorte nella procedura di scelta del contraente e sulle questioni relative alla formazione dell'atto di aggiudicazione e della sua efficacia, restando il giudice ordinario arbitro delle vicende riguardanti l'invalidità del contratto per vizi propri o la sua

---

<sup>1</sup> Questa linea di confine è sancita, tra l'altro, dall'art. 30, co. 8, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, secondo il quale «per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990 n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile».

esecuzione (art. 133, D.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, recante il Codice del processo amministrativo)<sup>2</sup>.

Resta tuttavia un'area intermedia in cui la distinzione tra disciplina pubblica e privata si fa meno netta perché i risultati del procedimento di aggiudicazione si saldano strettamente al contratto, venendo assimilati al suo contenuto, cosicché i poteri di intervento del giudice amministrativo che ha già annullato l'aggiudicazione si estendono, in via derivata, all'efficacia del contratto in esecuzione.

Si tratta di una questione tipica (la *sorte del contratto* stipulato a seguito di un'aggiudicazione illegittima, successivamente annullata dal giudice amministrativo) che ha costituito in passato un vero e proprio capo delle tempeste per la difficoltà di definire sul piano teorico i rapporti di condizionamento tra aggiudicazione e contratto e quindi le conseguenze derivanti sul secondo per effetto del venir meno della prima<sup>3</sup>; difficoltà teoriche non agevolate dalla diversità di vedute tra magistratura ordinaria ed amministrativa in relazione alla giurisdizione competente a valutare e a decidere tali conseguenze sul contratto<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Cass., Sez. un., ord. 10 gennaio 2019, n. 489; Cass., Sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23600.

<sup>3</sup> La prima tesi relativa alla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione è stata quella dell'annullabilità del contratto su domanda della sola amministrazione, essendo gli atti della procedura amministrativa mezzi integrativi della legittimazione dell'amministrazione a negoziare (Cass., 21 aprile 1983, n. 2741; Cons. Stato, VI, 1 febbraio 2002, n. 570). Un secondo orientamento faceva discendere dall'annullamento dell'aggiudicazione la nullità e l'originaria inefficacia del contratto già stipulato, per la mancata espressione del consenso da parte dell'amministrazione (Cons. Stato, V, 13 novembre 2002, n. 6281; T.A.R. Calabria, 26 novembre 2002, n. 2031; T.A.R. Campania, Napoli, 29 maggio 2002, n. 3177). Altre opzioni erano quella della automatica forza caducante sul contratto, senza necessità di una pronuncia successiva, neppure dichiarativa della nullità del contratto (Cons. Stato, VI, 5 maggio 2003, n. 2332; Id., V, 17 dicembre 2008, n. 6292), quella dell'inefficacia originaria del contratto, ma deducibile solo dalla parte che aveva ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione (Cons. Stato, IV, 27 ottobre 2003, n. 6666) e quella dell'inefficacia successiva del contratto, a tutela delle situazioni soggettive già consolidate in capo ai terzi fino alla domanda volta a far dichiarare l'inefficacia (Cons. Stato, V, 28 maggio 2004, n. 3465).

<sup>4</sup> Da una parte, la Corte di Cassazione riservava alla giurisdizione ordinaria la possibilità di pronunciarsi sull'invalidità o sull'inefficacia del contratto rimasto privo dell'aggiudicazione (tra le altre, Cass., Sez. un., 23 aprile 2008, n. 10443); dall'altra il Consiglio di Stato riteneva che nel giudizio di ottemperanza, promosso dall'interessato per l'esecuzione del giudicato di annullamento, il giudice amministrativo «può sindacare in modo pieno e completo (e soddisfacente per il ricorrente) l'attività posta in essere dall'amministrazione o anche il suo comportamento omissivo, adottando tutte le misure (...) necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza caso di violazione del giudicato o di inerzia dell'Amministrazione [tra le quali] vi è anche quella di disporre la sostituzione dell'aggiudicatario, quale 'reintegrazione in forma specifica' del soggetto che ha ottenuto la statuizione di annullamento (Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9)». Da ultimo, Cass., Sez. un., 10 febbraio 2010, n. 2906 ha preso definitivamente atto delle novità previste dal diritto europeo e ha riconosciuto che «la posizione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive a base delle sue domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto concluso dall'aggiudicatario, è da trattare unitariamente dal G.A. in sede di giurisdizione esclusiva».

Il tema è stato finalmente oggetto di un intervento chiarificatore del diritto europeo, il quale, per garantire certezza giuridica agli operatori del settore, ha imposto agli Stati membri di assicurare, in primo luogo che un contratto derivante da un provvedimento di aggiudicazione illegittimo fosse considerato privo di effetti (salvo le eccezioni connesse alla tutela dell'interesse generale) da un organo indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice; in secondo luogo che la materia dell'aggiudicazione degli appalti fosse oggetto di una disciplina conforme ai principi di concentrazione ed effettività della tutela nonché di ragionevole durata del processo<sup>5</sup>.

## *2. Il Codice del processo amministrativo e l'inefficacia del contratto: soluzioni interpretative a confronto*

La normativa europea è stata recepita dal legislatore nazionale che nel Codice del processo amministrativo ha attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che ha già annullato l'aggiudicazione, il potere di dichiarare (in base alla gravità del vizio di legittimità e soppesando il rapporto tra interessi generali alla conservazione o all'eliminazione del contratto) l'inefficacia totale o parziale del contratto, nonché l'eventuale subentro del ricorrente vittorioso in sede di legittimità come nuovo aggiudicatario e contraente; o in alternativa di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno per equivalente<sup>6</sup>.

Tra le difficoltà interpretative che queste norme (un po' ellittiche, invero) presentano, v'è innanzi tutto quella relativa alla natura e alla giustificazione dell'inefficacia del contratto (eventualmente) disposta dal giudice amministrativo; si tratta di stabilire, cioè, se tale inefficacia sia la conseguenza tipica della condizione di nullità del contratto (che diviene tale dopo l'annullamento dell'aggiudicazione) ovvero costituisca uno strumento atipico e slegato dai difetti intrinseci dell'atto, previsto dal legislatore con l'intento di disciplinare efficientemente i casi in esame attraverso speciali regole.

Per meglio precisare l'oggetto del presente scritto, si sottolinea che l'applicazione di questa disciplina sui rapporti tra aggiudicazione e contratto è strettamente condizionata al fatto che la giurisdizione esclusiva sul contratto consegua ad un giudizio di legittimità sull'aggiudicazione. L'art. 133, co. 1, lett. e), n. 1, cod.

---

<sup>5</sup> Cfr. Art. 1, co. 1, Dir. del Consiglio, 21 dicembre 1989 n. 89/665/CEE, come modificata dall'art. 1, Dir. del Parlamento e del Consiglio, 11 dicembre n. 2007/66/CE: «gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti (...) le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile (...) sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono».

<sup>6</sup> Artt. 121-125 e art. 133, co. 1, lett. e), n. 1, cod. proc. amm.

proc. amm., attribuisce espressamente al giudice amministrativo che ha annullato l'aggiudicazione la «estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto (...) e alle sanzioni alternative»; di tal che, la Corte di Cassazione riconosce al giudice ordinario il potere di pronunciarsi sull'efficacia del contratto pubblico e sul diritto di subentro dell'impresa che non abbia agito per l'annullamento dell'aggiudicazione, ma soltanto per la sua dichiarazione incidentale di invalidità<sup>7</sup>.

### 2.1. *La tesi della nullità del contratto e della convalidabilità ex lege*

Un consistente corpo di decisioni giurisprudenziali relative alle conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sulle sorti del contratto già stipulato consente alcune riflessioni sulla portata della normativa introdotta nel Codice del 2010 e di confrontare alcune fattispecie che talora tendono a sovrapporsi sul piano teorico e nell'applicazione pratica ma che dovrebbero essere trattate diversamente.

In particolare, l'occasione per questa riflessione più generale è offerta da alcune decisioni del giudice amministrativo nelle quali, dapprima si ricostruisce la situazione anteriore al 2010 e si richiamano le decisioni che all'annullamento dell'aggiudicazione collegavano la nullità del contratto e quindi la sua automatica inefficacia per mancanza dell'elemento causale; il fatto che si ritenesse necessario l'annullamento dell'aggiudicazione e non si ritenesse sufficiente il mero accertamento della sua invalidità (da parte del giudice amministrativo), valorizzava infatti il difetto della causa anziché la violazione di norme imperative, come motivo della nullità.

Nelle stesse decisioni, il giudice amministrativo ha ritenuto che, anche dopo il 2010, in base agli artt. 121 e 122 cod. proc. amm., la sorte del contratto sia ancora ricostruibile sul piano teorico, ricorrendo allo strumento civilistico della nullità, che però a differenza del passato – questa sarebbe la principale innovazione introdotta dal Codice del processo amministrativo in questa materia – non determinerebbe la caducazione automatica ed integrale del contratto ma sarebbe suscettibile di essere convalidata in alcuni casi, nelle forme e nei modi

---

<sup>7</sup> Cass., Sez. un., ord. 13 dicembre 2019 n. 32976, afferma che “nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva alla stipulazione del contratto, [sono anche] quelle derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa a monte e le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica o sussistenza di vizi che ne affliggono singoli atti, accertabili incidentalmente da detto giudice, al quale le parti possono rivolgersi senza necessità del previo annullamento da parte del giudice amministrativo”. In tali casi, infatti, non c'è esercizio di potere autoritativo e quindi un interesse legittimo del privato, bensì “la mera verifica, a carattere vincolato e su basi di parità del diritto soggettivo [dell'attore] al subentro nel contratto di appalto che assume invalidamente stipulato in favore della controparte”. Sul punto, cfr. anche, Cass., Sez. un., ordd. 31 luglio 2018 n. 20347 e 5 aprile 2012 n. 5446.

previsti dagli stessi artt. 121 e 122 cod. proc. amm.<sup>8</sup> Insomma, secondo questo orientamento giurisprudenziale, saremmo in presenza di un'ipotesi di nullità convalidabile *ex lege* e quindi le nuove regole introdotte dal Codice del processo amministrativo sarebbero norme anche di carattere sostanziale e non soltanto processuale. Si tratta di una ricostruzione che non convince fino in fondo; e non certo solo per il profilo della convalidabilità del contratto nullo.

Com'è noto, il codice civile dispone l'inefficacia dell'atto nullo (gli effetti primari, tipici, legali per quell'atto), prevedendo l'imprescrittibilità dell'azione di nullità (art. 1422 c.c.) e qualifica la nullità come una condizione di invalidità non convalidabile (art. 1423 c.c.). Queste regole generali sull'inefficacia originaria e sulla insanabilità dell'atto nullo ammettono, però, alcune importanti contro-regole che modificano in parte il disegno sopra indicato e che consentono all'atto nullo, benché gravemente viziato, di essere convalidato in certi casi o, in alternativa, in quanto atto giuridicamente rilevante, di produrre comunque alcuni effetti indiretti, talora irremovibili, che disattivano in parte l'imprescrittibilità dell'azione dichiarativa (la c.d. inefficacia dell'invalidità)<sup>9</sup>.

In primo luogo, lo stesso articolo 1423 c.c. consente al legislatore di prevedere specifiche ipotesi di recupero dell'atto nullo; in questa aspettativa positiva di convalida e di conversione, l'atto giuridico nullo (inefficace ma potenzialmente capace di effetti tipici) manifesta un primo tipico effetto indiretto<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Le sentenze descritte nel testo sono TAR Piemonte, II, 24 novembre 2014, n. 1906 e TAR Lazio, I-bis, 2 luglio 2018, n. 7272 (si tratta di pronunce isolate, invero, ma molto interessanti – soprattutto la prima – per l'approfondimento dei temi oggetto del presente scritto). In dottrina, attraverso ricostruzioni più articolate, si è affermato che «la inefficacia prevista dal legislatore sia una *inefficacia da contratto nullo* ancorché, per le ragioni che saranno esposte più avanti, si tratti di una *nullità speciale*»; con la successiva precisazione che «con l'entrata in vigore del nuovo decreto [D.lgs. 20.3.2010 n. 53], dalla disamina del complesso delle norme imperative che disciplinano il contratto sia desumibile anche la volontà del legislatore di tutelare l'ordine pubblico. In questa prospettiva, non saremmo in presenza di una nullità speciale per violazione di norma imperativa che determina la illegalità del contratto ma più precisamente di una *nullità speciale di disvalore per violazione dell'ordine pubblico che determina la illiceità del contratto*»: così V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010. Cfr. anche P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2011, secondo il quale «si potrà ipotizzare un'invalidità 'flessibile', declinata in termini di nullità nei casi di privazione totale degli effetti con pronuncia (anche officiosa) di natura dichiarativa (nullità speciale, non virtuale, ma nominata, per effetto delle norme dell'art. 121 c.p.a., e relativa, a legittimazione ristretta a chi abbia impugnato nei termini l'aggiudicazione, oppure abbia proposto azione risarcitoria autonoma nei 120 giorni di cui all'art. 30 c.p.a., potendo dimostrare che avrebbe avuto titolo alla gara o all'aggiudicazione); declinata in termini di annullabilità nei casi (artt. 121, comma 2, e 122) di privazione solo parziale o di mancata privazione degli effetti con pronuncia costitutiva su domanda di parte».

<sup>9</sup> A. DI MAJO, *La nullità*, in *Trattato di diritto privato* (diretto a M. Bessone), VII, *Il contratto in generale* (a cura di A. di Majo, G.B. Ferri, M. Franzoni), Torino, 2002, 123.

<sup>10</sup> In alcuni casi e a certe condizioni, il contratto nullo può essere convertito *ex art.* 1424 c.c.;

La seconda contro-regola è relativa ai casi in cui non sia prevista una recuperabilità *ex lege* e ciononostante gli effetti dell'atto nullo si producono per effetto della sua esecuzione eventualmente già intrapresa prima della dichiarazione giurisdizionale di nullità: di tali effetti indiretti, l'ordinamento talvolta opta per la conservazione (ad es. impedendo l'esercizio delle azioni restitutorie) altre volte per la rimozione, ripristinando la situazione di legalità<sup>11</sup>. Quando l'ordinamento decide di rimuovere gli effetti indiretti derivanti dall'esecuzione dell'atto nullo, emerge in tutta la sua evidenza la partizione puramente scolastica tra pronunce *dichiarative* dei giudici, rese nei giudizi di nullità dei contratti e pronunce *costitutive*, rese nei giudizi di annullamento<sup>12</sup>. In questi casi, infatti, «la pronuncia di nullità del negozio (...) ha efficacia retroattiva con caducazione fin dall'origine dell'atto e della modifica della situazione giuridica preesistente»<sup>13</sup>.

può essere sanato da una trascrizione tardiva della domanda per far dichiarare la nullità dell'atto (art. 2562 n. 6, c.c.); l'art. 2332, co. 1 c.c. stabilisce che – salvo i casi di mancata stipulazione dell'atto costitutivo in forma di atto pubblico, di illiceità dell'oggetto sociale o di assoluta mancanza nell'atto costitutivo delle indicazioni riguardanti la denominazione della società, i conferimenti o l'ammontare del capitale sociale o l'oggetto sociale – le cause di nullità del contratto di società sono sanate successivamente all'iscrizione della società nel registro delle imprese. In ogni caso, la nullità non può essere dichiarata quando la causa di essa è stata eliminata e di tale eliminazione sia stata data pubblicità con iscrizione nel registro delle imprese (co. 5); l'art. 2379 c.c. prevede che la delibera nulla per mancata convocazione, mancanza del verbale, impossibilità dell'oggetto resta ferma ove non sia impugnata da chiunque abbia interesse nel termine di tre anni dalla sua iscrizione o deposito nel registro delle imprese, ovvero dalla trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea; l'art. 2379-bis c.c. – espressamente titolato “*sanatoria della nullità*” – prevede la sanatoria della deliberazione nulla per mancata convocazione a seguito dell'espresso assenso dell'interessato allo svolgimento dell'assemblea. La stessa norma prevede anche la sanatoria della delibera nulla per la mancanza del verbale a seguito della verbalizzazione eseguita nella prima assemblea successiva; l'art. 2379-ter c.c. stabilisce che le delibere di aumento o riduzione di capitale, ovvero di emissioni di obbligazioni, che siano nulle per una delle cause indicate al predetto art. 2379 c.c., si conservano laddove non impugnatte nel termine di 180 giorni dalla sua iscrizione nel registro delle imprese; l'art. 2504-quater c.c. stabilisce che, dopo l'iscrizione dell'atto di fusione delle società nel registro delle imprese, non può più essere pronunciata l'invalidità della fusione e la causa di nullità si trasforma in un eventuale causa di risarcimento a favore dei soci o dei terzi danneggiati (analoga disposizione vale per la scissione, ai sensi dell'art. 2506-ter c.c.); l'art. 1339 costituisce un ulteriore rimedio *ex lege* alla nullità, laddove stabilisce che in presenza di singole clausole nulle, l'atto non ne resta condizionato quando tali clausole “sono sostituite di diritto da norme imperative”. In questi casi, l'atto, non solo non è inefficace nei suoi profili di nullità, ma è anzi il presupposto di significati giuridici imposti dal legislatore.

<sup>11</sup> A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, 186.

<sup>12</sup> «Una secolare tradizione dottrinale, l'opera dei pandettisti, esigenze classificatorie delle scuole, hanno indotto a separare nettamente le pronunce *dichiarative* dei giudici rese nei giudizi di nullità dei contratti, da quelle *costitutive*, rese nei giudizi di annullamento», A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano 2003, 375, secondo il quale «a differenza del negozio *inesistente*, il negozio nullo *esiste* nel mondo giuridico, onde, alla stregua del negozio annullabile, si porrà l'esigenza *della sua eliminazione*», 377.

<sup>13</sup> Cass., 13 aprile 2005, n. 7651. Come esempi di rimozione di effetti indiretti derivanti dall'esecuzione di atti nulli, si ricordano: la declaratoria di nullità del matrimonio che, compor-

Al primo degli schemi anzidetti, secondo la giurisprudenza sopra richiamata, sembrano ascrivibili gli artt. 121 e 122 cod. proc. amm.: caduta l'aggiudicazione, il contratto sarebbe nullo ma, laddove già eseguito, il legislatore prevederebbe un'eventuale e peculiare modalità di recupero, rimettendo al giudice la scelta se conservare o rimuovere in tutto o in parte gli effetti (indiretti) medio tempore prodotti.

### 3. *Qualche dubbio sulla tesi della nullità convalidabile del contratto*

La ricostruzione della convalidabilità legale del contratto pubblico nullo porta con sé alcune difficoltà applicative.

#### 3.1. *Dal punto di vista processuale*

Sul piano processuale, l'azione dichiarativa di nullità può essere, in generale, promossa da tutti coloro che hanno un interesse o dichiarata d'ufficio dal giudice *incidenter* in sedi processuali diverse. La nullità, come genere di invalidità particolarmente grave costituisce infatti uno strumento di garanzia per interessi deboli, sensibili o di particolare rilievo sociale ai quali l'ordinamento sottrae, per metterli al riparo da pressioni esterne, la disponibilità esclusiva dell'azione a loro tutela contro comportamenti nocivi.

Gli articoli 121 e 122 cod. proc. amm., s'è detto, stabiliscono che l'inefficacia del contratto è dichiarata dal "giudice che annulla l'aggiudicazione", cioè, solo nel caso in cui vi sia stato qualcuno che ha impugnato quel provvedimento, ne abbia ottenuto l'annullamento ed eventualmente abbia fatto anche richiesta di subentro nella nuova aggiudicazione e nel nuovo contratto<sup>14</sup>. Vero è, come afferma la giurisprudenza, che non occorre una specifica domanda di inefficacia proposta dal ricorrente (salvo il caso che costui voglia subentrare nel contratto), essendo quella dichiarazione l'esercizio di un potere officioso riconosciuto al giudice che deve valutare se conservare o rimuovere il contratto sulla base di parametri indicati dalla legge<sup>15</sup>; ma si esclude anche che il giudice amministrativo possa rilevare d'ufficio quella inefficacia sulla base di una sentenza meramente

---

tando l'integrale caducazione con effetto *ex tunc* dei provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 708 c.p.c., priva di titolo *ab origine* l'occupazione della casa familiare da parte del coniuge assegnatario in sede di separazione; l'art. 2332, co. 4, il quale dispone che la sentenza dichiarativa della nullità della società "nomina i liquidatori" per la rimozione delle attività compiute, che necessitano di un intervento restitutorio.

<sup>14</sup> In tal senso, tra gli altri, v. anche Cass., Sez. un., 22 marzo 2017 n. 7295; Cons. St, V, 1 ottobre 2015, n. 4585.

<sup>15</sup> Per tutti, Cons. Stato, V, 24 maggio 2017, n. 2445.

dichiarativa dell'illegittimità dell'aggiudicazione (in base all'art. 34, co. 3, cod. proc. amm.) e ciò sarebbe un elemento di perplessità se davvero quell'illegittimità potesse far derivare la nullità del contratto per violazione di norme imperative o per difetto di causa.

Insomma, per come è costruita la disciplina contenuta negli articoli 121 e 122 cod. proc. amm., se si trattasse effettivamente di nullità contrattuale, la sua deduzione al sindacato giurisdizionale non sarebbe condizionata da meri calcoli strategici di convenienza da parte dell'interessato che decida di impugnare (o non impugnare) l'aggiudicazione e che riesca ad ottenerne l'annullamento. Si finirebbe per giustificare l'inefficacia del contratto, non come un *dover essere* derivato dall'illegittimità della procedura amministrativa, bensì come un *voler essere* derivato dall'autonoma scelta dell'interessato di mirare al "bersaglio grosso" o accontentarsi del risarcimento del danno per equivalente, secondo quanto consentito dall'art. 124 cod. proc. amm.

Neppure potrebbe ravvisarsi nella fattispecie uno schema di "nullità di protezione", che si sottrae alla nullità codicistica per il fatto di concentrarsi esclusivamente sugli interessi del consumatore, essendo anche il potere officioso di rilevazione del giudice a suo esclusivo supporto<sup>16</sup>. Rispetto ai contratti del consumatore, invero, nei contratti pubblici la situazione è rovesciata poiché l'impresa ricorrente non protegge il contratto di cui non è parte, ma anzi mira a cancellarne gli effetti; ma soprattutto la dichiarazione di inefficacia del contratto pubblico non è stabilita dal legislatore europeo e nazionale come nullità selettiva, cioè ad esclusivo vantaggio dell'impresa che intende subentrare nell'aggiudicazione, posto che il giudice decide se privare o meno di effetti il contratto stipulato, valutando interessi generali<sup>17</sup>.

### 3.2. Dalla prospettiva sostanziale

Forse, ancora più rilevante è l'obiezione sostanziale alla tesi della nullità convalidabile del contratto pubblico a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. La nullità è un rimedio ad una antigiridicità originaria. Per ragioni di interesse generale, il legislatore impedisce che un trasferimento di risorse materiali e giuridiche possa consolidarsi contro la volontà di coloro che, a qualunque titolo,

<sup>16</sup> La disciplina dell'art. 36 del DLgs. 6 settembre 2005 n. 206 prevede che il giudice possa rilevare d'ufficio tale nullità ma solo a favore del consumatore, il quale può disporre dell'invalidità della clausola contrattuale, non consentendo al giudice di dichiararla, in tal modo esercitando una valutazione di convenienza ed avvicinando il regime della nullità a quello dell'annullabilità. Sull'argomento, v. da ultimo A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Torino 2019, 186 ss.; V. SCALISI, *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e Diritto privato*, 2001, 493 ss.; G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano 1995, *passim*.

<sup>17</sup> Cfr. Cons. Stato, V, 12 marzo 2020, n. 1773.

sono interessati al ripristino dello *status quo*; proprio a garanzia di questo interesse generale, il regime tipico della nullità è quella di un'originaria sterilità giuridica dell'atto<sup>18</sup>. Anche quando l'atto sia convalidabile ovvero quando in assenza di convalida esso "strappi" prepotentemente effetti indiretti dalla sua esecuzione, in entrambi i casi l'atto nullo deve considerarsi originariamente e tipicamente inefficace. Altrimenti la nullità, specialmente quella relativa, non si distinguerebbe più sostanzialmente dall'annullabilità<sup>19</sup>.

Ebbene, nelle ipotesi di cui agli articoli 121 e 122 cod. proc. amm., si dovrebbe sostenere che il contratto è *originariamente* nullo ed inefficace in quanto stipulato sulla base di un'aggiudicazione illegittima che altera irrimediabilmente il suo elemento causale. Ma in tal caso il diritto nazionale non avrebbe richiesto al giudice amministrativo la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione, essendo sufficiente una dichiarazione incidentale di illegittimità (che, s'è detto, non è ammessa); né il legislatore europeo avrebbe avuto necessità di escludere l'ipotesi della caducazione automatica del contratto e di ritenere invece necessaria una formale pronuncia del giudice sulla privazione degli effetti contrattuali<sup>20</sup>.

Inoltre, come già evidenziato, per avviare la procedura per la dichiarazione di inefficacia del contratto e di subentro nell'aggiudicazione, al ricorrente che ha già ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione, la disciplina contenuta negli artt. 121 e 122 cod. proc. amm. non concede alcun automatismo, imponendo anzi ulteriori oneri per il subentro nell'aggiudicazione e nel contratto<sup>21</sup>: oltre a non poter promuovere un'azione risarcitoria autonoma, a) il ricorrente, avviato il giudizio di annullamento, deve portarlo a termine non potendosi "accontentare", di fronte alla sopravvenuta inutilità di una sentenza costitutiva, di un mero

---

<sup>18</sup> La nullità ha una prima funzione di *controllo* che evita l'efficacia di atti leciti ma illegali, privi cioè dei requisiti indispensabili per conseguire obiettivi ammessi dall'ordinamento; ed una seconda funzione di *garanzia* per rimuovere atti illeciti i cui potenziali obiettivi l'ordinamento valuta negativamente; sulla differenza tra contratto illegale ed illecito, cfr. A. DI MAJO, *La nullità* cit., 73 ss.

<sup>19</sup> Il nostro codice civile del 1942 è basato sulla netta distinzione tra nullità e annullabilità in funzione della diversità delle imperfezioni dell'atto, cui consegue un diverso trattamento della sua efficacia. Il codice civile italiano del 1865 seguiva invece l'impostazione francese che conosce un'unica categoria di invalidità e la considera come un problema di azione da esperire a fronte di una legalità violata e non come una questione di elementi o requisiti negoziali mancanti; le regole sostanziali sull'invalidità indicano se trattasi, nelle diverse fattispecie, di un'azione prescrivibile o meno, a legittimazione diffusa o ristretta, *etc.*

<sup>20</sup> Per tutti, Cons. Stato, V, 7 febbraio 2018, n. 815. Cfr. anche il Considerando n. 13 della Direttiva n. 66/2007/CE, secondo il quale «da carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo». Si ricordi che la tesi sulla caducazione automatica e sulla inutilità di una successiva pronuncia del giudice sulla sorte del contratto e dei suoi effetti è stata formulata dal Consiglio di Stato in qualche pronuncia, la cui premessa teorica era vicina a quella della nullità contrattuale, cfr., Cons. Stato, VI, n. 2332/2003.

<sup>21</sup> Cons. Stato, V, 5 novembre 2014, n. 5478.

accertamento dell'illegittimità dell'aggiudicazione, ad esclusivi fini risarcitori *ex art. 34, co. 3, cod. proc. amm.* (salvo che non sia lo stesso giudice amministrativo ad individuare la carenza di interesse al subentro nell'aggiudicazione)<sup>22</sup>; *b*) oltre alla domanda di annullamento, al ricorrente che voglia subentrare nell'aggiudicazione e nel contratto si chiede di farne espressa domanda<sup>23</sup>; *c*) implicitamente gli si impone di non dedurre nel ricorso motivi che impongano la riedizione della gara<sup>24</sup>; *d*) infine, ottenuto l'annullamento, il ricorrente deve confermare la disponibilità al subentro nell'aggiudicazione.

Oltre a questi oneri imposti all'impresa che aspiri al subentro, il codice del processo amministrativo richiede l'esistenza di alcuni presupposti di carattere oggettivo (ad esempio, il fatto che lo stato di esecuzione del contratto o il carattere fungibile della prestazione contrattuale consentano quel subentro)<sup>25</sup> e presuppone, inoltre, che l'inefficacia sia espressamente dichiarata dal giudice amministrativo, attraverso una pronuncia con innegabili effetti costitutivi; ché, altrimenti, il giudice non potrebbe disporre l'inefficacia parziale del contratto, secondo quanto previsto dagli artt. 121 e 122 cod. proc. amm.; neppure potrebbe sanzionare gli originari contraenti, riducendo la durata del contratto dal dieci per cento ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua dalla data di pubblicazione del dispositivo (art. 123, lett. *b*, cod. proc. amm.).

L'inefficacia del contratto, quindi, piuttosto che collegarsi alla sua nullità ed al suo drastico regime effettuale, sembra conseguire in maniera assai più modulata da un ponderata risoluzione giudiziale posta a garanzia della miglior protezione del mercato concorrenziale e di altri interessi sociali, compatibilmente con la fondata pretesa del ricorrente<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Cons. Stato, V, 8 agosto 2014 n. 4248.

<sup>23</sup> Cons. Stato, V, n. 7976/2019.

<sup>24</sup> Il giudice può stabilire se dichiarare l'inefficacia, tenendo conto degli interessi delle parti e se vi sono elementi per ritenere che l'appalto possa essere aggiudicato al ricorrente vittorioso solo "nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara". Laddove debba essere rinnovata l'intera gara, invece, il giudice ha il potere caducare l'atto negoziale medio tempore stipulato, a prescindere dalla presentazione della domanda di subentro da parte del ricorrente: cfr. Cons. Stato, III, 7 novembre 2018, n. 6299, che richiama sul punto l'Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 13, disattendendo Cons. Stato, IV, 20 gennaio 2015, n. 140. Cass., Sez. un., n. 7295/2017 – di fronte alla tesi difensiva secondo la quale, se deve essere rinnovata la gara il giudice amministrativo che ha annullato l'aggiudicazione non può dichiarare l'inefficacia del contratto, spettando all'amministrazione tale scelta (di qui il ricorso per violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa) – ha precisato che il giudice amministrativo, anche quando debba essere rinnovata la gara, ha il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto valutando gli interessi delle parti, l'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, lo stato di esecuzione del contratto. Soltanto quando i vizi riscontrati non impongano la rinnovazione della gara, il giudice dichiara l'inefficacia del contratto valutando anche la possibilità del ricorrente di subentrare nel contratto e della proposizione della domanda di subentrare in esso.

<sup>25</sup> Cfr. Cons. Stato, V, n. 1773/2020.

<sup>26</sup> Parla di inefficacia come sanzione, a proposito dell'art. 121 cod. proc. amm., Cons. Stato,

A giudizio di chi scrive, gli articoli 121 e 122 cit. non contengono regole sostanziali o prettamente processuali sulla rimozione o conservazione degli effetti del contratto rimasto orfano dell'aggiudicazione; in applicazione del diritto europeo e della delega nazionale, quelle norme dettano una disciplina speciale per il coordinamento tra la fase processuale che si conclude con l'annullamento dell'aggiudicazione e la fase processuale che deve dare esecuzione agli effetti di quell'annullamento.

Il legislatore è consapevole che la tutela costitutiva non è considerata di per sé risolutiva e integralmente satisfattiva degli interessi in gioco, essendo l'aspirazione del ricorrente contrastata da interessi pubblici che possono far prevalere l'esigenza a conservare il contratto. Per tale motivo, all'annullamento dell'aggiudicazione, per quanto già detto, non può corrispondere l'automatica caducazione del contratto; la tutela costitutiva deve integrarsi infatti, con un'ulteriore disciplina che attribuisca al giudice i poteri necessari per fissare il punto di equilibrio tra le opposte esigenze, garantendo pienezza ed effettività alla protezione di tutti gli interessi coinvolti<sup>27</sup>.

Si tratta così di una disciplina speciale contenente norme di *diritto giudiziario materiale* (riguardanti non il *come* ma il *cosa* della tutela)<sup>28</sup>; in grado di consentire al giudice di garantire le ragioni di interesse generale compatibilmente con l'idea che il processo deve dare tutto, ma proprio tutto, all'attore che ha ragione<sup>29</sup>.

---

VI, 9 luglio 2018 n. 4178. In dottrina, sulla tesi dell'inefficacia come sanzione o come più idoneo strumento di tutela per gli operatori economici, v. tra gli altri, G. GRECO, *Illegittimità affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel decreto legislativo 53 del 2010*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010; S. FANTINI, *L'inefficacia del contratto*, in (a cura di) R. VILLATA – B. SASSANI, *Il codice del processo amministrativo, dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1035; F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3 ss.; B. SASSANI, *Le azioni*, in (a cura di) R. VILLATA – B. SASSANI, *Il codice del processo amministrativo*, cit., 345 ss.

<sup>27</sup> Questione diversa è quella se la legge delega n. 88 del 2009 abbia previsto una giurisdizione esclusiva anche estesa al merito (non amministrativo ma) negoziale, con possibilità del giudice di valutare la convenienza economica della sostituzione di un contraente, della rimozione o della conservazione del contratto; sul punto, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni sulla bozza di decreto legislativo attuativo della delega di cui all'articolo 44 legge numero 88/2009 presentate alla commissione giustizia della Camera dei deputati l'11 Febbraio 2010*, in [Giustamm.it](http://Giustamm.it) 2010; M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 2010.

<sup>28</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Prozes als Rechtslage Eine Kritik des prozessualen*, Berlin, 1925, 245. In termini riepilogativi, A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale dei diritti. Tutela dei diritti, artt., 2907-2909*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), 1 ss. Il codice civile contiene norme sostanziali di tutela dei diritti soggettivi, seppure discutibilmente concentrate nel VI Libro e disposte in modo piuttosto disomogeneo, anziché distribuite nei diversi settori di disciplina sostanziale del diritto; sul punto, tra gli altri, E. FAZZALARI, *Tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, 403.

<sup>29</sup> Secondo l'intuizione di Giuseppe Chiovenda, «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire», *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912 (ristampa inalterata, Napoli, 1965), 81.

Tale coordinamento fra giudizio di merito e fase dell'esecuzione è stata progettata dal legislatore nazionale<sup>30</sup> – negli atti preparatori al Codice emerge chiaramente, ancorché non lo si dichiara in modo esplicito – ricorrendo all'atipico strumento dell'inefficacia del contratto, in grado di sostituire gli automatismi tra invalidità, inefficacia ed efficacia precaria con un istituto modellabile caso per caso in base ai presupposti anzidetti (lo stato di esecuzione del contratto, la presentazione da parte del ricorrente della domanda di subentro nell'aggiudicazione; la qualità del vizio, che non imponga la riedizione della gara, ecc.). Al riguardo, il legislatore sembra aver considerato gli studi di analisi economica del diritto relativi all'ottimizzazione delle regole correttive delle alterazioni ingiuste o non giustificate dall'ordinamento<sup>31</sup>.

#### 4. *L'annullamento dell'aggiudicazione, gli effetti sul contratto e le regole di trasferibilità*

Di fronte ad un interesse che chiede protezione (o perché giuridicamente già rilevante o perché aspira a diventarlo), il concetto di tutela *effettiva* apre il campo ad una prospettiva di indagine particolare: una prospettiva che osserva la tutela (soprattutto) dal lato del rimedio protettivo in concreto attivabile dall'interessato, anziché dal (solo) lato dell'astratta definizione della situazione soggettiva protetta. Da questo lato di osservazione, la protezione di un interesse giuridico (*Entitlement*) è in funzione, non tanto del tipo di situazione soggettiva che classifica in astratto quell'interesse (diritto assoluto, diritto relativo, interesse legittimo oppo-

<sup>30</sup> Il diritto europeo ha previsto che «un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto ma la carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo» (Considerando n. 13, Dir. n. 2007/66/CE). Il diritto europeo ha lasciato comunque al diritto nazionale la facoltà di prevedere le conseguenze derivanti da quella pronuncia giurisdizionale di efficacia o inefficacia del contratto; ad esempio la possibilità di prevedere che «il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti» nonché l'applicazione in questi casi di sanzioni alternative (art. 2-*quinquies*, co. 3, Dir. n. 89/665/CE, come modificata dalla Dir. n. 66/2007/CE).

<sup>31</sup> Tra gli altri, G. CALABRESI – A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, 1089 ss. (trad. parz. it.) *Modelli di analisi economica e regole giuridiche nella disciplina della proprietà*, in *Analisi economica del diritto privato*, a cura di G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulletini, S. Rodotà, F. Romani, Milano, 1998, 69 ss.; D. Wittman, *Liability for harm or restitution for benefit*, in *Journal of the Legal Studies*, vol. XIII, University of Chicago, 1984, 57 ss.; J.E. KRIER – S.J. SCHWAB, *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light*, in *New York University Law Review*, vol. 70, 440; L. KAPLOW – S. SHAVELL, *Property Rules versus Liability Rules. An Economic Analysis*, in *Harvard Law Review*, 1996, vol. 109, 713 ss.; F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, 60 ss., 74 ss. Nella nostra disciplina, tra le opere generali, cfr. AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, 2006; G. NAPOLITANO – M. ABRESZIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 27 ss., 182 ss., 282 ss.

sitivo, pretensivo, ecc.), quanto della reale (effettiva) protezione che l'ordinamento è in grado concretamente di offrirgli. Si tratta allora di orientare la soluzione giuridica del conflitto intersoggettivo verso un'efficiente allocazione di risorse scarse, individuando cioè il rimedio di tutela più idoneo a favorire quell'ottimale distribuzione, caricando il peso della decisione sulla parte del conflitto più interessata ed attrezzata a sostenerne il costo. In altre parole, di fronte alla lesione di un interesse giuridico: *a*) in alcuni casi è preferibile ripristinare l'appartenenza del diritto in capo al suo titolare (restituendo il valore d'uso corrispondente all'utilità sottratta); *b*) in altri casi, è preferibile mantenere fermi gli effetti della perdita subita dal titolare, imponendo però a colui che ha prodotto il danno di pagarne i costi al danneggiato (sostituendo il valore d'uso con un valore di scambio, determinato dalla legge e dal giudice); *c*) in altri casi, infine, l'appartenenza dell'utilità è protetta in modo assoluto e non ne sono consentiti trasferimenti.

Il sistema *sub a*) è quello che disciplina i rimedi di tutela in base a regole di appartenenza *necessaria*, altrimenti dette "regole di proprietà" (*Property Rules*), le quali assicurano al titolare un'appartenenza incondizionata di un bene o di un diritto, senza che alcuno possa alterare questo assetto distributivo contro la sua volontà<sup>32</sup>.

Il sistema *sub b*) è quello che disciplina i rimedi di tutela sulla base di regole di appartenenza *mobile*, altrimenti dette "regole di responsabilità" (*Liability Rules*), le quali non garantiscono al titolare l'incondizionata appartenenza del bene o del diritto, ammettendo che altri soggetti possano alterare l'assetto distributivo preesistente senza il suo consenso, ma imponendo a costoro di pagargli il "prezzo" della lesione subita<sup>33</sup>.

Il sistema *sub c*) è quello dell'appartenenza *legale*, che si fonda su "regole di inalienabilità" (*Inalienability Rules*) che inibiscono (quasi) ogni modificazione e quindi ogni riallocazione di quell'utilità attraverso un accordo privato o un provvedimento giurisdizionale.

Il criterio generale in base al quale è possibile stabilire se un bene o un diritto siano tutelati secondo regole di appartenenza legale, necessaria o mobile è contenuto in una regola di *trasferibilità* che individua se, a quali condizioni e con quali conseguenze quel trasferimento può avvenire. È una regola elaborata secondo un criterio di efficienza, finalizzata a disciplinare lo spostamento di

---

<sup>32</sup> La tutela proprietaria considera il consenso manifestato *ex ante* come la sola condizione di trasferimento lecito del diritto. In questo caso la protezione è assoluta e protegge il titolare del diritto da interferenze sgradite da parte di terzi.

<sup>33</sup> La protezione semplice dell'interesse definisce una tutela risarcitoria: parti terze possono di fatto interferire con il godimento del diritto senza il consenso preventivo del titolare, ma sono tenute a offrire una reintegrazione patrimoniale (cfr. ad es. l'art. 2379-ter c.c. che impedisce in certi casi la dichiarazione di nullità di una delibera assembleare ma riconosce ai soci ed ai terzi il diritto al risarcimento del danno; e cfr. l'art. 2504-*quater* c.c., in tema invalidità degli atti di fusione societaria).

risorse economiche verso un risultato socialmente meno costoso rispetto a possibili alternative. Ne consegue che il presupposto fondamentale di una efficiente regola di trasferibilità sta nell'effettiva capacità del regolatore di prevedere e misurare analiticamente l'efficacia del rimedio di tutela nelle diverse fattispecie. Ci sono casi in cui tali operazioni predittive possono avvenire in astratto ed allora la regola di trasferibilità è disposta direttamente dal legislatore<sup>34</sup>; in altri casi, quando occorre una valutazione in concreto, il legislatore affida al giudice (o alla stessa amministrazione) il compito di predisporre la regola caso per caso<sup>35</sup>, fermo restando, in linea di massima, il potere dell'interessato di fare le sue valutazioni di convenienza personale sul tipo di rimedio attuabile<sup>36</sup>.

#### 4.1. *Gli artt. 121 e 123 cod. proc. amm.*

Nell'art. 121 cod. proc. amm., a tutela di un interesse fondamentale e non monetizzabile come l'equilibrio competitivo tra operatori economici, il legislatore (europeo e) nazionale ha stabilito la regola dell'inalienabilità, prevedendo in astratto che all'annullamento dell'aggiudicazione segue l'inefficacia del contratto, salvo che “*il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti*”; applicando in tal caso agli originari contraenti misure sanzionatorie proporzionate, dissuasive e, comunque, ulteriori rispetto al risarcimento del danno a favore del ricorrente. Nei casi previsti dall'art. 121, co. 1, cod. proc. amm., il costo della distorsione del mercato concorrenziale è troppo alto rispetto ad altri costi sociali o personali degli originari contraenti (ad es., l'interruzione dell'esecuzione contrattuale e i ritardi conseguenti, il rinnovo della procedura); anzi, la differenza tra quei valori è talmente netta, da rendere inefficienti anche i costi processuali per far assumere autonomamente al giudice quella scelta (che nelle ipotesi di cui all'art. 121 si limita, per lo più, ad attuare l'indicazione legislativa)<sup>37</sup>. Nella medesima prospettiva, le eccezionali condizioni

<sup>34</sup> Cfr., ad esempio, l'art. 18, l. 20 maggio 1970 n. 300 e l'art. 2, co. 1, d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, che impongono la reintegrazione nel posto di lavoro a seguito nel caso di licenziamento discriminatorio, per i lavoratori assunti rispettivamente prima e dopo il 7 marzo 2015.

<sup>35</sup> Ad es., l'art. 2058 c.c. prevede che alcuni illeciti vengano corretti con la reintegrazione in forma specifica, salvo i casi in cui il giudice ritenga che questo rimedio sia troppo oneroso per il debitore; in tal senso, cfr. M.R. MARELLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova 2000, *passim*. Si consideri anche, l'art. 94, d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 che, nel caso di imprese che hanno subito o rischiano di subire infiltrazioni mafiose, impone alle amministrazioni di recedere dai contratti salva la valutazione di particolari ragioni di interesse pubblico che giustificano la conservazione di quei contratti (v. *infra*).

<sup>36</sup> Ancora nel diritto del lavoro, si consideri la facoltà del lavoratore discriminato da un licenziamento di optare per il pagamento di un'indennità in luogo della reintegrazione nel posto di lavoro (fermo restando il diritto al risarcimento del danno); cfr. l'art. 2, co. 3, d.lgs. n. 23/2015.

<sup>37</sup> L'art. 121, co. 1, cod. proc. amm. interviene su vizi dell'aggiudicazione produttivi di conseguenze gravemente distorsive dell'equilibrio concorrenziale tra operatori economici: si impedisce

che consentono al giudice di conservare il contratto si giustificano per l'emersione di "esigenze imperative connesse ad un interesse generale" (art. 121, co. 2); di ipotesi, cioè, in cui i costi sociali (non quelli meramente patrimoniali dei contraenti) che deriverebbero dalla cessazione del contratto si fanno più elevati, attenuando la differenza rispetto a quelli correlati alla distorsione concorrenziale; al punto che, ove fosse dichiarata, l'inefficacia contrattuale provocherebbe conseguenze sproporzionate<sup>38</sup>. Come s'è già detto e come si dirà da altra prospettiva al §. 7., resta la perplessità nei confronti della scelta del legislatore nazionale di legare l'inefficacia contrattuale alla sentenza di annullamento, di fatto condizionando l'applicazione della regola di inalienabilità alla scelta dell'interessato di impugnare l'aggiudicazione e di chiedere il subentro nel contratto.

La dichiarazione di inefficacia del contratto in tali casi corrisponde, nelle intenzioni del legislatore, anche ad una decisione sanzionatoria, come si evince del resto dalle misure proporzionate e dissuasive, imposte all'amministrazione dall'art. 123, nei casi in cui eccezionalmente il contratto viene conservato (sanzioni che non escludono comunque il diritto del ricorrente al rimedio risarcitorio, ex art. 124 cod. proc. amm.). Di fronte ad alterazioni macroscopiche della libera concorrenza, il legislatore ritiene la regola di inalienabilità come una tecnica di controllo sociale, per minimizzare i comportamenti devianti, più efficace ed efficiente rispetto al mezzo giurisdizionale, più complesso, costoso ed incerto.

#### 4.2. *Gli artt. 122, 124 e 125 cod. proc. amm.*

L'art. 122 riguarda gli altri vizi di legittimità dell'aggiudicazione, quelli che non contrastano macroscopicamente con la libertà di concorrenza tra operatori economici; di tal chè il peso della violazione delle regole concorrenziali si attenua e non giustifica una regola di inalienabilità, lasciando così aperta la strada all'applicazione dei rimedi proprietari o di responsabilità. In questo ambito, l'applicazione di un esclusivo rimedio proprietario equivarrebbe a riconoscere al ricorrente un incondizionato diritto al subentro attraverso la dichiarazione di inefficacia del contratto già stipulato; l'applicazione esclusiva di una regola di responsabilità equivarrebbe invece a non riconoscere mai al ricorrente quel diritto (in tal senso dispone l'art. 125 cod. proc. amm.; v. *infra*).

---

di fatto la partecipazione degli interessati ad una gara non pubblicizzata o svolta in forma negoziata senza pubblicazione del bando, al di fuori dei prescritti requisiti; ovvero si limita il diritto alla difesa di chi ha interesse a contrastare la decisione amministrativa, ad esempio violando la regola del termine dilatorio per la stipula del contratto (art. 32, co. 9-11, d.lgs. n. 50/2016).

<sup>38</sup> Cfr. ad esempio, TAR Lazio, I, 6 novembre 2019 n. 12735, secondo il quale «non può dichiararsi l'inefficacia del contratto di appalto nel caso in cui il contratto risulta eseguito in gran parte (nella specie, per circa il 70%) e [quando], alla luce della peculiarità del servizio in affidamento, sussistono quelle imprescindibili ragioni di carattere tecnico richiamate dalla norma [art. 121, co. 2 cod. proc. amm.] tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale, anche alla luce della durata annuale del contratto».

Si comprende come, in tali casi, la valutazione dei costi relativi all'applicazione di rimedi proprietari o risarcitori diventi assai più articolata e il legislatore, incapace di fare previsioni astratte, affida al giudice amministrativo la predisposizione caso per caso della regola di trasferibilità; al giudice si richiede di modulare le diverse soluzioni sulla base di specifici parametri che tengano conto dell'interesse delle parti nonché di un eventuale interesse generale avverso a dichiarare l'inefficacia di un contratto in fase esecutiva troppo avanzata ovvero nei casi in cui il ricorrente non abbia chiesto il subentro nell'aggiudicazione o non sia in grado di subentrarvi<sup>39</sup>. L'eventuale dichiarazione di inefficacia non assume in questi casi una valenza sanzionatoria, ma si tratta di una determinazione giudiziale finalizzata a predisporre in concreto un'efficiente regola di trasferibilità. Neppure la richiesta di subentro appare come una situazione soggettiva autonoma (un diritto potestativo) rispetto all'interesse principale tutelato, ma è parte integrante della tutela di quell'interesse secondo le regole proprietarie.

Per assicurare l'equilibrio tra lo schema anzidetto sull'ottimizzazione economica delle regole redistributive ed il principio della domanda nel processo amministrativo, resta ferma la possibilità dell'interessato di calibrare le domande al giudice sulla base della propria convenienza economica. L'art. 124 conferma infatti il potere di scelta dell'interessato (anche nei casi di cui all'art. 121, co. 1, cod. proc. amm.) ad agire per l'annullamento dell'aggiudicazione ed il subentro ovvero più semplicemente, rinunciando al subentro ed agendo – anche in via autonoma – solo per il risarcimento del danno (e pagandone le conseguenze ex art. 1227 c.c.)<sup>40</sup>; in tal modo mantenendo il controllo della regola di trasferibilità (optando per un'appartenenza mobile dell'utilità) e condizionando il potere dispositivo del giudice.

Questa possibilità di scelta a favore del ricorrente che ha ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione è preclusa dall'art. 125 cod. proc. amm., per alcune

---

<sup>39</sup> Il giudice amministrativo riconosce a se stesso non solo la capacità di determinare la perduranza o meno degli effetti di un contratto ma anche la capacità di modulare gli effetti di un provvedimento: cfr. Cons. Stato, VI, 10 maggio 2011 n. 2755: «anche se – in base ad una regola fondamentale che è stata affermata *ab antiquo et antiquissimo tempore* dal Consiglio di Stato (come ineluttabile corollario del principio di effettività della tutela) – l'accoglimento del ricorso comporta normalmente la eliminazione integrale degli effetti dell'atto lesivo per il ricorrente, risultato difforme dal principio di legalità, l'applicazione di tale regola può, in alcuni casi, risultare incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale; in tali ipotesi, la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato a seconda delle circostanze, può essere derogata, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti, ovvero con la loro decorrenza *ex nunc*, ovvero ancora escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi».

<sup>40</sup> Nel caso in cui il giudice amministrativo abbia riconosciuto il diritto al subentro nel contratto di appalto, per il periodo in cui il contratto di appalto ha avuto effetto, va accolta la domanda risarcitoria ex art. 124 cod. proc. amm. non potendo ovviamente il G.A. dichiarare l'inefficacia della parte del contratto che ha già avuto esecuzione; cfr. Cons. Stato, V, 25 giugno 2014, n. 3220.

tipologie di contratti<sup>41</sup>. In queste ipotesi ritenute strategiche per l'economia nazionale, il legislatore torna a dettare lui la regola di trasferibilità, prevedendo come soluzione più efficiente quella che privilegia il preminente interesse alla sollecita realizzazione dell'opera su ogni altra valutazione. Tra i rimedi di tutela conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione, per violazioni diverse da quelle di cui all'art. 121, co. 1, proc. amm., si esclude, dunque, l'applicazione di rimedi proprietari – e quindi la dichiarazione di inefficacia del contratto ed il subentro nell'aggiudicazione – ammettendo a favore del ricorrente solo l'applicazione di regole di responsabilità e quindi l'esclusiva risarcibilità per equivalente del danno (anche secondo lo schema di cui all'art. 34, co. 3, cod. proc. amm.)<sup>42</sup>.

##### 5. *L'annullamento dell'aggiudicazione senza decisioni sul contratto*

Ulteriore questione da esaminare è quella relativa al fatto che il giudice amministrativo, annullata l'aggiudicazione, non si sia pronunciato anche sulla sorte del contratto perché, ad esempio, sul punto non espressamente sollecitato dal ricorrente con richiesta di inefficacia e di subentro; ipotesi evidentemente diversa da quella in cui il giudice amministrativo, anche su domanda del ricorrente, scelga di conservare gli effetti del contratto in attuazione delle regole sopra descritte.

In questa fattispecie, la sorte del contratto già stipulato non segue la disciplina speciale finora esaminata ma va affrontata in base alla comune disciplina in materia di esecuzione dei contratti pubblici nonché alle regole processuali sull'esecuzione del giudicato di annullamento; ciò che apre ad un'articolata serie di conseguenze ipotizzate anche dalla giurisprudenza amministrativa.

a) Si registra innanzi tutto la prospettiva secondo la quale l'annullamento dell'aggiudicazione, non seguito da ulteriore disposizione del giudice amministrativo, impedisce la caducazione automatica del contratto già stipulato, restando all'amministrazione aggiudicatrice il compito di soppesare i contrapposti interessi pubblici e privati e di decidere quale far prevalere, mantenendo o revocando il contratto<sup>43</sup>. Si ricorda che l'art. 21-*sexies*, l. 241/1990 stabilisce che il recesso

---

<sup>41</sup> Si tratta, in particolare, dei contratti di progettazione, approvazione e realizzazione di infrastrutture ed insediamenti ritenuti prioritari. Sulle ulteriori fattispecie di affidamento connesse all'emergenza Covid-19, v. gli artt. 2. co. 3 e 4, co. 3, d.l. 16 luglio 2020 n. 76, conv. l. 11 settembre 2020 n. 120.

<sup>42</sup> Con qualche dubbio di legittimità costituzionale, invero, a fronte del principio di parità delle parti nel processo, stabilito dall'art. 111 Cost.

<sup>43</sup> Cons. Stato, V, 22 novembre 2019, n. 7976 secondo il quale «gli interessi contrapposti sono ovviamente quello alla continuazione del rapporto contrattuale con un operatore economico che, per le più svariate ragioni, si gioverebbe di un'aggiudicazione illegittimamente disposta in suo favore con quello all'immediata caducazione del contratto d'appalto e conseguente riedizione della procedura di gara, evidentemente emendata del vizio accertato dal giudice amministrativo».

unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge e che l'art. 108, co. 1, d.lgs. 50/2016 attribuisce alla stessa amministrazione la facoltà «di valutare se, alla luce delle ragioni che hanno determinato l'annullamento dell'aggiudicazione, permangano o meno le condizioni per la continuazione del rapporto contrattuale in essere con l'operatore economico (illegittimo) aggiudicatario, ovvero se non risponda maggiormente all'interesse pubblico, risolvere il contratto e indire una nuova procedura di gara»<sup>44</sup>.

La scelta fra queste soluzioni alternative costituisce l'obbligo imposto dal giudicato di annullamento e l'inerzia dell'amministrazione rispetto a quella scelta consente al ricorrente che abbia ottenuto l'aggiudicazione di chiedere al giudice dell'ottemperanza il subentro nel contratto<sup>45</sup>. Questa domanda, infatti, può qualificarsi come richiesta di risarcimento in forma specifica (*ex* art. 124 c.p.a.) ed è ammissibile in quanto diretta a definire una delle possibili modalità di attuazione del giudicato<sup>46</sup>.

b) Un diverso orientamento fa derivare dal giudicato di annullamento l'automatica cancellazione del contratto stipulato a seguito dell'aggiudicazione annullata, in applicazione della regola del cd. effetto espansivo esterno della sentenza di appello sancito dall'art. 336, comma 2, cod. proc. civ., «applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio contenuto nell'art. 39, comma 1, cod. proc. amm.»<sup>47</sup>. Dalla sentenza di annullamento non discenderebbe, però, quale ulteriore effetto, l'obbligo dell'amministrazione di stipulare il contratto a favore dell'impresa vincitrice nel giudizio di appello, bensì solo la possibilità di ricollocare questa impresa «nella posizione di vantaggio che la stessa aveva ottenuto mediante l'adozione del provvedimento di aggiudicazione che [il] giudice ha annullato». Con la conseguenza che l'amministrazione deve «proseguire l'*iter* procedimentale ponendo in essere gli atti successivi all'aggiudicazione e, in particolare, provvedere alla stipulazione del contratto ma soltanto se, nell'esercizio dei propri poteri, verifica che sussistono tutti i requisiti, oggettivi e soggettivi, che consentono la suddetta stipulazione»<sup>48</sup>.

c) Infine, si riscontra la tesi in base alla quale la parte che abbia ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione ha l'onere di proporre domanda al giudice ordinario per ottenere la declaratoria di sopravvenuta inefficacia del contratto. Il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto e di ordinare il subentro del ricorrente sarebbe, infatti, riservato al giudice amministrativo in sede di cognizione esclusiva e non di ottemperanza; di tal ché, «ogni residua valutazione in ordine alla patologia del contratto stipulato spetta al giudice ordinario»<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> Cons. Stato, V, n. 7976/2019.

<sup>45</sup> Per tutti, Cons. Stato, V, 2 agosto 2019 n. 5500; III, 19 dicembre 2011 n. 6638.

<sup>46</sup> Cons. Stato, III, 19 dicembre 2011 n. 638; in questa direzione, già Ad. plen. n. 9/2008, cit.

<sup>47</sup> Cons. Stato, Ad. plen. 12 maggio 2017 n. 2; VI, 23 luglio 2018 n. 4505

<sup>48</sup> Cfr. Cons. Stato, VI, n. 4505/2018, cit.

<sup>49</sup> «Nel novero delle possibili opzioni esecutive del giudice dell'ottemperanza non rientra

## 6. L'annullamento dell'aggiudicazione in autotutela e la sorte del contratto

Proprio queste ultime considerazioni consentono di fare luce su un ulteriore passaggio della ricostruzione giurisprudenziale indicata al precedente § 2., laddove si afferma che la condizione di nullità del contratto si verifica non solo a fronte di annullamento dell'aggiudicazione disposto in sede giurisdizionale ma anche di quello disposto dall'amministrazione in autotutela<sup>50</sup>.

Ai dubbi già espressi sulla nullità convalidabile attraverso l'intervento del giudice, si aggiungono quelli relativi all'affermata analogia con l'autotutela; fat-tispecie, quest'ultima, anch'essa non coperta dalla disciplina attuativa del diritto europeo e nella quale la sorte del contratto può desumersi solo alla luce delle regole generali sui rapporti di presupposizione tra atti amministrativi e atti negoziali.

L'art. 32, co. 8, d.lgs. n. 50/2016, com'è noto, fa salvo il potere dell'amministrazione di riesaminare l'aggiudicazione secondo le regole dell'autotutela (in particolare, artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990). Ma, a differenza dei provvedimenti discrezionali di revoca, che non condizionano automaticamente l'efficacia del contratto d'appalto già stipulato, rispetto al quale l'amministrazione (per le ragioni di cui all'art. 109, d.lgs. n. 50/2016) può esclusivamente esercitare un diritto potestativo di recesso<sup>51</sup> (per i contratti di concessione v. l'art. 176, d.lgs. ult. cit.), l'annullamento d'ufficio, ammesso anche dopo la stipulazione del contratto<sup>52</sup>, produce invece l'automatica caducazione dei suoi effetti per la stretta consequenzialità funzionale con l'aggiudicazione<sup>53</sup> e per il fatto che, la valutazione discrezionale propedeutica all'annullamento d'ufficio assorbe la valutazione sulla ragionevolezza di rimuovere o cancellare il contratto.

Inoltre, nel caso in cui, in sede giurisdizionale, sia successivamente accertata la legittimità dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, al giudice amministrativo non sembrano residuare poteri di valutazione sulla sorte del

---

né la dichiarazione di inefficacia del contratto, né l'imposizione all'amministrazione di un comportamento che tenga in non cale il contratto in quanto nullo. In assenza di una declinatoria di inefficacia o di un ordine di subentro, consentiti al giudice amministrativo in sede di cognizione esclusiva, ogni residua valutazione in ordine alla patologia del contratto stipulato spetta al giudice ordinario», Cons. Stato, III, 27 dicembre 2017, n. 6115.

<sup>50</sup> In particolare, TAR Lazio, I-*bis*, n. 7272/2028

<sup>51</sup> Cons. Stato, Ad plen., 20 giugno 2014 n. 14; TAR Lazio, I-*quater*, 12 maggio 2020 n. 5005.

<sup>52</sup> Attualmente questa tesi trova il suo fondamento nell'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241/1990, modificato dalla l. 124/2015, laddove si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, che non possono non ritenersi comprensivi anche dell'affidamento di una pubblica commessa», Cons. Stato, III, 22 marzo 2017 n. 1310. Anteriormente al 2015, il fondamento era nell'art. 1, co. 136, l. 311/2004.

<sup>53</sup> Cass., Sez. un., 8 agosto 2012, n. 14260; Cons. Stato, Ad. plen., n. 14/2014; V, 26 giugno 2015, n. 3237.

contratto; non tanto perché il giudice non ha annullato lui l'aggiudicazione<sup>54</sup>, quanto piuttosto perché, ad avviso di chi scrive, è stata già l'amministrazione a valutare, contestualmente alla ragionevolezza del provvedimento di autotutela, l'opportunità di rimuovere i risultati della gara; insomma, considerata legittima dal giudice amministrativo la prima valutazione amministrativa, non si ritiene che ad esso spetti anche di valutare la convenienza della seconda. Non a caso, in qualche pronuncia, lo stesso giudice amministrativo ha chiarito che, quando l'annullamento dell'aggiudicazione è disposto in autotutela "può finanche dubitarsi della stessa esistenza in capo al giudice (amministrativo) di un potere di valutazione sul se dichiarare o meno inefficace il contratto, in quanto tale potere processuale – strumentale alla tutela specifica delle parti – appare assorbito dal potere amministrativo dell'amministrazione"<sup>55</sup>.

A questo riguardo, particolari considerazioni vanno riservate ai casi in cui il legislatore attribuisce direttamente all'amministrazione – che ha già accertato l'illegittimità dell'aggiudicazione – il potere di disporre eccezionalmente la conservazione del contratto, di fronte a solide ragioni di interesse generale.

L'art. 94, d.lgs. 159/2011 stabilisce il divieto di aggiudicare il contratto a colui nei confronti del quale sia stato ravvisato un tentativo di infiltrazione mafiosa (art. 84 co. 4 e art. 91 co. 6, d.lgs. ult. cit.); la violazione di tali norme impone alle amministrazioni di rimuovere in via retroattiva l'aggiudicazione e di recedere dal contratto (art. 94, comma 2) salvo che le stesse amministrazioni non valutino eccezionalmente l'opportunità di conservare comunque (l'aggiudicazione ed) il contratto nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi (art. 94, comma 3)<sup>56</sup>.

Anche in questo caso, il legislatore ha imposto una regola di inalienabilità, conferendo all'amministrazione il potere di stabilire eccezionalmente la convenienza a privare il contratto dei suoi effetti sulla base dei parametri indicati. Al di là delle ovvie differenze testuali tra le norme, si manifestano però altre differenze tra la scelta conservativa del contratto da parte del giudice amministrativo e quella disposta dall'amministrazione.

Il giudice, invero, può decidere di tener fermo il contratto, ma solo al termine di un giudizio per l'annullamento dell'aggiudicazione illegittima ("il giudice che annulla l'aggiudicazione stabilisce se dichiarare inefficace il contratto [...]"), art. 122 cod. proc. amm.); l'amministrazione che intenda conservare il contratto

<sup>54</sup> La giurisprudenza, invero, ammette in tali casi che la giurisdizione amministrativa esclusiva si estende alla valutazione della sorte del contratto; cfr. Cass., Sez. un., 20 dicembre 2018, n. 33013.

<sup>55</sup> Cons. Stato, V, 7 settembre 2011, n. 5032.

<sup>56</sup> Cons. Stato, sez. III, 21 luglio 2014, n. 3873; TAR Campania, Napoli, I, 5 novembre 2014, n. 5692.

deve, invece, “sorvolare” sui profili di illegittimità dell'aggiudicazione (poiché l'annullamento *ex officio* dell'aggiudicazione avrebbe efficacia direttamente caducante sul contratto).

La differenza trova la sua spiegazione nella genetica differenza tra giurisdizione e amministrazione come strumenti di governo e soluzione di conflitti. Il giudice amministrativo è chiamato a risolvere un conflitto intersoggettivo esclusivamente in base ai criteri giuridici di “torto” e di “ragione”, che invece non vincolano in senso assoluto la decisione amministrativa; con la conseguenza che, se il giudice mantiene in vita il contratto nell'interesse pubblico “dispone il risarcimento del danno” a favore del controinteressato (art. 124 cod. proc. amm.), previo l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione illegittimo e lesivo<sup>57</sup>.

Naturalmente, come s'è prima ricordato, tanto la decisione amministrativa di rimuovere il contratto in autotutela, tanto quella di conservarlo, possono essere oggetto di impugnazione; in tali casi, la giurisdizione amministrativa sollecitata non è quella esclusiva giacché la fattispecie in esame riguarda direttamente l'esercizio di poteri amministrativi (di gara) e solo mediatamente la fase di esecuzione del contratto, sulla quale deve dubitarsi – s'è anche detto – che il giudice che ha ritenuta legittimo l'annullamento d'ufficio possa esprimere ulteriori valutazioni sul recupero del contratto già caducato in autotutela<sup>58</sup>.

## 7. *Ipotesi sulla nullità dell'aggiudicazione e sulla sorte del contratto*

Sia consentita un'ultima considerazione sul tema dell'invalidità dell'aggiudicazione e della sorte del contratto.

Non è un caso che, quando si affronta l'argomento delle conseguenze dell'invalidità dell'aggiudicazione sul contratto già stipulato, comunemente si declina quell'invalidità come annullabilità, non riscontrandosi pronunce giurisdi-

<sup>57</sup> L'azione giuridica diretta alla composizione dei conflitti varia naturalmente in funzione della natura degli stessi conflitti nonché del tipo di rapporto che intercorre tra le parti. L'intervento del terzo in questo *disputing process* può assumere diverse modalità e presentare caratteristiche particolari. Il terzo cioè può assumere la veste di “mediatore”, disinteressato rispetto alla soluzione del conflitto, il quale non opera sulla base di criteri normativi; la veste di “giudice”, imparziale rispetto al conflitto, il quale opera secondo criteri normativi predefiniti e con lo sguardo al passato; la veste di “amministratore”, parte in causa nel conflitto, che regola sulla base di norme generali già date ovvero norme particolari, da esso create per l'occasione; su questi argomenti, cfr. le interessanti riflessioni di T. ECKHOFF, *Il mediatore, il giudice e l'amministratore nella soluzione dei conflitti*, in A. Gian-santi – V. Pocar (a cura di), *La teoria funzionale*, Milano 1983, 159 ss.

<sup>58</sup> È questo, uno dei casi in cui, anche nella fase di esecuzione del contratto, la valutazione dell'amministrazione di recedere o meno dal rapporto negoziale in applicazione della normativa antimafia è considerato come esercizio di un potere autoritativo devoluto al sindacato del giudice amministrativo: Cass., Sez. un., 28 novembre 2008, n. 28345; Cons. Stato, IV, 20 luglio 2016, n. 3247; TAR Calabria, Reggio Calabria, 14 gennaio 2019, n. 17.

zionali dichiarative della nullità dell'affidamento e sulla conseguente sorte di quel contratto<sup>59</sup>. Il Codice del processo amministrativo – che pure disciplina all'art. 31, co. 4, l'azione generale di nullità nei confronti degli atti amministrativi – agli articoli 121 e 122 contempla solo l'ipotesi dell'annullabilità dell'aggiudicazione<sup>60</sup>; e la stessa giurisprudenza amministrativa, del resto, esclude che la nullità del provvedimento possa essere rilevata d'ufficio dall'amministrazione<sup>61</sup>.

Tralasciando per il momento l'individuazione delle cause di tale nullità, affrontiamo il problema delle sue possibili conseguenze sul contratto, laddove fosse ravvisata.

Nei precedenti paragrafi s'è detto che il regime dell'inefficacia eventuale di cui agli artt. 121 e 122 cod. proc. amm. si collega ad un precedente giudizio di *annullamento* dell'aggiudicazione. All'ipotesi di aggiudicazione dichiarata nulla, dunque, quella disciplina speciale è inapplicabile. Anzi, a quest'ipotesi dovrebbe corrispondere *a fortiori* un regime di inefficacia assoluta e non convalidabile del contratto, che comunque andrebbe giurisdizionalmente dichiarata, se non altro per affrontare il problema degli effetti e delle conseguenze materiali che la sua esecuzione ha comunque prodotto; effetti e conseguenze che occorre in concreto eliminare o forse conservare (e che saranno conservati se l'interessato non agisce nei 180 giorni previsti dall'art. 31, co. 4 cod. proc. amm.)<sup>62</sup>.

D'altra parte, potrebbe anche dubitarsi che tali controversie sulla sorte del contratto possano restare attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: è vero che un atto amministrativo nullo resta qualificabile come provvedimento amministrativo (così, l'art. 21-*septies*, l. 241/1990) e quindi resta

<sup>59</sup> Ad esclusione ovviamente dei casi di nullità per violazione ed elusione del giudicato, che però è questione diversa, quasi eccentrica rispetto all'art. 21-*septies*, l. n. 241/1990, idonea più che altro, a contrastare definitivamente il principio che l'atto contrario al giudicato debba essere impugnato entro il breve termine di decadenza. In realtà, più che nell'istituto delle nullità, tale fattispecie sembra inquadarsi nel tema della forza del giudicato e della relativa azione di ottemperanza; non a caso i legittimati all'azione sono solo le parti interessate all'esecuzione della sentenza.

<sup>60</sup> Gli artt. 121, 122, 125 e 133, cod. proc. amm. parlano esclusivamente di "annullamento" dell'aggiudicazione definitiva, non affrontando in alcun modo il fatto che l'aggiudicazione potrebbe essere nulla ex art. 21-*septies*, l. n. 241/1990.

<sup>61</sup> Cons. Stato, IV, 28 ottobre 2011, n. 5799.

<sup>62</sup> A questo riguardo è utile ricordare che la tesi dell'efficacia immediatamente e retroattivamente caducante dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto è stata in passato elaborata proprio sulla drastica necessità di evitare il benché minimo filtro giurisdizionale successivo, anche una pronuncia dichiarativa di nullità (cfr. Cons. Stato, VI, n. 2332/2003); una tesi, tuttavia, che non tiene conto del fatto che alcune trasformazioni prodotte dall'esecuzione del contratto possono costituire un limite alla retroattività della caducazione (*factum infectum fieri nequit*), restando indispensabile una camera di compensazione per valutare il da farsi e quindi una prudente valutazione del giudice su quello che si può rimuovere e quello che è più opportuno conservare. D'altra parte, è questo il senso del termine di decadenza imposto all'azione di nullità nel Codice del processo amministrativo; al pari dei termini di decadenza imposti dal diritto commerciale a proposito della nullità di alcune delibere societarie (v. *retro*).

rintracciabile l'esercizio di un potere a giustificare la presenza del giudice amministrativo; ma è anche vero che l'art. 133 cod. proc. amm.- si ribadisce – attribuisce alla giurisdizione amministrativa esclusiva il sindacato sull'inefficacia del contratto soltanto a seguito di *annullamento* dell'aggiudicazione.

Quanto alle cause di nullità dell'aggiudicazione, più probabili sembrano le ipotesi di nullità per difetto di forma; ma possono ipotizzarsi, nella pratica, anche casi di difetto assoluto di attribuzione o un'ulteriore serie di possibilità, al momento non troppo valorizzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che però potrebbero prestarsi ad interessanti elaborazioni teoriche. Ad esempio, nonostante la formulazione piuttosto ellittica dell'art. 21-*septies*, il suo parziale allineamento ai concetti teorico-generalisti espressi nel codice civile potrebbe far ipotizzare casi di nullità da illecito; non può escludersi, infatti, che tra gli elementi essenziali del provvedimento ci sia anche la conformità, non alle comuni norme imperative – ipotesi di mera illegalità, sanzionate come detto con l'annullabilità dell'atto ex art. 21-*octies*, l. n. 241/1990 – bensì alle norme e ai principi che custodiscono i valori primari della convivenza civile, i “principi giuridici ed etici fondamentali”<sup>63</sup>.

In tale prospettiva, potrebbe meglio valutarsi la condizione del provvedimento difforme rispetto a regole ultra-imperative, da individuare in base al concetto di “ordine pubblico economico”<sup>64</sup>. Potrebbe ipotizzarsi, ad esempio, la nullità del provvedimento che aggiudica un contratto pubblico in violazione di alcune particolari norme di evidenza pubblica; segnatamente quelle che, attuative della disciplina europea, sono più direttamente a presidio della libertà di concorrenza fra operatori economici, che sono state talora considerate dal giudice amministrativo come “dettate nel pubblico interesse [e] concernono in definitiva

---

<sup>63</sup> Si richiama in questa sede la nozione di causa concreta del contratto, intesa come funzione individuale dello specifico negozio: “lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare”, Cass., 8 maggio 2006 n. 10490; Sez. un., 6 marzo 2015 n. 4628. Non v'è dubbio che quando l'amministrazione aggiudica senza una procedura pubblicizzata (o addirittura senza una formale procedura) o quando la procedura violi norme di particolare rilevanza (v. *infra*), gli interessi che i contraenti intendono realizzare vanno ben oltre i consueti confini del contratto pubblico; e la cosa non cambia se l'interesse contrattuale illecito riguarda solo l'aggiudicatario.

<sup>64</sup> La giurisprudenza costituzionale e della Corte di cassazione distinguono tra la categoria delle norme *meramente* imperative, come fonte di “ristretta legalità”, che invalida il negozio o l'atto costitutivo del rapporto a norma dell'articolo 1418 primo comma codice civile e la categoria delle norme imperative “generaliste e fondamentali” nonché dei “principi basilari pubblicistici dell'ordinamento”, la cui violazione produce “illiceità in senso forte”, in base all'art. 1343 c.c. Si tratta insomma delle regole e dei principi in cima alla gerarchia dei valori protetti dal vigente ordinamento, Corte cost., 19 giugno 1990 n. 296. Negli stessi termini, Cass., Sez. un. 11 gennaio 1973, n. 63; Sez. un. 8 maggio 1976 n. 1609; Cass., 3 aprile 1989 n. 1613; 23 maggio 1987, n. 4681; 28 gennaio 1983, n. 808. Per il concetto di ordine pubblico in relazione alle norme imperative, Cass., 5 luglio 1971, n. 2091.

l'ordine pubblico economico"<sup>65</sup>. Potrebbero ritenersi nulle, dunque, le aggiudicazioni di contratti pubblici avvenute addirittura in assenza di formali procedure selettive, magari per violazione delle regole sulla pubblicità di bandi e avvisi (uno dei casi previsti dall'art. 121, co. 1, cod. proc. amm.).

Ed ancora, in tema di gare pubbliche, potrebbe ipotizzarsi la nullità dei provvedimenti che aggiudicano contratti pubblici in violazione della normativa antimafia, espressamente definita dalla giurisprudenza amministrativa come finalizzata «alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica Amministrazione»<sup>66</sup>. Anche in questo caso, come nel precedente, la condizione di nullità dell'aggiudicazione sembra più in asse rispetto alla regola di inalienabilità prevista dall'art. 94, co. 3, d.lgs. cit. 159/2011.

Sempre considerando alla stregua di un elemento essenziale dell'atto amministrativo la sua conformità alle norme che custodiscono i valori primari della convivenza civile, un'ulteriore ipotesi di nullità potrebbe rilevarsi nei casi di provvedimento amministrativo adottato nel quadro di una più ampia fattispecie penalmente rilevante. La giurisprudenza del giudice amministrativo, dopo una prima apertura in tal senso<sup>67</sup>, ha ribadito il precedente orientamento<sup>68</sup>, ritenendo che, di fronte ad una sentenza irrevocabile del giudice penale – con efficacia di giudicato nel processo amministrativo limitatamente all'accertamento dell'esistenza e della illiceità penale del fatto ed alla affermazione che l'imputato lo ha commesso – il provvedimento amministrativo conseguente alla condotta illecita non è nullo bensì annullabile e la questione della sua illegittimità – salvo i casi in cui quell'atto sia eventualmente ancora impugnabile in sede giurisdizionale

<sup>65</sup> Cons. Stato, V, 1° marzo 2010 n. 1156 che ha confermato TAR Lazio, II-ter, 27 luglio 2007, n. 7119 (in una procedura di privatizzazione societaria attraverso la cessione di azioni da parte di un ente locale, il giudice amministrativo, accertata la violazione delle norme di gara, ha dichiarato la nullità degli atti amministrativi e negoziali attuativi la vendita, superando eccezioni di tardività e inammissibilità dell'azione). Sulla ascrivibilità delle norme di evidenza pubblica all'ordine pubblico economico, v. anche TAR Lombardia, III, 5.12.2002 n. 4724 secondo il quale «il contratto stipulato a seguito della conclusione di una procedura di gara i cui atti siano stati annullati in sede giurisdizionale è nullo e privo di effetti per illiceità dell'oggetto, derivante dalla violazione delle norme imperative dettate dalle leggi in materia di pubblici appalti che impongono il previo esperimento di gare e procedimenti di scelta del contraente tipizzati ai fini dello sviluppo di effettiva concorrenza nel settore degli appalti pubblici». Sull'assimilazione all'ordine pubblico economico delle norme e dei principi della libera concorrenza e, più in generale, della libera iniziativa economica, cfr. A. Di Majo, *La nullità*, cit., 80; G.B. Ferri, *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano 1978, 1055 ss. In giurisprudenza, v. anche Cass., 19 dicembre 2001, n. 16026.

<sup>66</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 6 aprile 2018 n. 3; III, 3 maggio 2016 n. 1743; III, 31 dicembre 2014 n. 6564.

<sup>67</sup> In tal senso, espressamente, Cons. Stato, V, 4 marzo 2008 n. 890.

<sup>68</sup> Cons. Stato, V, 17 febbraio 2014, n. 755, in richiamo di Ad. plen., 6 maggio 1976 n. 3; ritiene che tra reato ed illegittimità del provvedimento non vi sia automatismo, Cons. Stato, V, 29 maggio 2019, n. 3583

– deve essere affrontata dall'amministrazione con i poteri discrezionali tipici dell'autotutela decisoria<sup>69</sup>. In tal modo, si finisce per equiparare, quanto alla sorte del contratto già in esecuzione, l'annullamento dell'aggiudicazione adottata in ambiente penalmente rilevante all'annullamento dell'aggiudicazione per qualunque altro (generico) vizio di legittimità.

Da questa prospettiva, si può forse intravedere con maggior chiarezza l'incoerenza tra la rigida disciplina dettata dall'art. 121 e quanto previsto dall'art. 133 cod. proc. amm. (incoerenza che non si riscontra nell'art. 94, co. 3, d.lgs. cit. 159/2011, per la differente applicazione della regola di trasferibilità, v. § 6.1.).

Il Codice del processo amministrativo ha affidato la sorte del contratto al "calcolo dei vizi" di colui che ha la legittimazione e l'interesse a ricorrere (o a non ricorrere), finendo di fatto per attenuare la gravità di quella violazione ed equiparandola agli altri comuni vizi di legittimità; con l'art. 121, co. 1, ha previsto una regola di inalienabilità a tutela di interessi fondamentali, condizionando però la sua applicazione alla valutazione di un interesse personale e patrimoniale. Forse, per quelle ipotesi più gravi, sarebbe possibile affidarsi (con una diversa formulazione dell'art. 133) ad un'azione di nullità, assai più compatibile con le regole sulla privazione degli effetti del contratto disposta dal diritto europeo; il quale, d'altra parte, nella Direttiva 2007/66/CE non sembra avere escluso altre strade (rispetto al giudizio di annullamento) che consentissero ben altra platea di legittimati a contestare la distorsione dell'equilibrio concorrenziale e la violazione dell'ordine pubblico economico<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Secondo il giudice amministrativo, in questi casi non può configurarsi la nullità (per difetto dell'elemento essenziale della volontà, come teorizzato da Cons. Stato, V, cit. n. 890/2008) poiché l'interruzione del nesso di immedesimazione organica tra l'amministrazione ed il funzionario condannato rileva esclusivamente ai fini del giudizio di responsabilità (vale a dire, per l'individuazione dei soggetti chiamati a rispondere dei danni) e non per l'accertamento della validità dell'atto; né, d'altra parte, la tesi della nullità sarebbe supportata dagli art. 21-*septies* e 21-*octies*, l. n. 241/1990 poiché "tra le norme di legge – che comportano l'annullabilità dell'atto amministrativo (...) – non possono distinguersi quelle più gravi (tra cui quelle costituenti reato) o quelle meno gravi". Si tratta di una tesi giurisprudenziale che alimenta qualche perplessità per il fatto di richiamare un "antico" precedente (l'Adunanza plenaria del 1976), anteriore alla disciplina legislativa sulla nullità dell'atto amministrativo e sulla relativa azione processuale di accertamento; nonché per il fatto di considerare la norma penale, in modo acritico, alla stregua di una qualunque norma imperativa, la cui violazione è sanzionata con l'annullabilità *ex* art. 21-*octies*, l. n. 241/1990.

<sup>70</sup> Non può dirsi che il problema dell'azione di nullità risieda nel termine più lungo (di trenta giorni) per la proposizione del ricorso, come previsto dall'art. 2-*septies*, Dirett. n. 89/665/CEE modif. art. 1, Dirett. n. 2007/66/CE. Innanzi tutto, niente esclude che il legislatore nazionale abbrevi il termine di decadenza dell'azione di nullità, come ha già fatto per il giudizio di annullabilità. In secondo luogo, per molti dei casi di cui all'art. 121 co. 1, cod. proc. amm. – relativi ad aggiudicazioni avvenute senza previa pubblicazione del bando o dell'avviso di gara, fuori dei casi in cui ciò è consentito, e nei quali l'amministrazione abbia ommesso di pubblicare gli avvisi o le informazioni contenenti i motivi della mancata pubblicazione ovvero qualora tali avvisi non siano conformi alle prescrizioni ivi contenute – il termine di impugnazione è di sei mesi (art. 2-*septies*, lett. *b*, Dir. n. 89/665/CEE modificata dall'art. 1, Dir. n. 2007/66/CE; art. 120, co. 2, cod. proc. amm.).

### Abstract

Il rapporto tra l'annullamento dell'aggiudicazione e le sue conseguenze sul contratto pubblico già stipulato costituisce un problema conosciuto ed affrontato dal diritto europeo e dalle norme del codice del processo amministrativo che nel 2010 lo hanno recepito. Tra le difficoltà interpretative di queste norme, c'è quella relativa alla natura e alla giustificazione dell'inefficacia del contratto disposta dal giudice amministrativo. Nel saggio si contesta l'idea che tale inefficacia sia la conseguenza tipica della condizione di nullità del contratto, derivante dall'annullamento dell'aggiudicazione, preferendosi piuttosto l'idea che quell'inefficacia costituisca uno strumento atipico e slegato dai difetti intrinseci dell'atto, previsto dal legislatore a garanzia della miglior protezione del mercato concorrenziale e di altri interessi sociali, compatibilmente con l'interesse di colui che ottiene l'annullamento dell'aggiudicazione. Le norme del codice del processo esaminate, pur con alcuni vuoti di disciplina, orientano la soluzione giuridica processuale verso un'efficiente allocazione di risorse scarse, individuando il rimedio di tutela più favorevole ad un'ottimale distribuzione, indirizzando il peso della decisione sulla parte del conflitto più idonea a sostenerne il costo.

#### Considerations on the ineffectiveness of the contract after the cancellation of the award

by Fabrizio Luciani

The relationship between the cancellation of the award and its consequences on the public contract already concluded is a problem known and addressed by European law and by the rules of the Code of Administrative Procedure that in 2010 transposed it. Among the difficulties of interpretation of these rules, there is that relating to the nature and justification of the ineffectiveness of the contract ordered by the Administrative judge. In particular, the essay disputes the idea that such ineffectiveness is the typical consequence of the condition of nullity of the contract, resulting from the cancellation of the award, preferring rather the idea that ineffectiveness is an atypical instrument and unrelated to the intrinsic defects of the act, provided by the legislator to guarantee the best protection of the competitive market and other social interests, compatible with the interest of the person who obtains the cancellation of the award. The rules of the process Code examined, although contains some gaps in the legal framework, addresses the procedural legal solution towards an efficient allocation of weak resources, identifying the most suitable protection remedy to promote an optimal distribution, entailing the burden of the solution on the conflict part most suitable to bear the cost.

# Diritti sociali e principio dell'equilibrio di bilancio: le dinamiche di un rapporto "complicato" nel prisma delle decisioni giudiziali

di Alberto Zito

SOMMARIO: 1. L'introduzione in Costituzione del principio dell'equilibrio di bilancio e i molteplici effetti che determina sui tratti qualificanti del nostro sistema giuridico. – 2. Diritti sociali ed equilibrio di bilancio: cenni sui modelli teorici. – 3. Le dinamiche del rapporto tra diritti sociali ed equilibrio di bilancio nelle decisioni del giudice amministrativo con particolare riguardo alla tutela del diritto allo studio del disabile. – 4. Considerazioni conclusive.

## 1. *L'introduzione in Costituzione del principio dell'equilibrio di bilancio e i molteplici effetti che determina sui tratti qualificanti del nostro sistema giuridico*

L'art. 81 della Costituzione prevede che lo Stato assicuri l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico (comma 1); che il ricorso all'indebitamento sia consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere, adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali (comma 2); che il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni siano stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti (comma 6).

L'art. 97, comma 1, della Costituzione prevede che le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurino l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.

L'art. 119 della Costituzione prevede che i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni abbiano autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e concorrano ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea (comma 1) e che possano ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento, con la contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio (comma 6).

Le norme costituzionali ricordate, che sono state, insieme ad altre, modificate nel 2012 per effetto degli obblighi assunti a livello europeo, sono riconducibili secondo una parte della dottrina alle cosiddette *balanced budget rules* ossia a quelle regole che esprimono prescrizioni puntuali in tema di bilancio pubblico che possono essere sia di tipo procedurale sia di tipo sostanziale (in quest'ultimo caso attraverso l'utilizzo di grandezze numeriche o l'implicito rinvio ad esse). Anche a non volere ricondurre le norme costituzionali all'interno della ricordata categoria, resta il fatto che il principio dell'equilibrio di bilancio finisce indubbiamente

per limitare l'area delle scelte che gli organi titolari dell'indirizzo politico possono compiere rispetto alla politica economica e fiscale che, proprio dai suddetti vincoli vengono in larga misura ad essere condizionate<sup>1</sup>.

È del tutto naturale pertanto che le modifiche introdotte abbiano fatto sorgere una serie di questioni di particolare rilevanza<sup>2</sup>. Sebbene tali modifiche si siano inserite in un processo già avviato, tuttavia, un cambiamento della Costituzione economica, come quello che si è realizzato, segna un passaggio di grande intensità<sup>3</sup>.

In estrema sintesi si può dire che le questioni sulle quali si è sviluppato un vigoroso dibattito siano le seguenti. Innanzi tutto ci si è interrogati se, per effetto in particolare di quanto dispone il nuovo art. 81, vi sia stata, se non la costituzionalizzazione di una determinata dottrina economica a scapito delle altre, quantomeno una espressione di disfavore nei confronti della dottrina keynesiana, con la conseguenza che all'azione di politica economica dello Stato sia precluso oggi di seguire i canoni elaborati dalla dottrina "avversata"<sup>4</sup>.

Si tratta di una questione di non poco conto solo che si rifletta sulla circostanza che la nostra scienza costituzionalista, negli anni Settanta ed Ottanta del

<sup>1</sup> Sulle *balanced budget rules* e sulla loro classificazione cfr. in particolare M. MARÈ, M. SARCINELLI, *La regola del bilancio in pareggio: come assicurarla e a quale livello di governo*, in *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Giuffrè, Roma, 2013, 51 ss. Si esprime con decisione per la riconduzione delle regole introdotte con la riforma costituzionale del 2012 nella suddetta categoria, O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, in *Quaderni Costituzionali*, 2016, 455 ss.

<sup>2</sup> Le modifiche, collegate alla problematica del bilancio, hanno riguardato non soltanto gli articoli della Costituzione citati nel testo ma anche l'art. 117 nella parte relativa all'attribuzione alla competenza legislativa esclusiva dello Stato della materia.

<sup>3</sup> La circostanza che nella modifica della Costituzione arrivi a definizione un percorso già avviato è ricordato da G. RIVOSECCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2016, 1-26, secondo il quale "la legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 ... pur essendo stata approvata piuttosto rapidamente in Parlamento ..., non dovrebbe considerarsi frutto di un adeguamento repentino e ineluttabile dell'ordinamento interno ai vincoli sovranazionali..." (2). Riesce tuttavia difficile negare che la riforma della Costituzione, pur potendo essere vista come l'approdo di un processo già avviato, introduca a tale livello innovazioni in grado di toccare tratti qualificanti del sistema istituzionale perlomeno per come interpretato e ricostruito a partire dal secondo dopoguerra. Per dovere di completezza si deve anche ricordare come esista una tesi contraria a quella appena esposta (cfr. per tutti G. DELLA CANANEA, *Lex fiscalis europea*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2014, 7-28).

<sup>4</sup> La questione è posta e discussa in particolare da O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio ...*, cit., secondo cui la regola costituzionale del pareggio di bilancio contenuta nell'art. 81 della Costituzione "esprime un favor «per i dogmi di una specifica teoria economica» di orientamento antikeynesiano" (455). Se nel saggio richiamato la dottrina economica nei cui confronti la Costituzione esprimerebbe una preclusione o un giudizio di disvalore è individuata chiaramente, meno netta è l'indicazione della dottrina economica "privilegiata". Quest'ultima dovrebbe essere quella monetarista della c.d. Scuola di Chicago. Fa espresso riferimento alle teorie monetariste per indicare la dottrina economica che sta alla base delle riforme L. ANTONINI, *Armonizzazione contabile e autonomia finanziaria degli enti locali*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 1, 6.

secolo scorso, aveva considerato virtuosa la scelta dei costituenti di astenersi dal formulare norme sul bilancio che per il loro contenuto potessero prestarsi ad una lettura orientata verso l'adesione ad una qualche teoria economica<sup>5</sup>.

In secondo luogo il dibattito si è sviluppato sul dilemma "equilibrio di bilancio- pareggio di bilancio", alimentato dalla circostanza che, mentre l'art. 81 della Costituzione parla di equilibrio, il titolo della legge costituzionale n. 1/2012 parla di pareggio di bilancio. La problematica non è affatto banale e men che mai nominale sia perché i due termini veicolano due significati diversi sia perché essa finisce per evocare ed intercettare la teoria dei controlimiti<sup>6</sup>.

Ma accanto a queste questioni, altre, come detto, hanno catturato l'attenzione della dottrina. L'introduzione del principio dell'equilibrio di bilancio sembra sancire una profonda modifica del rapporto tra il Parlamento e il Governo con uno spostamento di poteri a favore di quest'ultimo in grado di incidere sulla stessa forma di governo<sup>7</sup>. Ed ancora il vincolo dell'equilibrio sembra alterare il rapporto tra Stato centrale e Regioni limitando fortemente l'autonomia finanziaria di queste ultime<sup>8</sup>. Da ultimo, ma non certamente per ultimo, il principio in questione sembra in grado di produrre effetti sull'effettiva tutela dei diritti sociali

---

<sup>5</sup> Tra i tanti cfr. in particolare A. BRANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, Giuffrè, Milano, 1985; M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, V, Utet, Torino, 1990. Sull'argomento cfr. di recente da G. RIVOSACCHI, *L'equilibrio di bilancio ...*, cit., secondo cui "non può non convenirsi che, quantomeno in origine la nostra Carta fondamentale non aveva accolto alcun vincolo prescrittivo nel senso del pareggio del bilancio, il quale non poteva ritenersi ontologicamente sovraordinato rispetto allo squilibrio o all'avanzo, atteso che le tre soluzioni possibili erano comunque consentite dalle norme costituzionali stesse" (2). Si deve ricordare anche la posizione, che pare minoritaria, di chi riteneva che nell'originario art. 81 della Costituzione fosse contenuta la regola del pareggio di bilancio dal momento che il testo prevedeva che ogni legge comportante nuovi o maggiori oneri doveva provvedere ai mezzi per farvi fronte (cfr. G. DI GASPARE, *L'art. 81 della Costituzione, abdicazione della sovranità finanziaria dello Stato?*, in *Amministrazione in cammino*, 2014, 2-4).

<sup>6</sup> Secondo M. Luciani, infatti, se si ritenesse che il rifiuto dell'adesione ad una particolare dottrina economica costituisca un principio costituzionale e se parimenti emergesse anche per effetto delle decisioni assunte in sede europea un irrigidimento della possibilità di scegliere tra politiche economiche e di bilancio diverse, allora dovrebbe scattare la garanzia dei controlimiti (cfr. M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in *Il principio dell'equilibrio di bilancio ...*, cit., 153).

<sup>7</sup> In proposito cfr. G. SCACCIA, *L'equilibrio di bilancio tra Costituzione e vincoli europei*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2013, n. 2.

<sup>8</sup> In proposito cfr. L. ANTONINI, *Armonizzazione contabile ...*, cit.; M. CECCHETTI, *Legge costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della Parte II della Costituzione: profili di contro-riforma dell'autonomia regionale e locale*, in *La nuova governance fiscale europea: Fiscal Pact, cornice europea e modifiche costituzionali in Italia: problemi aperti e prospettive* (Atti del Seminario Luiss Guido Carli, 9 novembre 2012), secondo cui "... l'approvazione della legge cost. n. 1 del 2012, a dispetto del totale silenzio sul punto, determina una sensibile riduzione dell'autonomia regionale e locale perché diminuisce fortemente l'autonomia finanziaria o, quantomeno, aumentano a dismisura i vincoli che il legislatore statale può unilateralmente imporre sulle entrate e sulla spesa degli enti territoriali" (10).

i quali, come noto, sono diritti che necessitano di adeguate risorse finanziarie, sicché una limitazione dei canali di reperimento di tali risorse, derivanti dalla necessità di garantire, se non il pareggio, quantomeno l'equilibrio di bilancio, non può che riverberarsi sugli stessi<sup>9</sup>.

Come è evidente le questioni ricordate sono tutte di primaria importanza<sup>10</sup> perché toccano profili che definiscono strutturalmente e funzionalmente i tratti qualificanti di un ordinamento politico e giuridico<sup>11</sup>.

Esiste peraltro un *file rouge* che lega i temi evocati e che li fa apparire in una visione d'insieme in tutta la loro problematicità. L'introduzione a livello costitu-

---

<sup>9</sup> Pone la questione in modo chiaro O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio ...*, cit.: "Prima dell'entrata in vigore della legge costituzionale 1/2012, il principio dell'equilibrio finanziario era tratto dalla precedente formulazione del comma 4 dell'art. 81, secondo cui «ogni legge che importi nuovo o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte». La sua elaborazione era legata alla giurisprudenza costituzionale in tema di stato sociale e rispondeva allo scopo di consentire, da un lato, alla Corte costituzionale di adottare sentenze implicanti oneri finanziari aggiuntivi a carico del bilancio pubblico; e, dall'altro lato, permetteva alla Corte di inquadrare i problemi di costituzionalità relativi ai diritti sociali all'interno di un più ampio e articolato complesso di considerazioni. In particolare, il principio dell'equilibrio finanziario non operava come motivo di censura dell'incostituzionalità delle leggi, ma al contrario la sua funzione era quella di «salvare» dalla declaratoria di illegittimità quelle leggi che altrimenti sarebbero state invalide alla luce di altri parametri, isolatamente considerati" (461-462). Sul rischio di decostituzionalizzazione dei diritti sociali per effetto dei vincoli di bilancio cfr. F. LOSURDO, *Lo stato sociale condizionato. Stabilità e crescita*, Giappichelli, Torino, 2016, in particolare 121. Per un'accurata analisi dello stato dell'arte in tema di diritti sociali e di servizi che ne garantiscono la tutela cfr., nella prospettiva della scienza del diritto amministrativo, M. DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir. Amm.*, n. 3, 2018, 587 ss.

<sup>10</sup> A rimarcare il notevole impatto che si è avuto per effetto delle modifiche costituzionali ricordate nel testo, si deve altresì ricordare come da tali modifiche sia stata intercettata anche la tematica dell'indebitamento con la previsione di vincoli stringenti al suo utilizzo. In proposito, come è stato giustamente ricordato, l'indebitamento da decisione sostanzialmente libera, qual era ritenuta nel nostro sistema (e comunque largamente praticata), diventa una eccezione costituzionalmente condizionata (cfr. A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 1, 6).

<sup>11</sup> Nel testo si sono ricordati i problemi per così dire "apicali" posti dalle novità introdotte a livello costituzionale sul bilancio. Queste ultime peraltro hanno determinato effetti anche sul piano strettamente organizzativo delle pubbliche amministrazioni. Al riguardo merita di essere quantomeno ricordata l'attribuzione all'ufficio del responsabile del servizio finanziario dell'ente locale di una funzione peculiare avente ad oggetto la salvaguardia degli equilibri finanziari complessivi della gestione e dei vincoli di finanza pubblica dell'ente stesso avvenuta con il D.L. 10 ottobre 2012, n. 174. La peculiarità consiste nel fatto che il responsabile finanziario agisce in autonomia nei limiti di quanto disposto dai principi finanziari e contabili, dalle norme ordinarie e dai vincoli di finanza pubblica. Il ricorso al concetto di autonomia segnala probabilmente l'attribuzione all'ufficio di una funzione ulteriore: non già solo cooperare per quanto di competenza allo svolgimento dell'attività dell'ente locale finalizzata alla cura degli interessi pubblici ad esso attribuiti, quanto garantire in autonomia un ulteriore interesse pubblico avente portata generale rappresentato dall'equilibrio di bilancio. Per un approfondimento di questa tematica si rinvia a S. DETTORI, *La funzione di salvaguardia del responsabile del servizio finanziario degli enti locali nella teoria dell'organizzazione amministrativa: profili critici*, in questa *Rivista*, 2017, n. 3, 583 ss.

zionale del principio dell'equilibrio del bilancio (e anche del principio della sostenibilità del debito) rimette in discussione il rapporto tra sistema politico e sistema economico e la pretesa del primo di porsi come elemento di regolazione e/o di direzione del secondo. Si assiste insomma ad una sorta di rovesciamento di tale rapporto, perché è il sistema economico che sembra rivendicare ed ottenere una sorta di supremazia nei confronti del sistema politico definendo lo spazio in cui quest'ultimo può operare e decidere. Per dirla con le parole di un noto sociologo del diritto oggi è il sistema economico che struttura e definisce le prestazioni che il sistema politico può e deve dare senza che sia possibile andare oltre<sup>12</sup>, sicché al diritto altro non spetta se non assecondare una tale dinamica.

Si badi bene, siamo ben oltre l'idea, cara al liberalismo, dell'autonomia tra i due sistemi, perché nel pensiero liberale tale autonomia non implica almeno a livello concettuale la negazione della capacità di regolazione del sistema politico, ma ne fissa i limiti al fine di consentire il corretto dispiegarsi dell'agire economico<sup>13</sup>.

Come è facile intuire, si tratta di un cambiamento che rimette in discussione un orizzonte concettuale di fondo che poteva darsi per acquisito sino a pochi anni addietro non solo nella riflessione giuridica, ma anche nella riflessione di altre discipline contermini.

Tanto detto, l'obiettivo del presente lavoro è quello di riflettere sull'ultima delle questioni indicate ossia l'incidenza che il principio dell'equilibrio di bilancio ha sui diritti sociali e sulla garanzia di una loro effettiva tutela da parte del pubblico potere. Tale scelta non deriva da una maggiore importanza di questo tema rispetto agli altri perché, come si è detto, tutti hanno pari valore e rilevanza, bensì dalla circostanza che, rispetto ai diritti sociali, possiamo disporre non soltanto delle riflessioni della dottrina, ma anche delle decisioni dei giudici che costituiscono dunque un banco di prova particolarmente significativo per comprendere le ricadute che il nuovo assetto normativo ha determinato, determina e determinerà sulla vita reale delle persone, sui loro bisogni, sulle loro aspirazioni, insomma sulla dignità e qualità della vita stessa.

---

<sup>12</sup> La terminologia e i concetti utilizzati nel testo sono, come è evidente, tratti da N. LUHMANN di cui si veda in particolare, nell'ambito della vastissima produzione scientifica, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 1990.

<sup>13</sup> La questione posta nel testo è assai complessa. In proposito si può dire che la ridefinizione del rapporto tra sistema politico e sistema economico, nei termini indicati nel testo, sia certamente l'effetto dei processi di globalizzazione e dell'apertura generalizzata dei mercati, dalla quale è scaturita una capacità di mobilità del capitale prima sconosciuta sia dal punto di vista materiale sia dal punto di vista giuridico e dunque la capacità di esercitare un potere di fatto enorme nei confronti delle istituzioni statali e sovranazionali le cui decisioni vengono condizionate dalle scelte anche solo annunciate da parte dei detentori del potere finanziario. Più problematico è capire se la globalizzazione, per come si sta realizzando, sia riconducibile nello schema del liberalismo classico. A parere di chi scrive tale riconduzione è assai dubbia se non a prezzo di depauperare la ricchezza del pensiero liberale instaurando una equazione biunivoca tra questo pensiero e il mercato, che invece costituisce solo una delle istituzioni fondanti la società liberale.

In proposito sul rapporto tra vincoli di bilancio e diritti sociali ha avuto modo di pronunciarsi non soltanto la Corte Costituzionale, ma anche il giudice di merito ed in particolare il giudice amministrativo. La tutela di tali diritti richiede infatti necessariamente un impegno dei pubblici poteri sia in termini di risorse sia in termini di organizzazione ed erogazione delle prestazioni con la conseguenza che dalle scelte, dai comportamenti, dalle azioni e dagli atti conseguenti possono originarsi controversie la cui soluzione implica che si faccia applicazione (anche) delle norme e dei principi in tema di vincoli di bilancio. La portata di questi ultimi può dunque essere saggiata sul singolo caso concreto, sullo specifico episodio della vita intorno al quale nasce la controversia, il che consente anche di assumere nella riflessione il punto di vista del diritto vivente.

## 2. *Diritti sociali ed equilibrio di bilancio: cenni sui modelli teorici*

La tutela effettiva dei diritti sociali, come peraltro di tutti i diritti fondamentali (compresi i diritti di libertà), ha senza dubbio un costo che grava sulle finanze pubbliche<sup>14</sup>. Da questa constatazione di realtà nasce storicamente la formula dei diritti sociali come diritti finanziariamente condizionati. Sempre da ciò si origina anche quello che è stato definito il paradosso dei diritti sociali: al loro riconoscimento non consegue sempre e comunque il loro effettivo godimento, sicché in mancanza di risorse adeguate essi sono contemporaneamente riconosciuti e violati<sup>15</sup>.

Al paradosso appena ricordato la scienza del diritto, in particolare quella costituzionalistica, ha tentato di porre rimedio lavorando a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso sull'individuazione di quello che viene definito il nucleo indefettibile del diritto sociale. Le formule linguistiche talvolta variano, ma la sostanza che intendono veicolare è la stessa: esiste un *minimum* di tutela che va garantita e che dunque si sottrae a qualsiasi negoziabilità rispetto alle esigenze di tipo finanziario<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Ricordare, come si è fatto nel testo, che la garanzia effettiva di tutti i diritti, compresi i diritti di libertà, richiede un impegno finanziario da parte delle istituzioni pubbliche serve per contrastare l'idea, ancora molto diffusa, che soltanto i poveri, con i loro diritti sociali, costino alla società. Sul tema del costo dei diritti peraltro si può senz'altro rinviare ad un testo, che è ormai un classico sull'argomento, S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, trad. it., il Mulino, Bologna, 2000.

<sup>15</sup> Così F. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb. Com.*, 2017, 623 ss., secondo cui il paradosso dei diritti sociali sta nel fatto che essi sono "per un verso, diritti che i poteri pubblici non possono sempre garantire, in ragione del loro costo a fronte della limitatezza delle risorse e della pluralità dei compiti propri dell'apparato" e "per altro verso diritti esistenti che in questo modo i poteri pubblici violano, crediti che il debitore non può soddisfare ma di cui non può negare l'esistenza o disfarsi".

<sup>16</sup> Sul punto cfr. F. PALLANTE, *Dai vincoli "di" bilancio ai vincoli "al" bilancio*, in *Giurisprudenza*

Le ricordate innovazioni costituzionali possono però mettere in crisi tale (maggioritaria) posizione teorica. Le avvisaglie si colgono già a livello di riflessione dottrinale nella posizione di chi sostiene che, in particolare dopo la novella dell'art. 97 della Costituzione, la costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio ha contribuito a superare il paradosso dei diritti sociali. E ciò nel senso che, rispetto al precedente assetto, il condizionamento finanziario diventa intrinseco al diritto sociale quale situazione giuridica soggettiva prevista dalla norma. La conseguenza logica di tale impostazione è che il diritto sociale ha una estensione limitata ovvero non esiste tutela se la prestazione necessaria a soddisfarlo comporta una violazione del pareggio tra entrate e uscite<sup>17</sup>.

È facile capire come questa proposta ricostruttiva, se radicalizzata, possa portare a rimettere in discussione l'idea stessa del nocciolo duro del diritto. Non è necessario per il momento sottoporre a vaglio critico una tale posizione. Ai fini del discorso che si intende svolgere è sufficiente sottolineare come i modelli che vengono offerti dalla comunità dei giuristi sul tema dei diritti sociali siano oggi perlomeno due (ma come si vedrà non solo due).

Vi è in primo luogo il modello, per così dire, classico basato sulla teoria del nucleo indefettibile di tali diritti che si può definire come modello del diritto sociale esternamente condizionato. In tale modello il principio dell'equilibrio di bilancio gioca un duplice ruolo: è un vincolo per l'appunto esterno al diritto sociale ed è un vincolo che incontra un limite costituito dal nucleo indefettibile del diritto sociale stesso.

Vi è poi il modello, recentemente proposto, ossia quello prima ricordato, che si può definire modello del diritto sociale costitutivamente condizionato nel quale addirittura il principio dell'equilibrio di bilancio entra per l'appunto come elemento costitutivo e dunque strutturale dello stesso diritto sociale. Si tratta di due modelli antitetici che possono portare a conseguenze opposte sul piano pratico.

Vi sarebbe però un terzo modello, che è necessario ricordare perché ad esso sembra rinviare la sentenza della Corte Costituzionale n. 275/2016, e che può essere definito del diritto sociale costruito non come diritto vincolato dall'equilibrio di bilancio, ma come diritto vincolante il bilancio<sup>18</sup>. Le caratteristiche di questo modello sono così sintetizzabili: il diritto sociale non è subordinato

---

*Costituzionale*, 2016, 2498 ss., al quale si rinvia per le ulteriori indicazioni bibliografiche contenute nella nota 53 del lavoro.

<sup>17</sup> In questi termini F. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio ...*, cit.

<sup>18</sup> La sentenza della Corte Costituzionale citata nel testo è molto nota e commentata e su di essa si tornerà nel prosieguo del lavoro. Approfondite considerazioni sulla sentenza si possono trovare, oltre che nel già citato saggio di F. PALLANTE, anche nel saggio di A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, in *Giur. Cost.*, 2016, 2343 ss. Significative sono però anche le sintetiche considerazioni di L. CARLASSARE, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti invalicabili alla discrezionalità del legislatore*, in *Giur. Cost.*, n. 6, 2016, 2339 ss.

ai vincoli di bilancio, ma vincola le scelte del legislatore (e si può aggiungere della pubblica amministrazione) in tema di costruzione del bilancio eliminando o riducendo fortemente l'area discrezionalità. Come accennato, questo modello sembra essere stato utilizzato nella ricordata sentenza della Corte costituzionale e ripreso in alcune pronunce del giudice amministrativo, che a tale sentenza si sono esplicitamente o implicitamente richiamate. Il che impone di spostare l'analisi su questo terreno.

3. *Le dinamiche del rapporto tra diritti sociali ed equilibrio di bilancio nelle decisioni del giudice amministrativo con particolare riguardo alla tutela del diritto allo studio del disabile*

Al fine di volgere l'analisi nella direzione indicata, è necessario fare un accenno, ancorché rapido, alla giurisprudenza della Corte Costituzionale successiva al 2012 ossia successiva alle modifiche costituzionali.

In proposito si deve ricordare come, dopo questa data, ma prima della richiamata sentenza n. 275/2016, si sono registrate quattro importanti pronunce della Corte sulla tematica del rapporto tra diritti sociali e vincoli di bilancio<sup>19</sup>. Come è stato efficacemente sottolineato, in due casi i vincoli di bilancio hanno prevalso sul diritto sociale (si trattava di diritti previdenziali previsti dall'art. 38 Cost. e di diritti del contribuente previsti dall'art. 53 Cost.)<sup>20</sup>; nel terzo caso il diritto alla previdenza ha prevalso sull'equilibrio di bilancio<sup>21</sup>; nel quarto caso (vertente sul blocco della contrattazione collettiva nel pubblico impiego) l'equilibrio di bilancio ha parzialmente prevalso sul diritto di libertà sindacale perché il blocco della contrattazione collettiva è stato ritenuto in linea con la Costituzione a condizione che ricorrano situazioni che lo giustificano e non assuma una durata indefinita nel tempo<sup>22</sup>.

Dopo le richiamate pronunce è intervenuta la sentenza n. 275/2016 che affronta la questione relativa al diritto allo studio del disabile e che presenta, rispetto alle precedenti, tratti di innovatività in particolare per il seguente passaggio in essa contenuto: *“è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”*.

Al fine di meglio illustrare l'innovatività della sentenza è opportuno sintetizzare il caso affrontato dai giudici. Ad essere censurata era la L.R. Abruzzo n. 78/1978 (come modificata dalla L.R. Abruzzo n. 15/2004) relativamente all'art. 6, comma 2-*bis*. Come si legge nella sentenza la questione di costituzionalità riguardava la citata disposizione nella parte in cui stabiliva, per gli interventi

<sup>19</sup> Cfr. Corte Cost. sentenze n. 264/2012, n. 10/2015, n. 70/2015, n. 178/2015.

<sup>20</sup> Cfr. Corte Cost., sentenze n. 262/2012 e n. 10/2015.

<sup>21</sup> Cfr. Corte Cost., sentenza n. 70/2015.

<sup>22</sup> Cfr. Corte Cost. sentenza n. 178/2015.

previsti dall'art. 5-*bis* della medesima legge e, in particolare per lo svolgimento del servizio di trasporto degli studenti portatori di handicap o di situazioni di svantaggio, che la Giunta regionale garantisse un contributo del 50% della spesa necessaria e documentata dalle Province solo nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa.

La Corte costituzionale, messa di fronte a questa disposizione, ne ha dichiarato l'incostituzionalità limitatamente all'inciso *"nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa"* sulla base dei seguenti passaggi interpretativi. In primo luogo ha ricordato, richiamando i propri precedenti sul punto, che il diritto all'istruzione del disabile, consacrato nell'art. 38 della Costituzione, ha natura di diritto fondamentale e che *"spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica ma venga riempita di contenuto concreto e reale"*. La Corte ha poi affermato che una previsione di legge, come quella contenuta nella legge regionale censurata, che lasci incerto sia l'an del finanziamento sia il *quantum*, rende aleatoria la programmazione del servizio di trasporto per gli studenti disabili e la garanzia dell'effettività dello stesso che non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie, determinando una chiara violazione dell'art. 38 Cost..

Di particolare rilievo sono inoltre le argomentazioni che la Corte spende per confutare le tesi difensive della Regione Abruzzo. In proposito si legge nella sentenza che *"non può neppure essere condivisa in tale contesto la difesa formulata dalla Regione secondo cui ogni diritto, anche quelli incompressibili della fattispecie in esame, debbano essere sempre e comunque assoggettati ad un vaglio di sostenibilità nel quadro complessivo delle risorse disponibili. Innanzitutto, la sostenibilità non può essere verificata all'interno di risorse promiscuamente stanziare attraverso complessivi riferimenti numerici. Se ciò può essere consentito in relazione a spesa di natura facoltativa, diverso è il caso di servizi che influiscono direttamente sulla condizione giuridica del disabile aspirante alla frequenza e al sostegno della scuola"*.

Al termine del ragionamento compare il passaggio già ricordato (ossia che *"è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione"*). Si deve in proposito osservare che tale affermazione chiude un passaggio argomentativo in cui la Corte dichiara di non condividere l'argomento *"secondo cui, ove la disposizione impugnata non contenesse il limite delle somme iscritte in bilancio, la norma violerebbe l'art. 81 Cost. per carenza di copertura finanziaria. A parte il fatto che, una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali, è di tutta evidenza che la pretesa violazione dell'art. 81 è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio di bilancio"*.

Si tratta come è evidente di una sentenza assai innovativa, come riconosciuto dalla dottrina. Gli accenti critici sul rigore del ragionamento, che pure sono presenti in alcuni commenti, non ne mettono in dubbio tale carattere<sup>23</sup>.

Proprio per ciò è allora interessante vedere se, e in che modo, essa abbia inciso sulle decisioni del giudice amministrativo con particolare riferimento a quelle che hanno risolto controversie relative alla asserita lesione del diritto allo studio della persona disabile<sup>24</sup>. Sul punto vi sono molte decisioni e tutte in via generale esprimono adesione al modello di tutela dei diritti sociali basato sull'esistenza di un nucleo indefettibile che deve essere garantito dall'amministrazione scolastica<sup>25</sup>. Tra queste se ne staglia una del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana di particolare spessore ed impegno argomentativo che verrà assunta nel prosieguo del discorso come decisione paradigmatica e alla quale si farà d'ora innanzi prevalente riferimento<sup>26</sup>.

In detta decisione vengono in primo luogo richiamate le sentenze della Corte Costituzionale n. 275/2016 e n. 80/2010 per sostenere che, se il diritto allo studio dei disabili gravi non è configurabile come diritto incondizionato, *“esiste pur sempre un nocciolo duro di garanzie atte ad impedire che il diritto allo studio di questi soggetti possa essere semplicemente nominale, sacrificato sull'altare delle disponibilità finanziarie”*<sup>27</sup>. Ciò che è interessante rilevare è che non vi è qui, come più in generale negli orientamenti della giurisprudenza amministrativa, alcuna apertura al modello del diritto sociale costitutivamente condizionato, cui si è accennato nel paragrafo precedente.

Si tratta però di una prima notazione che non chiude certamente il discorso,

---

<sup>23</sup> Tra gli autori che hanno mosso rilievi in tal senso cfr. F. PALLANTE, *Dai vincoli “di” bilancio ai vincoli “al” bilancio*, cit.

<sup>24</sup> Per completezza è opportuno ricordare come, stante il nostro sistema dualista di giustizia amministrativa, che non rende agevole individuare a chi spetti la giurisdizione, se al giudice amministrativo o al giudice ordinario, si rinviengono sul tema della tutela del diritto allo studio del disabile anche sentenze del secondo giudice. Al di là delle incertezze che possono sorgere sull'individuazione del giudice competente, che derivano dalle caratteristiche del sistema prima ricordate e che certamente debbono essere stigmatizzate perché l'incertezza sul punto rende comunque più difficoltosa la tutela, anche il giudice ordinario che decide nel merito assume un orientamento simile a quello del giudice amministrativo. Sul punto cfr. Cass. Civile, Sez. Un. n. 25011/2014. In senso conforme di recente cfr. Tribunale di Rieti, 12 febbraio 2020. Sul tema della giurisdizione cfr. in dottrina F. GIRELLI, *Quale giudice per gli alunni con disabilità?*, in *Giur. Cost.*, n. 4, 2015, 1484 ss.

<sup>25</sup> Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, n. 2698/2017; Cons. Stato, Sez. VI, n. 2683/2017; Cons. Stato, Sez. VI, n. 3393/2017; Cons. Stato, Sez. VI, n. 758/2018; Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, n. 514/2017; Tar Lazio, Sez. III, n. 2609/2018; Tar Lazio, Sez. III, n. 14023/2019; Tar Lazio, Sez. III, n. 1223/2020; Tar Lazio, Sez. III, n. 3238/2020; Tar Campania, Sez. IV, n. 202/2020.

<sup>26</sup> La sentenza cui si fa riferimento nel testo è quella del Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, n. 514/2017.

<sup>27</sup> Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, n. 514/2017, p. 6 del documento tratto dal sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

perché dalla lettura della sentenza emerge un orizzonte concettuale di fondo che sembra superare lo stesso modello del diritto sociale condizionato in favore del terzo modello di cui si è già detto. Insomma vi è nella sentenza in questione una precisa presa di posizione che sembra escludere in via di principio un bilanciamento tra il diritto sociale e il principio dell'equilibrio di bilancio.

Prima di dimostrare quanto affermato, è opportuno accennare al caso deciso nella sentenza in questione: esso riguardava l'assegnazione dell'insegnante di sostegno per un numero di ore settimanali inferiore al numero massimo stimato dal Gruppo Misto di cui all'art. 12, comma 5, della Legge n. 104/1992. Ebbene nella sentenza si legge che *“nessun dubbio che il diritto all'istruzione dei disabili minori sia come tutti i diritti sociali a prestazione un diritto finanziariamente condizionato e che la tutela dell'effettività dello stesso non è esente da oscillazioni, dipendenti dall'attuale crisi finanziaria, che inevitabilmente si riverberano su tale diritto”*<sup>28</sup>. Subito dopo però si legge che *“nonostante i condizionamenti finanziari non possono incidere sul nucleo indefettibile di tale diritto, così da renderlo puramente nominale, il che avverrebbe inevitabilmente ove si riconoscesse ad un alunno handicappato grave un numero di ore inferiore a quello necessario per l'effettività del diritto allo studio del soggetto stesso. Come è avvenuto nella specie con l'assegnazione all'alunno ... di un insegnante di sostegno per un numero di ore inferiore rispetto a quello riconosciuto come necessario dal «Gruppo misto» di cui all'art. 12, comma 5, della L. 104/1992”*<sup>29</sup>.

Il passaggio appena ricordato è particolarmente significativo. Il nucleo indefettibile del diritto in questione finisce, infatti, per coincidere con quanto è necessario al suo effettivo godimento rispetto alle esigenze del caso concreto quale individuate nel giudizio scientifico formulato dall'organo competente. Si è dunque potenzialmente fuori dal modello del diritto finanziariamente condizionato, perché ciò che si afferma nella sentenza è che il diritto sociale va tutelato in modo pieno senza che tale pienezza debba scendere a patti con le esigenze di bilancio.

Il modello cui la sentenza sembra fare riferimento è dunque quello del diritto sociale costruito non nei termini di un diritto vincolato dall'equilibrio di bilancio, ma di un diritto che vincola il bilancio.

Rispetto al modello teorico sono però presenti indicazioni che arricchiscono il modello stesso. Nella sentenza il punto focale sta nel fatto che l'unico

---

<sup>28</sup> Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, n. 514/2017, p. 9 del documento tratto dal sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>29</sup> Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, n. 514/2017, p. 9 del documento tratto dal sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); riprende questi concetti anche Tar Lazio, Sez. III, n. 3238/2020 secondo cui *“il diritto all'istruzione del disabile, quale sancito dall'art. 38, comma 3, Cost. e dai principi di solidarietà collettiva di cui agli artt. 2, 3 e 38 Cost., costituisce un diritto fondamentale rispetto al quale il legislatore e l'amministrazione non possono esimersi dall'apprestare un nucleo indefettibile di garanzie fino a giungere alla determinazione di un numero di ore di sostegno pari a quello delle ore di frequenza, in caso di accertata situazione di gravità del disabile”*.

elemento che rileva ai fini della piena tutela del diritto allo studio dei portatori di handicap è il giudizio scientifico sull'entità della disabilità e sull'individuazione degli strumenti indispensabili a farvi fronte. Una volta che questo giudizio sia stato formulato e risulti attendibile, oltre che non contestato in giudizio, il diritto sociale deve essere garantito integralmente. Insomma si potrebbe dire che secondo i giudici il diritto sociale spetta a ciascuno secondo il bisogno.

In ogni caso si delinea un inedito orizzonte in cui la tutela del diritto allo studio del soggetto portatore di handicap scaturisce da un circolo virtuoso che si instaura tra il diritto stesso, il bisogno di tutela che il caso concreto esprime e la scienza. La sentenza dunque apre scenari assai utili per un ripensamento dello statuto dei diritti sociali e del suo rapporto con i giudizi scientifici, per lo meno con riferimento al diritto allo studio della persona disabile, giudizi che finiscono per rappresentare il limite invalicabile del *quantum* di tutela da assicurare a prescindere tendenzialmente da qualunque considerazione sui vincoli di bilancio.

Dalle decisioni del giudice amministrativo si ricavano però interessanti ed importanti spunti per un ripensamento più in generale dei diritti sociali colti nella loro consistenza teorico-dogmatica. Ed invero il diritto del soggetto portatore di handicap all'assistenza e al sostegno scolastico viene tratteggiato come una componente intrinseca ad una libertà della persona. In proposito si legge nella sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana che la Costituzione, oltre che la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, garantiscono alle persone disabili non briciole di tutela, ma un vero e proprio diritto inviolabile all'istruzione che è uno snodo fondamentale per potere garantire loro quella vita piena che essi stessi scelgono di condurre<sup>30</sup>.

Seppure nella sentenza non si faccia riferimento alla libertà, ma al concetto di vita piena, è indubbio che tale concetto ad altro non possa riferirsi se non alla effettiva capacità di poter scegliere e realizzare il proprio piano di vita. Ma questa scelta è proprio un momento autentico di esercizio della libertà positiva dell'individuo<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, n. 514/2017, p. 4 del documento tratto dal sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>31</sup> Lo studioso che, da una prospettiva etico-filosofica, ha con maggiore impegno elaborato la tesi dell'importanza per la persona di potere scegliere il proprio progetto di vita è A. SEN di cui cfr. in particolare *La disuguaglianza. Un riesame critico*, trad. it, Il Mulino, Bologna, 1994, ma anche *La libertà individuale come impegno sociale*, Laterza, Roma-Bari, 2007 (quest'ultimo saggio è stato originariamente pubblicato nel volume di I. BERLIN, A. SEN, *La dimensione etica nelle società contemporanee*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1990). Volendo riassumere un pensiero assai articolato sul piano teorico si può dire che secondo l'autore, se si ritiene importante dal punto di vista etico che una persona sia messa in grado di condurre la vita che preferisce, ciò chiama in causa la libertà positiva. La scelta del proprio progetto di vita non è dunque garantita (soltanto) dalla libertà negativa (*freedom from*) bensì dalla libertà positiva intesa come capacità di potere scegliere tra progetti alternativi. L'effettiva sussistenza di tale capacità e l'impegno verso il suo progressivo ampliamento

È chiaro che in questo modo si tocca un tema tanto affascinante quanto controverso: ossia quello della libertà positiva<sup>32</sup> intesa sia come potere di autodeterminarsi; sia come potere di realizzare materialmente la volizione grazie alla presenza di condizioni di contesto, messe a disposizione dalle istituzioni pubbliche, che tale realizzazione rendono possibile. Tuttavia il cambiamento storico che stiamo vivendo, i mutamenti che si sono determinati nel rapporto tra sistema politico e sistema economico, la centralità e pervasività che il principio dell'equilibrio di bilancio ha assunto, con un evidente e sempre più marcato condizionamento rispetto alla tutela dei diritti sociali, impongono quantomeno di riflettere in modo rinnovato su tali diritti nonché di verificare se essi possano essere meglio garantiti attraverso la loro diretta riconduzione nell'alveo delle libertà positive e non della pretesa ad una prestazione sia pure costituzionalmente gratuita.

---

costituiscono dunque i criteri per valutare una società e le sue istituzioni dal punto di vista etico. Muovendo da ciò Sen discute criticamente sia le teorie utilitaristiche, che valutano gli assetti sociali sulla base dei risultati, sia le teorie che fondano tale valutazione sul riconoscimento di una eguale dotazione di beni primari (il cui principale teorico è stato J. RAWLS). Sempre secondo l'autore spostare l'accento dalla libertà negativa e dai beni primari alla libertà positiva intesa come capacità (che si badi bene non coincide con l'astratta libertà di determinazione, ma con l'effettiva capacità di potere compiere tale determinazione e portarla ad effettiva realizzazione conseguendo gli stati di fatto desiderati) determina una differenza sostanziale nell'analisi empirica delle diseguaglianze e del modo cui farvi fronte. E così riferendo direttamente il pensiero dell'autore *"una persona che non sia particolarmente povera in termini di reddito ma che debba spendere gran parte di questo reddito per la dialisi renale può considerarsi «povera» proprio a causa della poca libertà che ha di conseguire apprezzabili funzionings"* (p. 37 del saggio *La libertà individuale come impegno sociale*, cit.). Nella ricostruzione di Sen dunque non esiste una ragione che giustifichi la dicotomia classica tra *freedom from* e *freedom to*: una *"adeguata concessione della libertà dovrebbe essere sia positiva sia negativa, poiché entrambe sono importanti (anche se per ragioni diverse)"* (p. 14 del saggio da ultimo richiamato).

<sup>32</sup> Il tema è, come si è detto nel testo, affascinante e controverso perché sulla ricostruzione teorica dei diritti di libertà esistono posizioni contrastanti e molti studiosi mettono in dubbio che si possa utilizzare la categoria della libertà positiva se non a prezzo di confondere (e snaturare) il diritto di libertà con un diverso diritto, ossia il diritto a prestazioni, che talvolta accompagna il primo, ma che è cosa affatto diversa. Per questa posizione cfr. in particolare P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Vol. I, Torino, 1991, 235 ss.; A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II Ed., Milano 2002, 406; G. GUZZETTA, F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino, 2006, 604; A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, V Ed. Torino, 2008, 466. A favore della ricostruzione dei diritti di libertà prevalentemente in termini di libertà positive cfr. *ex multis* V. CRISAFULLI, *In tema di libertà di associazione*, in *Giur. Cost.* 1962, 743 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni*, Padova, 1983, 29 ss.; ID, *Libertà e diritti di libertà*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 965 ss. L'ampliamento della nozione di libertà positiva nel significato indicato nel testo, ossia di una situazione che comprende necessariamente il potere di realizzare materialmente la volizione grazie alla presenza di condizioni di contesto, messe a disposizione dalle istituzioni pubbliche, che tale realizzazione rendono possibile, è sostenuta *ex multis* da P. BARILE, *Orientamenti per la Costituzione*, Firenze 1946; M. LUCIANI, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1985, 62 e 71; A. BALDASSARRE, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Vol. I, Milano 1996, 67.

#### 4. *Considerazioni conclusive*

L'analisi sin qui svolta conferma ampiamente quanto sia complesso il tema del rapporto tra diritti sociali e principio dell'equilibrio di bilancio e quanto sia urgente trovare un ordito concettuale di fondo che sappia ridefinire tale rapporto in modo da salvaguardare pienamente i diritti sociali e la garanzia effettiva della loro tutela. In fondo, se l'attuale fase di sviluppo del sistema economico e le caratteristiche che tale sviluppo ha assunto per effetto del processo di globalizzazione, consigliano di prendere sul serio il principio dell'equilibrio di bilancio perché, prima della (e forse indipendentemente dalla) sua consacrazione nei testi costituzionali, tale equilibrio rappresenta un dato di realtà con il quale qualunque ordinamento politico deve confrontarsi, non si può sottacere che solo i diritti sociali, il loro riconoscimento e la loro tutela effettiva garantiscono il diritto ad una vita degna<sup>33</sup>.

Dalla ricordata centralità dei diritti sociali non può che discendere in primo luogo l'impossibilità di aderire a una ricostruzione degli stessi, che sulla base delle innovazioni introdotte a livello costituzionale in tema di equilibrio di bilancio (ed anche di sostenibilità del debito), li qualifichi come diritti che sono costitutivamente o, se si preferisce, intrinsecamente condizionati dai vincoli di bilancio. Si tratta di una lettura da rifiutare perché in questo modo il principio dell'equilibrio finisce per assumere un valore preminente rispetto ai diritti sociali delle persone che sono costituzionalmente riconosciuti e garantiti e che danno la cifra alle Costituzioni a forte caratterizzazione sociale qual è la nostra. La tendenziale assolutizzazione del principio dunque non può trovare spazio nel sistema costituzionale, se non altro perché, come è stato più volte ricordato dalla Corte Costituzionale, nessuna libertà e nessun diritto può avanzare pretese di assolutezza rispetto agli altri. E ciò vale a maggior ragione per l'equilibrio di bilancio (ed anche per il principio della sostenibilità del debito) che certamente diritti non sono.

Tanto detto resta ancora molto da fare per ritrovare un equilibrio tra diritti sociali e vincoli di bilancio. Nell'attesa, un primo punto fermo può forse già essere fissato se si guarda alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e del giudice amministrativo. La prima regola del rapporto tra diritti sociali e vincoli di bilancio è quella che impone, nel momento in cui si compiono le scelte relative al bilancio, la prioritaria destinazione delle risorse al soddisfacimento dei diritti sociali.

Si tratta di una regola forse non sconosciuta al nostro sistema giuridico dal

---

<sup>33</sup> Sul punto vedi le pregnanti riflessioni svolte da L. CARLASSARE, *Bilancio e diritti fondamentali* ..., *cit.* In particolare l'autrice nella nota 3 del saggio ricorda come l'importanza dei diritti sociali, il loro essere fondamentali nel disegno complessivo della Costituzione e l'intento di non lasciare nessuno solo e senza sostegno emerga chiaramente già dai dibattiti in Assemblea Costituente.

momento che sembra essere sottesa alla nota distinzione tra spese obbligatorie e spese facoltative, distinzione che peraltro è richiamata nella sentenza della Corte Costituzionale che si è analizzata. Tuttavia predicarne la diretta rilevanza costituzionale e la sua non derogabilità può rappresentare oggi l'unico strumento per sanzionare la sua violazione, non soltanto sul piano del sindacato di legittimità costituzionale delle leggi che la violano (sindacato che, come la dottrina ha avuto modo di rilevare, si presenta però particolarmente complesso da attivare)<sup>34</sup>, ma direttamente sul terreno del concreto episodio della vita in cui la regola stessa non risulta correttamente applicata con conseguente lesione del diritto sociale, ossia sul piano della giurisdizione di merito e in primis della giurisdizione amministrativa. Si tratta di un primo, ma significativo passo verso la ridefinizione del rapporto tra diritti sociali e vincoli di bilancio dentro un quadro di compatibilità con i valori costituzionali, che consente un accesso diretto ed immediato alla tutela giurisdizionale da parte della persona lesa.

---

<sup>34</sup> Su questo profilo si può senz'altro rinviare alle riflessioni di G. SCACCIA *L'equilibrio di bilancio ...*, cit.

### **Abstract**

Il saggio dopo avere esaminato le norme costituzionali che stabiliscono il principio del pareggio di bilancio, analizza gli effetti che tale principio può determinare sulla tutela dei diritti sociali in particolare sulla tutela del diritto allo studio dell'alunno disabile. A tal fine vengono prese in considerazione e discusse le principali tesi dottrinali e le decisioni della giurisprudenza relative alla tutela del diritto allo studio dell'alunno disabile. Dopo avere mostrato quanto sia complesso il rapporto tra principio dell'equilibrio di bilancio e tutela dei diritti sociali, il saggio conclude che al fine di non negare la tutela effettiva dei diritti sociali nell'attuale fase storica, la corretta regola di tale rapporto è quella che impone, nel momento in cui si compiono le scelte relative al bilancio, la prioritaria destinazione delle risorse al soddisfacimento dei diritti sociali.

Social rights and the principle of balanced budget: the dynamics of a “complicated” relationship in the prism of judicial decisions

by Alberto Zito

The essay examines the constitutional rules that establish the principle of balanced budget and the effects that this principle can have on the protection of social rights, in particular on the protection of the disabled pupil's right to study. From the analysis of scientific studies and the decisions of jurisprudence with particular regard to the protection of the disabled pupil's right to education, the complexity of the relationship between the principle of budget balance and protection of social rights clearly emerges. The essay concludes that in order not to deny the effective protection of social rights in the current historical phase, the correct rule of this relationship is that which imposes, when the choices relating to the budget are made, the priority allocation of resources to the satisfaction of social rights.

# *Cannabis* e terapia del dolore. Un singolare caso di limitazione del diritto alla cura\*

di Marco Ragusa

SOMMARIO: 1. Cenni sulla legislazione italiana in materia di terapia del dolore – 2. Il caso della *cannabis* terapeutica – 3. Dal decreto del Ministero della Salute 9 novembre 2015 all’art. 18 *quater* d.l. n. 148 del 2017 – 4. Monopolio e interesse economico generale – 5. La *ratio* del monopolio nel settore della *cannabis* terapeutica – 6. Monopolio e gestione del rischio – 6.1. La *cannabis* come minaccia per la salute pubblica, l’ordine pubblico e la pubblica sicurezza: pericolo o rischio? – 6.2. Proporzionalità, coerenza e adeguatezza nella regolazione del rischio “*cannabis*” (e nella valutazione del c.d. rischio di second’ordine) – 7. Obblighi internazionali e diritto alla cura.

## 1. *Cenni sulla legislazione italiana in materia di terapia del dolore*

La definizione di “dolore” riportata dalla Classificazione Internazionale del Funzionamento, della Disabilità e della Salute (ICF) del 2001, è quella di disabilità relativa alle funzioni corporee, corrispondente a una sensazione “spiacevole”, indice di un potenziale o effettivo danno a qualche struttura corporea<sup>1</sup>.

Con la legge n. 38/2010<sup>2</sup>, il legislatore italiano ha introdotto un insieme di disposizioni strumentali a garantire l’accesso, oltre che alle cure palliative, alla terapia del dolore: terapia definita dall’art. 2 del provvedimento come “l’insieme di interventi diagnostici e terapeutici volti a individuare e applicare alle forme morbose croniche idonee e appropriate terapie farmacologiche, chirurgiche, strumentali, psicologiche e riabilitative, tra loro variamente integrate, allo scopo di elaborare idonei percorsi diagnostico-terapeutici per la soppressione e il controllo del dolore”.

La legge ha inserito l’erogazione di siffatte prestazioni nell’ambito dei livelli essenziali di assistenza, al fine di assicurare il rispetto “della dignità e dell’autonomia della persona umana, il bisogno di salute, l’equità nell’accesso all’assistenza, la qualità delle cure e la loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze” del malato e della sua famiglia (art. 1, c. 2)<sup>3</sup>.

---

\* L’articolo trae spunto dall’intervento al Convegno organizzato presso l’Università degli Studi “Federico II” di Napoli il 6 dicembre 2019 sul tema “Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità”.

<sup>1</sup> World Health Organization, *International Classification of Functioning, Disability and Health: ICF*, Geneva, 2001, 71.

<sup>2</sup> Legge 15 marzo 2010, n. 38 (Disposizioni per garantire l’accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore).

<sup>3</sup> Anteriormente alla legge n. 38 del 2010, la regolamentazione delle terapie del dolore era

I principi a cui l'attività delle strutture afferenti alle reti nazionali integrate delle cure palliative e della terapia del dolore deve conformarsi<sup>4</sup> sono definiti dall'art. 1, c. 3, della legge: la tutela della dignità e dell'autonomia del malato, senza alcuna discriminazione; la tutela e promozione della qualità della vita fino al suo termine; l'adeguato sostegno sanitario e socio-assistenziale della persona malata e della famiglia<sup>5</sup>.

Tra i compiti che la legge assegna al Ministero della Salute, alle Regioni e alle Province autonome, rientra innanzitutto quello di informazione: ai sensi dell'art. 4, le amministrazioni devono promuovere campagne volte a diffondere nell'opinione pubblica "la consapevolezza della rilevanza delle cure palliative [...] e della terapia del dolore, [...] la cultura della lotta contro il dolore e il superamento del pregiudizio relativo all'utilizzazione dei farmaci per il trattamento del dolore, illustrandone il fondamentale contributo alla tutela della dignità della persona umana e al supporto per i malati e per i loro familiari". Un obbligo di informazione che necessita del coinvolgimento (oltre che delle organizzazioni private impegnate nel campo della tutela della salute e delle farmacie pubbliche e private<sup>6</sup>) del personale medico e sanitario afferente alle strutture sanitarie integrate nelle due reti, dei professionisti medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta.

Le terapie del dolore sono impiegate sull'impiego di sostanze stupefacenti (per buona parte oppioidi), di modo che, in difetto di un'adeguata informazione, il malato (come i familiari che provvedono alla sua cura) può essere indotto a rifiutarne la somministrazione dalla paura nei confronti della droga e del rischio

---

scarna e frammentaria: il primo tassello normativo è rappresentato dall'art. 1 del d.l. 28 dicembre 1998, n. 450, recante disposizioni per assicurare interventi urgenti di attuazione del Piano sanitario nazionale 1998-2000 (convertito, con modificazioni, in l. 26 febbraio 1999, n. 3), al quale ha fatto seguito la l. 8 febbraio 2001, n. 12 (norme per agevolare l'impiego dei farmaci analgesici oppiacei nella terapia del dolore): cfr. M. GULINO – G. MONTANARI VERGALLO – F.R. CORRENTI – A. DELL'ERBA – P. FRATI, *La nuova disciplina in tema di accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore: il rapporto medico-paziente e la rilevanza socio-giuridica della sofferenza*, in *Zacchia*, 2-3/2011, 199.

<sup>4</sup> La legge istituisce e promuove l'integrazione della rete nazionale per le cure palliative e della rete nazionale per la terapia del dolore, per garantire, con una distribuzione uniforme sul territorio nazionale (art. 5, c. 1), "la continuità assistenziale del malato dalla struttura ospedaliera al suo domicilio"; reti costituite "dall'insieme delle strutture sanitarie [...] e assistenziali" dedicate "all'erogazione delle cure palliative, al controllo del dolore in tutte le fasi della malattia, con particolare riferimento alle fasi avanzate e terminali della stessa, e al supporto dei malati e dei loro familiari" (art. 2, lett. d).

<sup>5</sup> Si veda F. NEGRI, *L'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore (l. 15 marzo 2010, n. 38)*, in *Ragusan*, 333-334/2012, 147 ss.; M. GULINO – G. MONTANARI VERGALLO – F.R. CORRENTI – A. DELL'ERBA – P. FRATI, cit., 191 ss.

<sup>6</sup> In argomento B.R. NICOLOSO, *L'evoluzione del sistema farmacia pianificato sul territorio a tutela della qualità e della dignità della vita attraverso la cura della salute e la terapia del dolore: la farmacia dei servizi*, in *Sanità pubblica e privata*, 1/2012, 18 ss., segn. 30 s.

di tossicodipendenza e, dunque, essere portato a preferire a questo rischio un permanente stato di sofferenza. È questo il principale “pregiudizio relativo all'utilizzazione dei farmaci” che la diffusione della “cultura della lotta contro il dolore” si propone di vincere. Ma acritico (e a volte pregiudiziale) può invero rivelarsi anche l'approccio del medico e del personale sanitario non adeguatamente formato e aggiornato sulla materia<sup>7</sup>: se già l'art. 10 della legge n. 38 cit. ha disposto la modifica di una serie di disposizioni del d.p.R. n. 309 del 1990 (T.U. Stupefacenti) al fine di semplificare l'accesso ai medicinali impiegati nella terapia del dolore<sup>8</sup>, è anche vero che, a distanza di dieci anni dalla sua approvazione (complici le permanenti carenze della pianificazione della formazione continua in medicina), della stessa legge si riscontra un'applicazione insoddisfacente e territorialmente disomogenea<sup>9</sup>.

Queste sintetiche premesse sono necessarie per inquadrare sul piano giuridico il problema della c.d. *cannabis* terapeutica, dalla cronaca posto frequentemente all'attenzione dell'opinione pubblica e a mio avviso contraddistinto da una originalissima complessità nella prospettiva di analisi del diritto amministrativo.

## 2. Il caso della *cannabis* terapeutica

Alla vigilia dell'entrata in vigore della legge n. 38 del 2010, ebbe una certa eco la vicenda di Marco Di Paolo, il quale, affetto da una gravissima forma di sclerosi multipla, aveva manifestato un'intolleranza alle terapie tradizionali, che avevano addirittura determinato l'aggravamento della malattia. Sottoposto pres-

---

<sup>7</sup> A tal fine, l'art. 8 della legge prevede l'individuazione di specifici e mirati obiettivi formativi nell'ambito dei programmi obbligatori di formazione continua in medicina di cui all'art. 16 *bis* d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502.

<sup>8</sup> Cfr. M. DAL ZOTTO – E. FRANCESCHINIS – L. BUGADA – N. REALDON, *Legge n. 38 del 15 marzo 2010 recante disposizioni sulle cure palliative e sulla terapia del dolore: le ricadute professionali per il farmacista nella gestione dei medicinali stupefacenti*, in *Sanità pubblica e privata*, 1/2011, 5 ss.

<sup>9</sup> Cfr. il *Rapporto al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge n. 38 del 15 marzo 2010 “Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore”* a cura del Ministero della Salute, Direzione generale della programmazione sanitaria, pubblicato a gennaio 2019 e riferito al triennio 2015-2017 (consultabile sul portale del Ministero all'URL: [http://www.salute.gov.it/portale/documentazione/p6\\_2\\_2\\_1.jsp?lingua=italiano&id=2814](http://www.salute.gov.it/portale/documentazione/p6_2_2_1.jsp?lingua=italiano&id=2814)). Di recente, v. inoltre il comunicato dell'ottobre 2019 divulgato dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri (consultabile all'URL: <https://portale.fnomceo.it/omceo-parma-no-a-un-suicidio-medicalmente-assistito-il-medico-di-fronte-al-fine-vita-lenisce-il-dolore-non-uccide/>), ove si sottolinea la necessità di rimediare a “omissioni e inadempienze” nell'applicazione della l. n. 38/2010 come fase preliminare a una corretta e adeguata analisi, *de iure condendo*, del problema del c.d. suicidio assistito (sul quale, in questo Volume, v. il contributo di M.C. D'ARIENZO, *Autodeterminazione nelle scelte di fine vita del disabile. Prospettive di riforma della legge n. 219/2017 alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019 sul caso Cappato*).

so l'Azienda sanitaria di afferenza a una serie di cure alternative, del pari inefficaci, era risultato trarre beneficio soltanto dall'assunzione di infiorescenze di *cannabis* che, durante la permanenza in ospedale, l'AUSL aveva acquistato da una casa farmaceutica olandese e somministrato gratuitamente. Cessata la degenza ospedaliera, l'Azienda gli aveva però negato il diritto ad accedere gratuitamente alla medesima terapia<sup>10</sup>.

A seguito del diniego, Di Paolo ottenne dal giudice ordinario un provvedimento *ex art.* 700 c.p.c., con il quale venne ordinato all'Azienda sanitaria di fornirgli gratuitamente la quantità di *cannabis* necessaria per il periodo di un anno<sup>11</sup>: il diritto del ricorrente venne riconosciuto sulla base dell'art. 1, comma 4, d.l. n. 648/1996<sup>12</sup>, benché, tra i presupposti fissati nella norma, difettesse nella fattispecie l'inclusione del farmaco negli elenchi predisposti dall'AIFA e relativi ai "medicinali non ancora autorizzati, ma sottoposti a sperimentazione clinica, e [ai] medicinali da impiegare per un'indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata".

Nell'articolata motivazione dell'ordinanza<sup>13</sup>, si pone in evidenza come il bilanciamento tra interessi costituzionalmente protetti (ordinariamente oggetto, in difetto di un univoco criterio di fonte legale, di una valutazione discrezionale da parte della P.A.) non possa condurre a comprimere il nucleo minimo ed

<sup>10</sup>Trib. civ. Avezzano – Giudice del Lavoro, ord. 2 febbraio 2010 (Di Paolo c. ASL Avezzano-Sulmona L'Aquila e altri), in *Sanità pubblica e privata*, 1/2011, con nota di B. DE VITA, *Il caso "Di Paolo" e il diritto alla cannabis terapeutica: un precedente di emancipazione giudiziaria dell'assistenza sanitaria in Italia (ovvero l'angelo pretorio e le prestazioni in vinculis)*, 76 ss.

<sup>11</sup> In un precedente, isolato caso, il medesimo risultato era stato conseguito da una paziente oncologica di un'Azienda sanitaria veneta (Trib. civ. Venezia, ord. 4 marzo 2002, in *Giurisprudenza di merito*, 2002, 747 (s.m): "Nell'ipotesi di patologia incurabile clinicamente, che richieda la somministrazione di analgesici per esser resa meno insopportabile, ove le sostanze analgesiche consentite in Italia siano ritenute ormai inutili e anzi dannose mentre come unica alternativa sia consigliata dai medici la somministrazione di medicinali a base di cannabis – in uso in altri Paesi – con provvedimento d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c. può essere imposto alla competente Asl di fornire provvisoriamente e gratuitamente detti medicinali, di cui approvvigionarsi all'estero". Sulla pronuncia v. S. ZAVOLI, *Il dolore inutile. La pena in più del malato*, Milano, 2005, 65, cit. in B. DE VITA, op. cit., 89, nt. 26).

<sup>12</sup> Ai sensi dell'art. 1, c. 4, d.l. 21 ottobre 1996, n. 536 (convertito in legge 23 dicembre 1996, n. 648), "Qualora non esista valida alternativa terapeutica, sono erogabili a totale carico del Servizio sanitario nazionale, a partire dal 1° gennaio 1997, i medicinali innovativi la cui commercializzazione è autorizzata in altri Stati ma non sul territorio nazionale, i medicinali non ancora autorizzati ma sottoposti a sperimentazione clinica e i medicinali da impiegare per un'indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata, inseriti in apposito elenco predisposto e periodicamente aggiornato dalla Commissione unica del farmaco [e, successivamente, dall'AIFA] conformemente alle procedure ed ai criteri adottati dalla stessa. L'onere derivante dal presente comma, quantificato in lire 30 miliardi per anno, resta a carico del Servizio sanitario nazionale nell'ambito del tetto di spesa programmato per l'assistenza farmaceutica".

<sup>13</sup> Cfr. Trib. civ. Avezzano, cit., segn. 80 ss.

essenziale del diritto alla salute quando quest'ultimo si sostanzia in "una situazione di urgenza, superabile soltanto con cure tempestive e non ottenibili dal servizio pubblico": in questo caso, osserva il Tribunale con formula da manuale, "la P.A. è priva del potere di affievolimento della posizione soggettiva individuale"<sup>14</sup>.

Nulla, in materia di *cannabis* terapeutica, dispose tuttavia la l. n. 38/2010: benché, sin dagli anni '90, una moltitudine di studi scientifici sugli impieghi terapeutici della pianta di canapa avesse evidenziato l'idoneità delle infiorescenze, dei cannabinoidi naturali in esse contenuti e dei cannabinoidi di sintesi ad affiancare il trattamento del dolore mediante farmaci tradizionali (o anche a sostituirne l'impiego nei casi di intolleranza o di mancata risposta alla terapia da parte del paziente)<sup>15</sup>, l'accesso a questa tipologia di cura rappresentò a lungo una ipotesi meno che eccezionale.

In progresso di tempo, l'attenzione del legislatore (e dell'amministrazione) per le cure a base di *cannabis* è certo stata crescente, ma il diritto di accesso a siffatte terapie farmacologiche è stato contraddistinto da una generale ineffettività, derivante principalmente (oltre che dalla farraginosità delle procedure mediante le quali tale accesso poteva essere ottenuto dal paziente e dalla tendenziale onerosità della terapia) dall'insufficiente offerta commerciale, sul piano quantitativo e qualitativo. Un sotto-provvigionamento relativo non tanto ai medicinali industriali prodotti con l'impiego di cannabinoidi naturali o di sintesi, ma alla sostanza vegetale da destinare a preparazioni galeniche da parte del farmacista, che costituiscono i farmaci a base di *cannabis* di maggiore impiego anche nell'ambito della terapia del dolore<sup>16</sup>.

Nel 2013, con un aggiornamento delle tabelle del TU stupefacenti, le "sostanze e le preparazioni vegetali" a base di *cannabis* (in controtendenza con lo spirito della riforma del 2006, c.d. Fini-Giovanardi, al tempo non ancora dichiarata incostituzionale<sup>17</sup>) sono state inserite tra le sostanze che hanno

<sup>14</sup> *Ibid.*, 88.

<sup>15</sup> Cfr. European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA), *Medical use of cannabis and cannabinoids. Questions and answers for policymaking*, Luxembourg, 2018, 9 (il Rapporto è consultabile, sul sito dell'Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze, all'indirizzo [http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/10171/20185584\\_TD0618186ENN\\_PDF.pdf](http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/10171/20185584_TD0618186ENN_PDF.pdf)); P. MINGHETTI – A. CASIRAGHI – V. ZACCARA, *Sulla coltivazione della cannabis per la produzione farmaceutica e sulla semplificazione del regime di produzione, distribuzione, prescrizione e dispensazione dei farmaci contenenti prodotti derivati dalla cannabis*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 4/2016, 1603 ss.

<sup>16</sup> P. MINGHETTI – A. CASIRAGHI – V. ZACCARA, *Sulla coltivazione della cannabis per la produzione farmaceutica*, cit., § 3.

<sup>17</sup> Come è noto, gli artt. 4 *bis* e 4 *vicies ter* del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272 (convertito, con modificazioni, nella l. 21 febbraio 2006, n. 49 – c.d. legge Fini-Giovanardi) – i quali, modificando il sistema tabellare del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 (T.U. stupefacenti), avevano determinato una formale assimilazione, quanto al regime sanzionatorio, dei reati aventi a oggetto droghe leggere e droghe pesanti – sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi da Corte Cost., sent. 25 feb-

attività farmacologica e sono quindi usate in terapia (tabella II, sez. B, dei medicinali)<sup>18</sup>.

Si auspicò da più parti, allora, che a seguito della modifica delle tabelle le attività dell'intera filiera della *cannabis* terapeutica (coltivazione, importazione, trasformazione e immissione in commercio) venissero assoggettate a regime autorizzatorio, consentendo l'avvio di un mercato nazionale regolato secondo il paradigma di quello farmaceutico. Questa non è stata, però, la via prescelta di lì a due anni in sede ministeriale.

### 3. *Dal decreto del Ministero della Salute 9 novembre 2015 all'art. 18 quater d.l. n. 148 del 2017*

Con un decreto del novembre 2015<sup>19</sup> viene dato avvio alla coltivazione sul territorio nazionale di “cannabis da utilizzare per la produzione di medicinali di origine vegetale [e di] sostanze e preparazioni vegetali”, con l'attribuzione all'Ufficio Centrale Stupefacenti della Direzione generale dei Dispositivi medici e del Servizio farmaceutico presso il Ministero della Salute del ruolo di “Organismo statale per la cannabis” (OSC)<sup>20</sup>: obiettivo del provvedimento è garantire un'a-

---

braio 2014, n. 32 (in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2014, con nota di C. CUPERLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, 505 ss.; *ibid.*, 2/2014, con nota di B. LAVARINI, *Incostituzionalità della disciplina penale in materia di stupefacenti e ricadute ante e post iudicatum*, 1903).

<sup>18</sup> Decreto del Ministro della Salute del 23 gennaio 2013 (in Gazz. Uff. Serie Generale n. 33, 8 febbraio 2013).

<sup>19</sup> Decreto ministeriale del 9 novembre 2015, (in Gazz. Uff. Serie generale n. 279, 30 novembre 2015), “Funzioni di Organismo statale per la cannabis previsto dagli articoli 23 e 28 della convenzione unica sugli stupefacenti del 1961, come modificata nel 1972”.

<sup>20</sup> L'art. 28 della Convenzione unica sugli stupefacenti adottata a New York il 30 marzo 1961 (emendata dal Protocollo di Ginevra del 25 marzo 1972 e poi ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 5 giugno 1974, n. 412), rubricato “Organismi nazionali per l'oppio”, stabilisce che “[1.] Ogni Parte che autorizza la coltivazione del papavero da oppio in vista della produzione dell'oppio stabilirà, se non l'ha già fatto, e manterrà uno o più Organismi statali (indicati qui di seguito nel presente articolo con il termine «Organismi») incaricati di esercitare le funzioni previste al presente articolo. [2.] Qualunque Parte indicata al paragrafo precedente applicherà le seguenti disposizioni alla coltivazione del papavero da oppio per la produzione dell'oppio e all'oppio: a) l'Organismo delimiterà le regioni e indicherà gli apprezzamenti di terreno in cui sarà autorizzata la coltura del papavero da oppio, in vista della produzione di oppio; b) solo i coltivatori titolari di una licenza rilasciata dall'Organismo saranno autorizzati a dedicarsi a detta coltivazione; c) ogni licenza specificherà la superficie di terreno sul quale detta coltura è autorizzata; d) ogni coltivatore di papavero da oppio sarà tenuto a consegnare all'Organismo il totale del suo raccolto di oppio; l'Organismo acquisterà detta raccolta e ne prenderà materialmente possesso appena possibile, ma al più tardi allo scadere di quattro mesi a contare dalla fine del raccolto; e) solo l'Organismo avrà il diritto, per quanto riguarda l'oppio, d'importare, esportare, di esercitare il commercio all'ingrosso e di con-

deguata disponibilità di *cannabis* terapeutica sul mercato italiano, sviluppando al contempo attività di ricerca sulla sostanza.

Nella fase “pilota” del progetto (della durata di due anni), la coltivazione è stata affidata in esclusiva allo Stabilimento chimico farmaceutico militare di Firenze (SCFM), gestito dall’Agenzia Industrie Difesa (AID).

Per il periodo successivo, il decreto prefigura un regime autorizzatorio (di competenza del Ministero della Salute) per la coltivazione, mantenendo una riserva pubblica per il segmento della distribuzione: l’art. 1, c. 2, impone infatti ai futuri titolari di autorizzazione alla coltivazione di consegnare il raccolto di ogni ciclo colturale all’OSC, incaricato di provvedere alla distribuzione presso le officine farmaceutiche autorizzate<sup>21</sup>.

Sullo spirare del biennio pilota, tuttavia, l’art. 18 *quater* del d.l. n. 148/2017<sup>22</sup> è intervenuto sulla materia, confermando solo in parte le scelte già adottate dal decreto ministeriale.

Per quanto riguarda le modalità di approvvigionamento, si stabilisce che in via principale la *cannabis* da destinare alla distribuzione sia coltivata dall’SCFM di Firenze e dallo stesso trasformata in preparazioni naturali (c. 1); solo in ipotesi di insufficienza della produzione, si prevede che l’OSC possa autorizzare l’importazione di quote aggiuntive di *cannabis*, da destinare alla trasformazione

---

servare degli «stocks» ad eccezione delle giacenze in possesso dei fabbricanti di alcaloidi dell’oppio, d’oppio medicinale o di preparati a base di oppio. Le Parti non sono tenute ad estendere detta clausola all’oppio medicinale o a preparati a base d’oppio [...]”. Il successivo art. 28 (“Controllo della cannabis”) dispone al par. 1 che “Se una Parte autorizza la coltivazione della pianta di cannabis per la produzione di cannabis o della resina della cannabis dovrà applicare il regime di controllo previsto dall’articolo 23 per quel che è disposto per il controllo del papavero da oppio”. Si tenga presente che il tetraidrocannabinolo, uno dei principi attivi della *cannabis*, è altresì contenuto nella Tabella I della Convenzione sulle sostanze psicotrope, adottata a Vienna il 21 febbraio 1971, a cui l’Italia ha aderito con la Legge del 25 maggio 1981, n. 385. Si veda, inoltre, la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope adottata a Vienna il 20 dicembre 1988, ratificata con legge 5 novembre 1990, n. 328. Quest’ultima esclude espressamente (art. 25) l’effetto derogatorio delle proprie clausole ai richiamati Trattati del 1961 e del 1971; con specifico riguardo alla *cannabis* v. ivi art. 14.

<sup>21</sup> Oltre a essere titolare della potestà autorizzatoria, per il periodo a regime, il Ministero avrebbe dovuto individuare, ai sensi del decreto, le aree destinabili alla coltivazione; importare, esportare e distribuire sul mercato nazionale (direttamente, o tramite altri soggetti “autorizzati”) la *cannabis* prodotta o importata; infine, determinare le quote di fabbricazione e di importazione delle stesse sostanze attive a base di *cannabis*. Per la gran parte delle attività menzionate, la riserva allo Stato non è univocamente imposta dall’art. 28 della citata Convenzione di New York, il quale, richiamando Part. 23, stabilisce che “solo l’Organismo avrà il diritto, per quanto riguarda [la *cannabis*], d’importare, esportare, di esercitare il commercio all’ingrosso e di conservare degli “stocks” ad eccezione delle giacenze in possesso dei fabbricanti [...]”, aggiungendo però che le Parti “non sono tenute ad estendere detta clausola [alla *cannabis*] medicinale o a preparati a base [di *cannabis*]” (corsivo aggiunto).

<sup>22</sup> D.l. 16 ottobre 2017, n. 148. L’art. 18 *quater* è stato inserito, in sede di conversione, dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172.

in preparazioni vegetali presso l'SCFM e, successivamente, alla distribuzione (c. 2).

In ulteriore subordine è previsto che possano “essere individuati, con decreto del Ministro della salute, uno o più enti o imprese da autorizzare alla coltivazione nonché alla trasformazione”, secondo procedure prescritte dallo stesso SCFM (c. 3).

L'insufficiente offerta di prodotto sul mercato (sul piano quantitativo, ma anche qualitativo: c. 5<sup>23</sup>), lamentata anche durante la fase “pilota” da un gran numero di pazienti rimasti privi di cura (o di cura adeguata) e di loro associazioni, viene insomma fronteggiata dal legislatore attraverso l'istituzione di una riserva in mano pubblica delle attività di coltivazione, di trasformazione, di importazione e di distribuzione.

Il potere di “autorizzare” altri soggetti, pubblici o privati, allo svolgimento di parte delle attività in prima battuta riservate allo Stato, infatti, sembra assimilabile più al modello della concessione di servizio pubblico (in cui il soggetto titolare di licenza opera come *longa manus* dell'Amministrazione) che a quello autorizzatorio. Da un lato, infatti, pare indubbio che la funzione del provvedimento sia quella di attribuire *ex novo* un diritto al suo destinatario (essendo peraltro l'esercizio delle attività, in difetto di autorizzazione, un reato gravemente sanzionato dalla legge penale); dall'altro, l'attività delegata è conformata dall'amministrazione sia con riferimento alla quantità (le quote di produzione sono determinate dall'OSC), sia con riferimento alla qualità (competete all'SCFM stabilire il tipo di coltura, le caratteristiche del prodotto finito, le tecniche da osservare durante il procedimento di coltivazione e trasformazione); la stessa valutazione nell'*an* dell'opportunità di rilasciare provvedimenti autorizzatori, soprattutto, è rimessa a una valutazione discrezionale dell'amministrazione-monopolista.

Il citato art. 18 *quater* è all'evidenza un tassello necessario per garantire, sul piano formale, l'aderenza al dettato costituzionale del modello (soltanto per un periodo transitorio) sostanzialmente già disegnato, in sede ministeriale, nel 2015: uno schema di intervento riconducibile a quello dell'art. 43 Cost. e da questa norma assoggettato a riserva di legge.

Ciò che qui interessa verificare è però se, al di là di quello formale, la scelta del legislatore del 2017 possa essere fondata sugli altri presupposti a cui la Costituzione (e, per suo tramite, il diritto primario e derivato dell'Ue) subordina l'assunzione in mano pubblica di un'attività economica.

---

<sup>23</sup> Ivi si stabilisce che “Al fine di agevolare l'assunzione di medicinali a base di cannabis da parte dei pazienti, lo Stabilimento chimico farmaceutico militare di Firenze provvede allo sviluppo di nuove preparazioni vegetali a base di cannabis per la successiva distribuzione alle farmacie, che le dispensano dietro ricetta medica non ripetibile”.

#### 4. *Monopolio e interesse economico generale*

Il mercato della *cannabis* terapeutica continua a tutt'oggi a essere contraddistinto da un sotto-provvigionamento quantitativo e qualitativo (a fronte di una domanda destinata, peraltro, a crescere, specie se le previsioni di cui al comma 4 dell'art. 18 *quater* cit. troveranno effettiva applicazione<sup>24</sup>): ed è questo il primo dato da tenere in considerazione ai fini della nostra analisi.

Per costante orientamento della Corte di Giustizia, infatti, non è la riserva *ex lege* di un'attività economica in favore di un operatore ad attestare, in sé e per sé, una violazione dell'art. 106 T.f.Ue; lo è invece l'incapacità del monopolista di soddisfare la domanda di mercato (di adempiere, cioè, in modo adeguato alla missione di interesse generale attribuitagli), in quanto essa denota l'idoneità del diritto esclusivo a indurre l'impresa beneficiaria ad abusare della propria posizione dominante. Un elementare principio con cui l'ordinamento italiano ha dovuto prendere confidenza almeno a far data dalla sentenza *Job Centre*<sup>25</sup> e che, nel settore economico in considerazione, sembrerebbe direttamente applicabile, alla luce della potenziale attitudine del monopolio a incidere sugli scambi tra Stati membri.

Non risultano a oggi pronunce della CGUE sulla conformità alle previsioni dei Trattati della scelta operata dal legislatore italiano (né, del resto, decisioni inerenti alla legislazione di altri Stati membri in cui, di recente, si è provveduto a disciplinare la materia della *cannabis* terapeutica<sup>26</sup>).

---

<sup>24</sup> La norma prevede che "Ai sensi dell'articolo 8, comma 2, della legge 15 marzo 2010, n. 38, in sede di attuazione dei programmi obbligatori di formazione continua in medicina di cui all'articolo 16-bis del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, la Commissione nazionale per la formazione continua di cui all'articolo 2, comma 357, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, dispone che l'aggiornamento periodico del personale medico, sanitario e sociosanitario sia realizzato anche attraverso il conseguimento di crediti formativi per acquisire una specifica conoscenza professionale sulle potenzialità terapeutiche delle preparazioni di origine vegetale a base di cannabis nelle diverse patologie e in particolare sul trattamento del dolore".

<sup>25</sup> CGCE, sez. VI, 11 dicembre 1997, C-55/96, *Job Centre coop a r.l.* (v., in particolare, punto 35: "vietando, a pena di sanzioni penali e amministrative, qualunque attività di mediazione e interposizione tra la domanda e l'offerta di lavoro che non sia svolta da uffici pubblici di collocamento, uno Stato membro dà origine ad una situazione in cui la prestazione viene limitata, ai sensi dell'art. 86, secondo comma, lett. b), del Trattato, quando i detti uffici non sono palesemente in grado di soddisfare, per tutti i tipi di attività, la domanda esistente sul mercato del lavoro"). Il principio è già espresso nella decisione della Corte del 23 aprile 1991, C-41/90, *Hofner*.

<sup>26</sup> Un quadro delle recenti legislazioni nazionali in materia di *cannabis* terapeutica nell'ambito dell'Unione europea (aggiornato a dicembre 2018) è contenuto nel rapporto dell'EMCDDA, *Medical Use of Cannabis and Cannabinoids*, cit., segn. 18 e 24 ss. Il diritto derivato dell'Unione non ha, d'altronde, introdotto fino a oggi alcuna disciplina relativa alla *cannabis* terapeutica: di *cannabis* (*tout court*) si occupa invece la Decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti.

Le poche sentenze in cui la Corte ha affrontato il tema della *cannabis* offrono, a causa del differente oggetto della controversia risolta, soltanto una cornice approssimativa per l'inquadramento della questione qui in esame.

Il giudice comunitario si è, ad esempio, pronunciato sulla soggezione ai principi dei Trattati della commercializzazione di *cannabis* a uso ricreativo, nell'ipotesi in cui uno Stato membro, come l'Olanda, ne tolleri la vendita al pubblico da parte di esercizi commerciali titolari di apposita licenza<sup>27</sup>: questione risolta in senso negativo sul rilievo secondo cui “poiché la nocività degli stupefacenti, compresi quelli a base di canapa, quali la *cannabis*, è generalmente [riconosciuta], la loro commercializzazione è vietata in tutti gli Stati membri, *fatta eccezione per un commercio rigorosamente controllato in vista dell'uso per scopi medici*”<sup>28</sup>.

In una sentenza del 2003, la Corte ha invece accertato la contrarietà al diritto comunitario delle disposizioni di diritto svedese che, nell'abito della lotta agli stupefacenti, vietavano *tout court* la coltivazione e la detenzione di canapa, anche se destinata a uso industriale<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Sul regime giuridico della *cannabis* per uso ricreativo in Olanda cfr. D.J. KORF, *Cannabis Regulation in Europe: Country Report Netherlands*, 2019, consultabile sul sito del TNI (TransnationalInstitute) all'indirizzo [https://www.tni.org/files/publication-downloads/cr\\_ned\\_def.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/cr_ned_def.pdf).

<sup>28</sup> CGUE 16 dicembre 2010, C-137/09, *Josemans*, in particolare punto 36 (il corsivo nel testo è aggiunto). Al punto 37 la motivazione precisa che “Tale situazione giuridica è in linea con diversi strumenti internazionali a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, quali la convenzione unica delle Nazioni unite sugli stupefacenti, conclusa a New York il 30 marzo 1961, modificata dal protocollo del 1972 recante modifica della convenzione unica del 1961 [...], e la convenzione delle Nazioni unite sulle sostanze psicotrope, conclusa a Vienna il 21 febbraio 1971 [...]. Le misure previste da queste ultime sono state successivamente rafforzate e completate dalla convenzione conclusa a Vienna il 20 dicembre 1988, a cui tutti gli Stati membri nonché l'Unione hanno aderito. Tra le sostanze e i prodotti indicati in tali convenzioni figura la *cannabis*”. Sul punto v. *infra*, § 7. Cfr. anche CGCE 29 giugno 1999, C-158/98, *Coffeeshop «Siberië»*, la quale, pur senza ricorrere a differenti criteri di inquadramento del commercio di *cannabis* nel diritto comunitario, afferma che “la locazione di un'area utilizzata per la vendita di stupefacenti in condizioni quali quelle [previste dal diritto olandese in ordine ai *coffeeshop*] rientra nel campo di applicazione” della direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE (imposta sul valore aggiunto).

<sup>29</sup> CGCE 16 gennaio 2003, C-462/01, *Hammarsten*. È qui forse il caso di sottolineare che, sin dagli anni '70, i settori del lino e della canapa sono oggetto di una Politica Agricola Comune volta a incentivarne la produzione e la trasformazione in fibra: cfr. Regolamento (CEE) n. 1308/1970 del Consiglio del 29 giugno 1970, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore del lino e della canapa, abrogato e sostituito dal Regolamento (CE) n. 1673/2000 del Consiglio del 27 luglio 2000. A seguito della semplificazione normativa avviata con il Regolamento (CE) n. 1234/2007 del Consiglio del 22 ottobre 2007 (organizzazione comune dei mercati agricoli e disposizioni specifiche per taluni prodotti agricoli – Regolamento unico OCM), anche il citato Regolamento del 2000 è stato abrogato e la materia è oggi disciplinata dal Regolamento (UE) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 (organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli). È, appunto, alla canapa da fibra quella a cui ordinariamente si fa riferimento con la locuzione “canapa industriale”. L'esigenza di contemperare le politiche di sostegno all'agricoltura con l'ordinamento penale della gran maggioranza degli stati membri (ove, come in Italia,

Anche il giudice amministrativo italiano, innanzi al quale la questione della *cannabis* è venuta direttamente in evidenza con specifico riferimento all'uso terapeutico della sostanza, non sembra ancora avere affrontato la problematica in modo puntuale e approfondito.

La casistica conta soltanto due isolate pronunce.

Una ordinanza del Tar Lazio<sup>30</sup> pare discostarsi dalla ricostruzione ipotizzata in apertura di questo paragrafo, sebbene nella succinta motivazione del rigetto di un'istanza cautelare: vi si afferma che la pretesa di un'impresa di ottenere un'au-

---

le condotte aventi a oggetto la *cannabis* sono perseguite come reato) ha indotto la legislazione europea, sin dagli anni '90, a subordinare la concessione dei pagamenti all'uso di sementi certificate che garantiscano un (almeno tendenziale) rispetto dei limiti di principio attivo con effetto psicotropo al momento del raccolto (tetraidrocannabinolo – THC < 0, 2%): cfr. Considerando 154 e art. 189, par. 1, lett. b) del Regolamento n. 1308/2013 cit., nonché considerando 31 e art. 32, par. 6, e 35, par. 3, del Regolamento (UE) n. 1307/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013). Quanto al diritto italiano, l'art. 26, c. 1, T.U. Stupefacenti, a seguito della modifica apportata dall'art. 1, c. 4, d.l. 20 marzo 2014, n. 36, convertito con modificazioni in l. 16 maggio 2014, n. 79, dispone che “[...] è vietata nel territorio dello Stato la coltivazione delle piante comprese nelle tabelle I e II di cui all'articolo 14, ad eccezione della canapa coltivata esclusivamente per la produzione di fibre o per altri usi industriali, diversi da quelli di cui all'articolo 27, consentiti dalla normativa dell'Unione europea”. La c.d. canapa industriale (pur classificata dalla scienza botanica come appartenente alla stessa specie *cannabis sativa*, o, secondo alcuni, allo stesso genere *cannabis*) sembrerebbe potere essere dunque qualificata, sul piano giuridico, come una sostanza differente dalla *cannabis* impiegabile a scopo terapeutico e ricreativo (in quanto inidonea a determinare effetti psicotropi per la ridotta percentuale di principio attivo contenuto nelle piante nate dalle sementi certificate). A seguito dell'emanazione della legge 2 dicembre 2016, n. 242 (Disposizioni per la promozione della coltivazione e della filiera agroindustriale della canapa), parte della giurisprudenza ha ritenuto che, oltre alla coltivazione, resti esclusa dall'ambito di applicazione delle norme incriminatrici del T.U. Stupefacenti anche la commercializzazione di infiorescenze di *cannabis* proveniente da coltivazioni consentite dalla stessa legge, richiamando il principio generale secondo il quale “la commercializzazione di un bene che non presenti intrinseche caratteristiche di illiceità deve, in assenza di specifici divieti o controlli preventivi previsti dalla legge, ritenersi consentita nell'ambito del generale potere (agere licere) delle persone di agire per il soddisfacimento dei loro interessi (facultas agendi)” (così Cass. pen., VI, 29 novembre 2018, n. 4920). Diversa è, però, la ricostruzione di recente operata dalle sezioni unite penali della Corte di cassazione, che individuano come “sola eccezione” all'applicazione del regime sanzionatorio previsto dal d.p.R. del 1990 non tutte le condotte aventi a oggetto le varietà (o le specie) di *cannabis* appartenenti al tipo “canapa industriale” (tipo che ricomprende anche la c.d. *cannabis light*), ma le condotte che la legge qualifica espressamente come lecite (cioè, oltre alla coltivazione, soltanto le attività volte alla realizzazione di fibre e ad altri usi industriali, con esclusione, sostanzialmente, di ogni uso di foglie, infiorescenze, olio e resina di qualsiasi pianta di *cannabis*: Cass. pen., SS.UU., 10 luglio 2019, n. 30475, in *Cassazione Penale*, 5-6/2019, 1907, con osservazioni di C. PEDULLÀ). Per una sintesi efficace dell'uso comune e tecnico-giuridico delle locuzioni canapa, *cannabis* e *marijuana* (nonché delle differenti prospettive che, in relazione a esse, ha in progresso di tempo adottato l'ordinamento), cfr. L. MIAZZI, *La coltivazione della cannabis è reato? Una storia infinita tra canapa e marijuana*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2018, 105 ss.

<sup>30</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *quater*, 9 maggio 2018, n. 2725.

torizzazione all'importazione di *cannabis* da destinare a uso medico non rientri nell'ambito di applicazione dei "principi comunitari [vertendosi in] materia di sostanze psicotrope o stupefacenti". Una posizione esplicitata ulteriormente dalla statuizione relativa al *periculum in mora*, ove si precisa che le esigenze alleggate dalla ricorrente "appaiono comunque recessive rispetto all'interesse pubblico alla tutela della salute pubblica".

Il Tar ha dunque ritenuto immune da vizi il provvedimento di diniego di autorizzazione emanato dall'Ufficio Centrale Stupefacenti del Ministero della Salute, impugnato dalla società ricorrente, condividendo l'interpretazione dell'art. 18 *quater* del d.l. n. 148/2017 adottata dall'amministrazione, senza riserve in punto di legittimità della stessa normativa (benché, ripeto, nella interinale valutazione del *fumus boni iuris*).

Una più articolata lettura del quadro di disciplina italiano è stata compiuta, sempre dal Tar Lazio, nell'ambito di una controversia sorta in epoca anteriore all'introduzione dell'art. 18 *quater* cit., ma la cui soluzione richiedeva l'analisi di alcuni aspetti riferibili tanto a quest'ultima normativa, quanto a quella dettata dal d.m. del 2015, applicabile *ratione temporis*<sup>31</sup>.

Anche in questo caso, si è posta la questione dell'illegittimità del monopolio statale (allora garantito, dal regolamento ministeriale, in via transitoria). A sollevarla, tuttavia, non è stato un operatore economico che ambiva ad accedere a un segmento del relativo mercato, ma associazioni aventi per scopo statutario la tutela degli interessati alla fruizione di cure a base di *cannabis*, insieme a un malato che aspirava a un adeguato accesso alle cure stesse. I ricorrenti avevano impugnato in via diretta l'atto ministeriale, assumendone la contrarietà al regime autorizzatorio previsto dal T.U. Stupefacenti (e, in particolare all'art. 27, in materia di coltivazione) e al riparto di competenze stabilito dalla legge per l'autorizzazione all'immissione in commercio di farmaci (che avrebbe consentito di stabilire le caratteristiche essenziali del prodotto e i suoi impieghi esclusivamente all'AIFA)<sup>32</sup>.

Della normativa impugnata, in altri termini, le parti attrici non lamentavano tanto l'idoneità a limitare irragionevolmente la libertà d'impresa di potenziali concorrenti, quanto piuttosto l'effetto di comprimere il diritto alla salute e le libertà di cura e ricerca scientifica<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3 marzo 2017, n. 3074.

<sup>32</sup> La censura era dedotta in riferimento ai principi fissati dal d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219 (Attuazione della direttiva 2001/83/CE, e successive direttive di modifica, relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE). Gli allegati al decreto ministeriale del novembre 2015 recano infatti una elencazione delle indicazioni terapeutiche, nell'ambito di una relazione di taglio tecnico-scientifico relativa alla stima della produzione e ai controlli sulla coltivazione, all'appropriatezza prescrittiva, all'uso medico della *cannabis*, al sistema di fitosorveglianza e ai costi di produzione previsti.

<sup>33</sup> A questo fine, i ricorrenti censuravano non soltanto la violazione del regime autorizzatorio

Il giudice amministrativo ha respinto il ricorso escludendo la sussistenza di un monopolio statale, con un supporto motivazionale eterogeneo.

Il Tar, infatti, ha in primo luogo affermato che la semplice previsione in astratto della possibilità, al termine del biennio “pilota”, di rilasciare provvedimenti autorizzatori anche a privati dimostrasse l’insussistenza, nella fattispecie, di alcun diritto esclusivo relativo all’attività di coltivazione e trasformazione<sup>34</sup>.

Per il resto, il giudice amministrativo ha ritenuto sufficiente accertare la conformità del decreto ministeriale alla disciplina in materia di stupefacenti dettata, da un lato, dal d.p.R. n. 309/1990 e, dall’altro, dalla citata Convenzione unica sugli stupefacenti di New York del 1961 e dai successivi emendamenti<sup>35</sup>: secondo la pronuncia, la riserva in mano pubblica dell’attività, necessaria ad assolvere le funzioni di “controllo sulla cannabis”, non può essere considerata, sul piano giuridico, fonte di un monopolio.

---

definito dal d.p.R. Stupefacenti, ma anche l’incompletezza dell’istruttoria svolta in sede ministeriale (che aveva peraltro condotto a omettere l’indicazione, nel d.m., di alcune patologie che la scienza ritiene curabili tramite la *cannabis*) e l’irragionevolezza del divieto di auto-coltivazione di *cannabis* per uso terapeutico, da parte del malato, derivante dall’impianto normativo.

<sup>34</sup> L’esclusione della c.d. coltivazione domestica (cioè quella destinata a finalità di cura personali) sarebbe invece imposta, secondo il Tar, dalla normativa primaria: il d.p.r. n. 309 del 1990, infatti, limita il novero dei soggetti autorizzabili a “enti o imprese” (artt. 16, 17 e 26). Il Tar esclude implicitamente la possibilità di sollevare, sul punto, una questione di legittimità costituzionale del T.U. Stupefacenti, richiamando l’orientamento della giurisprudenza costituzionale (*infra*, nota 68) che ha giudicato non irragionevole la scelta legislativa di escludere la coltivazione per uso personale dal novero delle condotte che, ai sensi dell’art. 75 del d.p.R. del 1990, non sono passibili di sanzione penale ma di mera sanzione amministrativa, in quanto poste in essere per fare un “uso personale” della sostanza. Questa posizione interpretativa, in passato condivisa dalle sezioni unite penali della Corte di cassazione (cfr. sent. 24 aprile 2008, n. 28605), è stata tuttavia oggetto di un recente *revirement*: v. Cassazione penale, sez. un. 19 dicembre 2019, n. 12348, secondo cui devono ritenersi escluse dal reato di coltivazione, “in quanto non riconducibili all’ambito di applicazione della norma penale, le attività di coltivazione di minime dimensioni svolte in forma domestica, che, per le rudimentali tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, il modestissimo quantitativo di prodotto ricavabile, la mancanza di ulteriori indici di un loro inserimento nell’ambito del mercato degli stupefacenti, appaiono destinate in via esclusiva all’uso personale del coltivatore”.

<sup>35</sup> V. *supra*, note 20 e 21. Con riferimento alle restanti censure, vertenti in parte sull’incompletezza, in parte sull’esito irragionevole dell’istruttoria condotta in sede ministeriale, il Tar ha, da un lato, rigettato le domande delle associazioni ricorrenti rilevando una (a dire il vero singolare) preclusione in cui le stesse sarebbero incorse per avere partecipato al procedimento propedeutico all’emanazione del decreto ministeriale (senza sollevare, in quella sede, le lagnanze poi formulate in giudizio); d’altro canto, i Giudici hanno escluso la sindacabilità delle scelte ministeriali sulla scorta della loro natura tecnica, concludendo che il giudice amministrativo, in questi casi, “non può mai sostituirsi alla Amministrazione”.

##### 5. *La ratio del monopolio nel settore della cannabis terapeutica*

Pare evidente che, indipendentemente dalla sua intrinseca fondatezza, il primo argomento impiegato dalla citata sentenza del Tar Lazio n. 3074/2017 – secondo il quale la previsione di un regime autorizzatorio non contingentato, previsto per il periodo successivo allo scadere del biennio “pilota”, avrebbe escluso *ex se* l’esistenza di un monopolio – non sia più spendibile in relazione alla disciplina successivamente introdotta dall’art.18 *quater* d.l. n. 148/2017: il semplice fatto che, ai sensi di quest’ultima normativa, la possibilità di rilasciare autorizzazioni all’importazione, alla coltivazione e alla trasformazione sia subordinata a una valutazione discrezionale dello stesso monopolista pubblico (la quantificazione del fabbisogno di approvvigionamento al quale questi non è in grado di far fronte) dimostra infatti, come sopra anticipato, che al *nomen iuris* “autorizzazione” corrisponde piuttosto il paradigma di una concessione (traslativa) di attività riservata.

L’aspetto più interessante che può essere evidenziato della decisione è però un altro, vale a dire l’attribuzione di valore centrale alla *ratio* sottesa alla peculiare conformazione normativa del mercato della *cannabis* terapeutica: una *ratio* non identificabile nell’interesse generale a che l’attività sia svolta in modo adeguato ed efficace.

La fattispecie descritta dall’art. 106, par. 2, T.f.Ue, in altri termini, è quella in cui, per l’adempimento di una missione affidata dallo Stato a un operatore, un ordinamento nazionale disponga una limitazione (o un divieto, come appunto avviene nell’ipotesi del monopolio) allo svolgimento di attività d’impresa nel medesimo settore economico da parte di altri soggetti. In questo schema, gli obiettivi di interesse generale oggetto della missione rappresentano quindi il *prius*; il monopolio – cioè il divieto per i terzi di esercitare attività consimili a quella riservata – è un mezzo volto a garantire il loro conseguimento (tutelando, in primo luogo, l’equilibrio economico dell’ente incaricato della missione, che dalla concorrenza potrebbe essere compromesso). Ed è in questa prospettiva che, in apertura del § 4, si sono sollevati dubbi intorno alla legittimità della normativa italiana in esame.

Nel settore della *cannabis* terapeutica – questa, in sintesi, la differente prospettiva che pare sottesa a entrambe le richiamate pronunce del Tar Lazio – la riserva in mano pubblica non è invece giustificata dalla necessità di assicurare l’adempimento di una missione di interesse generale. È il divieto – disposto dalla legge penale, in ottemperanza agli obblighi assunti dallo Stato in sede internazionale, in relazione a ogni attività avente a oggetto la *cannabis* – a rappresentare il *prius*, mentre il monopolio è lo strumento che la legge adotta per fare in modo che l’attività (vietata in via generale) possa essere svolta (come eccezione alla regola) in favore di interessi che dalla sua integrale inibizione possono trarre pregiudizio.

Il divieto precede in senso logico, per così dire, l'individuazione della missione di interesse economico generale.

Ora, se si focalizza l'attenzione sul fatto che il regime previsto dalla legislazione italiana è strumentale alla soddisfazione di interessi generali diversi da quelli dei pazienti di *cannabis* terapeutica, il settore in esame potrebbe essere assimilato ad altre attività economiche per le quali, in funzione di analoghe esigenze di salute pubblica, di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, è frequente che la legge di uno Stato stabilisca un regime derogatorio alle libertà economiche e alle regole di concorrenza di matrice europea.

Potrebbero a tal fine considerarsi, in primo luogo, le ipotesi in cui legislazioni nazionali riservino a enti o imprese pubbliche (ovvero adottino un modello a concessionario unico o a licenze contingentate) per la gestione di giochi d'azzardo.

In questa materia, la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi in più occasioni, principalmente vertenti sulla compatibilità di simili misure con la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi: il principio affermato dalla Corte, in questi casi, è in effetti quello secondo cui una deroga alle libertà garantite dagli articoli 49 e 56 T.f.U.E è ammissibile – *ex art. 52 dello stesso Trattato* – ove sia fondata su “ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica”<sup>36</sup>.

Tale possibilità, tuttavia, è subordinata a una serie di condizioni.

Secondo l'indirizzo della Corte di Giustizia, infatti, è compito del giudice nazionale verificare di volta in volta se la misura derogatoria adottata dal diritto interno sia effettivamente giustificata dalle predette ragioni di interesse generale<sup>37</sup>, se essa sia adeguata al perseguimento dello scopo<sup>38</sup>, se sia a questo proporzionata<sup>39</sup>, se sia coerente con le soluzioni regolatorie adottate dal legislatore per far fronte ad analoghe esigenze di tutela, proprie di mercati affini a quello considerato<sup>40</sup>.

Prima di entrare nel merito di tale aspetto e valutare la congruenza con i richiamati principi della legislazione nazionale in esame, è necessario tuttavia avvertire che la stessa idea di fondo del ragionamento che, sostanzialmente, antepone le esigenze generali di tutela della salute pubblica, dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza all'interesse dei destinatari delle cure è, in sé, di dubbia fondatezza.

---

<sup>36</sup> Cfr. CGUE 22 gennaio 2015, C-463/13, *Stanley International Betting e Stanleybet Malta*, segn. punti 47 ss. e 19 dicembre 2018, C-375/17, *Stanley International Betting e Stanleybet Malta*, punti 41 ss.

<sup>37</sup> Cfr. CGUE 19 dicembre 2018, C-375/17, cit. punto 45 e giurisprudenza ivi richiamata.

<sup>38</sup> Cfr. CGUE 24 gennaio 2013, C-186/11, *Stanleybet International e a.*, punti 26, 31 ss. e 41 ss..

<sup>39</sup> Oltre ai precedenti citati nelle precedenti note v. CGUE 8 settembre 2009, C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International*, punti 59 ss. e 8 settembre 2016, C-225/15, *Poltano*, punti 40 ss.

<sup>40</sup> Sotto questo aspetto v. in particolare CGUE 19 dicembre 2018, C-375/17, cit., punti 49-53 e 24 gennaio 2013, C-186/11, cit., punti 35 ss.

L'analogia che può essere tracciata tra altri settori, come il gioco d'azzardo, e quello della *cannabis* terapeutica, infatti, è limitata, come già detto, alle *ragioni* di interesse generale che in Italia sono effettivamente poste a fondamento della conformazione di quest'ultimo mercato.

Tale profilo di affinità non può condurre a ignorare che – a differenza di quanto può affermarsi in relazione ai servizi offerti da un gestore di giochi d'azzardo – la coltivazione, la trasformazione e l'importazione di *cannabis* per uso terapeutico rappresentano, a propria volta, attività (economiche) di interesse generale, strumentali alla garanzia di un adeguato approvvigionamento di farmaci il cui impiego è formalmente ricondotto dalla legge n. 38 del 2010 ai livelli essenziali di assistenza<sup>41</sup>.

Ciò significa, innanzitutto, che la conformità della scelta compiuta dal diritto italiano rispetto all'ordinamento dell'Unione deve essere valutata non soltanto considerando le limitazioni dirette che essa determina sulla sfera giuridica dei potenziali concorrenti (secondo il paradigma di giudizio a cui la Corte di Giustizia fa riferimento per verificare la conformità di una normativa nazionale agli artt. 49 e 56 del T.f.Ue), ma anche sul metro dell'interesse dei consumatori a che la produzione, gli sbocchi e lo sviluppo tecnico del settore economico in considerazione non siano limitati.

Nella valutazione della proporzionalità della misura adottata dall'ordinamento interno, cioè la posizione dominante attribuita al soggetto incaricato del perseguimento della missione di interesse generale, quest'ultimo interesse deve, dunque, assumere un rilievo autonomo e diretto (*ex* artt. 102, par. 2, lett. *b*), e 106, par. 2, T.f.Ue)<sup>42</sup>.

In secondo luogo, la qualificazione generale dell'interesse a un adeguato approvvigionamento di *cannabis* terapeutica espressamente operata dal legislatore italiano ha una connotazione specifica, perché attribuisce a quell'interesse un peculiare rilievo costituzionale: non quello (genericamente) identificato dalla nozione di "utilità generale" di cui all'art. 43 Cost. (la quale potrebbe ricevere tutela, al netto delle limitazioni derivanti dalla normativa e dalla giurisprudenza dell'Unione europea, secondo un tradizionale – e parimenti generico – modello di "sottomissione e protezione"<sup>43</sup>). Lo *status* costituzionale dell'interesse generale a un'adeguata offerta di *cannabis* terapeutica è piuttosto quello proprio dei diritti e delle libertà fondamentali (il diritto alla salute e le libertà di cura e ricerca scientifica).

È ben vero, in altri termini, come sembra presupporre la richiamata giu-

<sup>41</sup> V. anche il Decreto del Ministero della Salute 25 giugno 2018 (Aggiornamento dell'elenco dei medicinali di cui all'Allegato III-bis del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309).

<sup>42</sup> E tale principio è desumibile dalla motivazione della stessa sentenza *Job Centre* cit. (segn. punti 16 ss. e 39).

<sup>43</sup> S. BATTINI, *La tutela dell'utente e la Carta dei servizi pubblici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/1998, 185 ss.

risprudenza amministrativa, che il monopolio, nella materia in esame, è principalmente uno strumento di tutela di interessi generali differenti da quelli dei pazienti; ma è altrettanto innegabile che:

a) tale rilievo non dispensa l'interprete dall'onere di procedere a un giudizio di ragionevolezza, di adeguatezza, di effettività, di proporzionalità agli obiettivi e di coerenza di questo strumento;

b) tale giudizio concerne il bilanciamento dei richiamati obiettivi di interesse generale non solo con la libertà di impresa (secondo il grado di protezione 'attenuato' che quest'ultima riceve nella gerarchia di interessi disegnata dall'art. 52 T.f.Ue), ma anche, necessariamente, con l'esigenza di un'adeguata offerta sul mercato di prestazioni (del pari qualificabili come) di interesse generale (artt. 102, par. 2, lett. b), e 106, par. 2, T.f.Ue);

c) la riferibilità di tali prestazioni di interesse generale all'ambito dei diritti fondamentali identifica l'oggetto primario della valutazione di ragionevolezza, adeguatezza, effettività, proporzionalità e coerenza della legislazione italiana in materia di *cannabis* terapeutica non tanto nelle modalità mediante le quali la legge consente una deroga al generale divieto nascente dalla legislazione in materia di stupefacenti. Oggetto primario di questo giudizio è, piuttosto, la stessa estensione generale del divieto.

Per comprendere se il bilanciamento operato dalla legge italiana sia rispettoso dei richiamati principi, in altri termini, non è possibile prescindere dalla specifica ponderazione degli interessi contrapposti sulla base della loro natura ed entità: quelli presupposti dal divieto, da un lato, e quelli perseguiti dalla missione di interesse economico generale, dall'altro lato.

Occorre, in sintesi, rovesciare i termini della questione.

Se il diritto di accedere a cure a base di *cannabis* è una formale declinazione del diritto alla salute (ed espressamente ricondotto dalla l. n. 38/2010 ai livelli essenziali di assistenza), è imprescindibile stabilire in primo luogo se le sue limitazioni (derivanti dal monopolio, ad una con il generale divieto che quest'ultimo presuppone) trovino fondamento in interessi di pari rango; e, in questo caso, verificare la ponderazione effettuata dal legislatore tra le contrapposte esigenze sul piano della ragionevolezza, dell'adeguatezza, dell'effettività, della proporzionalità, della coerenza.

Il metro di analisi impiegabile, a tal fine, non risulta affatto attenuato rispetto a quello imposto dall'art. 106, par. 2 T.f.Ue. Al contrario, il paradigma di legittimità descritto dalla norma dovrà essere integrato dai limiti, talora più stringenti, fissati dalla Costituzione italiana alla compressione del diritto alla salute e alle libertà di cura e di ricerca scientifica.

## 6. *Monopolio e gestione del rischio*

### 6.1. *La cannabis come minaccia per la salute pubblica, l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza: pericolo o rischio?*

Per procedere all'analisi della normativa italiana in materia di *cannabis* terapeutica alla luce dei principi che governano, limitandola, la potestà di imporre doveri, obblighi o divieti incidenti su diritti e libertà dei cittadini, in vista di esigenze di salute pubblica, di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, occorre un ulteriore, preliminare, chiarimento.

Il giudizio sul corretto bilanciamento tra il sacrificio che l'esercizio di una siffatta potestà impone e il pregiudizio che la stessa previene si atteggia, infatti, in termini molto diversi a seconda che sia o non sia scientificamente dimostrabile il tipo e l'entità della minaccia che l'intervento regolatorio ha l'intento di scongiurare; e che, del pari, sia o no scientificamente dimostrabile l'astratta idoneità dell'esercizio del diritto o della libertà a determinare il pregiudizio temuto.

Nel caso in cui una (sufficiente) certezza vi sia, la minaccia che il legislatore intende prevenire è qualificabile come *pericolo* e la funzione dell'intervento pubblico è qualificabile come un'esigenza di *prevenzione*. Indipendentemente dal fatto che l'interesse protetto sia sovraordinato o equi-ordinato a quelli che, in funzione della sua protezione, sono destinatari di divieti, limitazioni oppure oneri, i principi di ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza e coerenza rappresentano, in queste ipotesi, limiti di un bilanciamento che è essenzialmente affidato alla discrezionalità politica.

Il problema è differente quando non vi sia una sufficiente evidenza sul tipo e sull'entità dei danni che la norma (o la decisione amministrativa) intende scongiurare, né sui processi causali che possano determinarne la produzione.

La minaccia che l'intervento pubblico intende arginare, in questi casi, non è qualificabile come un pericolo, ma come un *rischio*: "un evento dannoso futuro e incerto, di cui non è possibile allo stato attuale delle conoscenze [a differenza del pericolo] valutare in maniera sufficientemente sicura le probabilità (o anche solo le modalità) di avveramento"<sup>44</sup>.

L'intervento pubblico limitativo di diritti e libertà dei cittadini, in tali ipotesi, è funzionale a un'esigenza non di *prevenzione*, ma di *precauzione*: questa connotazione impone di attribuire ai principi di ragionevolezza, proporzionalità, coerenza e adeguatezza una intensità e un metodo di applicazione del tutto peculiari.

Quest'ultimo è, appunto il paradigma di analisi che dovremo impiegare ai fini della nostra analisi: nel caso della *cannabis* terapeutica, infatti, gli interessi che

<sup>44</sup> In argomento, per tutti, P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Napoli, 2013, da cui è tratta la definizione nel testo (32). V. anche F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006.

l'art. 18 *quater* d.l. n. 148 del 2017 intende tutelare, istituendo un monopolio pubblico, sono contraddistinti da un sostrato di incertezza scientifica.

Scopo principale dei divieti disposti dal d.p.R. n. 309 del 1990 – divieti che l'art. 18 *quater* cit. tiene fermi, salvo che per il monopolista e per eventuali concessionari – è la tutela della salute pubblica: con alterne vicende ‘tabellari’, la *cannabis* è stata qualificata come sostanza stupefacente sin dalla legge n. 685 del 1975<sup>45</sup>, emanata all'indomani della ratifica della citata Convenzione unica sugli stupefacenti di New York e del Protocollo di Ginevra del 1972<sup>46</sup>.

Che la *cannabis*, alla stregua di altre sostanze stupefacenti, costituisca un “flagello per l'individuo” e un “pericolo economico e sociale per l'umanità”<sup>47</sup> è dunque, all'origine, una idea ‘di importazione’<sup>48</sup>; e tralazio ne è il recepimento nel d.p.R. n. 309 del 1990<sup>49</sup>.

Intorno alla dannosità della sostanza, tuttavia, non v'è a tutt'oggi sufficiente concordia nella comunità scientifica, se non sotto l'aspetto della riferibilità dei rischi all'abuso o all'uso in condizioni di esposizione legate principalmente alla giovane età dell'assuntore o a speciali condizioni cliniche<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> Legge 22 dicembre 1975, n. 685.

<sup>46</sup> V. *supra*, nota 20.

<sup>47</sup> Così il preambolo della citata Convenzione unica sugli stupefacenti di New York.

<sup>48</sup> È noto ai più come l'inclusione della pianta di canapa tra gli stupefacenti oggetto delle Convenzioni internazionali in materia sia stata sollecitata dagli Stati Uniti che, a partire dal Marihuana Tax Act del 1937, furono i pionieri mondiali, nel '900, del proibizionismo della sostanza. Le origini del divieto si legano alla discussa figura di Harry J. Aslinger (presidente del Federal Bureau of Narcotics del Dipartimento del Tesoro statunitense e rappresentante, per gli Stati Uniti, ai lavori preparatori della citata Convenzione Unica sugli stupefacenti del 1962) e alla campagna di sensibilizzazione che questi promosse, indicando la *cannabis* come una grave fonte di allarme sanitario e sociale. Il carattere anti-scientifico di tali iniziative, trasposto tal quale nel processo decisionale che diede avvio al proibizionismo, non impedì di mantenere il regime di generale divieto in tutti gli Stati federati fino a tempi recentissimi, malgrado innumerevoli e ufficiali smentite, tanto risalenti quanto reiterate: cfr. A. AVERNI, *Storiografia del proibizionismo della cannabis*, in U. NIZZOLI – M. PISSACROIA (a cura di), *Trattato completo degli abusi e delle dipendenze*, I, Padova, 2003, 59 ss. Tra i tanti studi scientifici di carattere ufficiale che smentirono, sin dal primo nascere, le opinioni dei fautori del proibizionismo (evidenziandone il palese approccio razzista, oltre che il metodo anti-scientifico), i più celebri sono il rapporto del Major's Committee on Marihuana, *The Marihuana Problem in the City of New York*, Lancaster (Pennsylvania), 1944, meglio noto come *La Guardia Committee Report* o Rapporto La Guardia (consultabile liberamente all'indirizzo <http://www.druglibrary.org/schaffer/library/studies/lag/lagmenu.htm>) e il Rapporto della National Commission on Marihuana and Drug Abuse, *Marihuana: A Signal of Misunderstanding*, Washington, 1972, meglio noto come *Shafer Commission Report*, su cui v. M.H. TONRY, *Review*, in *The Yale Law Journal*, 8/1973, 1736 ss. Anche il Rapporto della Commissione Shafer è consultabile liberamente online (<http://www.druglibrary.org/schaffer/library/studies/nc/ncmenu.htm>).

<sup>49</sup> A. AVERNI, *op. cit.*, 69; L. MIAZZI, *La coltivazione della cannabis è reato?*, cit., 110 ss.

<sup>50</sup> Cornice condivisa dalla ricerca in materia sembra, insomma, l'assunto secondo cui “la maggior parte degli individui che consumano cannabis non sperimentano altro che una sensazione di piacere. Tuttavia, come nel caso dell'alcol, solo in una minoranza dei forti consumatori si veri-

Orbene, la prima, importante, implicazione della qualificazione *precauzionale* del generale divieto che la legislazione dispone per le condotte aventi a oggetto la *cannabis* è che il contesto di incertezza scientifica, oltre a rappresentarne il fondamento, dovrebbe costituirne anche il limite.

Ne è il fondamento nella misura in cui il rischio, allo stesso modo del pericolo, richiede un intervento anticipato rispetto alla realizzazione del pregiudizio paventato: questa esigenza potrebbe essere frustrata se, in difetto di evidenza scientifica, fosse negata al decisore pubblico ogni capacità di intervento.

Il contesto di incertezza rappresenta, d'altronde, anche un limite metodo logico per il decisore pubblico, perché gli impone di basarsi su un'adeguata istruttoria tecnico-scientifica: se è vero che, per definizione, il diritto del rischio non poggia sull'oggettiva dimostrabilità di fenomeni e processi causali, la decisione di limitare diritti e libertà dei consociati non può d'altronde derivare da meri pregiudizi o da supposizioni arbitrarie. L'intervento precauzionale, al contrario, deve necessariamente muovere da ipotesi che siano scientificamente verificabili, benché lo stato della ricerca non sia ancora in grado di offrirne una dimostrazione oggettiva<sup>51</sup>.

Il primo corollario di questo principio pone all'intervento precauzionale, inoltre, un limite aggiuntivo: la decisione che ha lo scopo di prevenire un rischio deve essere sempre una decisione provvisoria (e periodicamente soggetta a revisione), come provvisorie sono le ipotesi su cui si basa<sup>52</sup>.

A questi limiti, ad esempio, ha fatto riferimento la Corte costituzionale dichiarando l'illegittimità di una legge regionale che, mossa dall'intento di tutelare il diritto alla salute, aveva vietato su tutto il territorio regionale la somministrazione di un determinato tipo di terapia (la cui nocività era ipotizzata su base

---

ficano dei problemi?": di tale inquadramento ha dato contezza il primo report annuale dell'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine ad avere affrontato in modo analitico (dopo quasi cinquant'anni dall'adozione della Convenzione unica sugli stupefacenti di New York) il tema della *cannabis*: UNODC, *2006 World Drug Report*, 1 (*Analysis*), in [www.undoc.org](http://www.undoc.org), 155 ss., su cui v. M. DI FORTI – P. MORRISON – A. BUTT – R. MURRAY, *Cannabis e salute mentale: vecchie e nuove teorie*, in V. CARETTI – D. LA BARBERA (a cura di), *Addiction. Aspetti biologici e di ricerca*, Milano, 2010, 63 ss. (da cui è tratto il passo citato). Per una descrizione dello stato delle conoscenze scientifiche intorno ai danni alla salute procurati dall'abuso di *cannabis* v. D. PAROLARO – R. FESCE – F. VALTORTA, *Cannabis e Marijuana. 10 domande su cui riflettere per comprendere effetti ed implicazioni di una sostanza usata sin dall'antichità*, Milano, 2018.

<sup>51</sup> P. SAVONA, *op. cit.*, 313 s.; S. GRASSI – A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *AA.VV., Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino, 2003, 149 ss. Cfr. la Comunicazione della Commissione delle Comunità europee sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000 [COM/2000/0001 def.].

<sup>52</sup> P. SAVONA, *op. cit.*, 141 ss. e 314. V. anche G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *AA.VV., Scritti in onore di Alberto Predieri*, II, Milano, 1996, 1121 ss. e M. MAZZAMUTO, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6/2009, 1571 ss., *ivi cit.*

puramente congetturale) “fino a che il Ministero della salute *non definisca in modo certo e circostanziato* le situazioni cliniche per le quali tale terapia, applicata secondo protocolli specifici, è sperimentalmente dimostrata efficace e risolutiva e non è causa di danni temporanei o permanenti alla salute del paziente”.

In questa occasione la Corte ha chiarito che “sarebbe certamente possibile dettare regole legislative dirette a prescrivere procedure particolari per l’impiego di mezzi terapeutici “a rischio”, onde meglio garantire [...] l’adeguatezza delle scelte terapeutiche e l’osservanza delle cautele necessarie. Ma un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, *bensì dovrebbe prevedere l’elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite*”<sup>53</sup>.

Con riferimento alla *cannabis*, il T.U. Stupefacenti non soddisfa questa esigenza di identificazione (qualificata) del rischio, né prefigura un meccanismo di periodica revisione.

L’inserimento della sostanza nelle tabelle di cui agli artt. 13 e 14 è, infatti, direttamente disposto dalla legge (art. 14, c. 1, lett. *b*), come avviene per altre droghe la cui dannosità è, però, conclamata, quali eroina e cocaina (art. 14, c. 1, lett. *a*). Come per queste ultime, conseguentemente, i divieti inerenti alle condotte aventi a oggetto *cannabis* sono sottratti al potere di modifica e aggiornamento periodico delle tabelle di cui il Ministero della Salute è titolare in relazione ad altre sostanze non nominate dalla legge (art. 2, c. 1, lett. *e*, e art. 13)<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Corte costituzionale, 26 giugno 2002, n. 282, in materia di *elettroshock* (in *Il Foro italiano*, 2/2003, I, con note di V. MOLASCHI, *Livelli essenziali delle prestazioni*’ e *Corte costituzionale: prime osservazioni*, 398 ss., e A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze fra Stato e regioni*, 406 ss.; in *Foro amministrativo – CdS*, 11/2002, con nota di C.E. GALLO, *La potestà legislativa regionale concorrente, i diritti fondamentali ed i limiti alla discrezionalità del legislatore davanti alla Corte costituzionale*, 2791 ss.). Il corsivo nel testo è aggiunto.

<sup>54</sup> Ciò non significa che il Ministero non possa provvedere, in relazione alla *cannabis*, a un aggiornamento, “anche in base a quanto previsto dalle convenzioni e accordi medesimi ovvero a nuove acquisizioni scientifiche” (art. 13, c. 2, T.U. Stupefacenti) modificando ad esempio la collocazione tabellare della sostanza. Resta tuttavia preclusa la possibilità di procedere alla rimozione della *cannabis* dal novero delle sostanze elencate e, in generale, di adottare per essa scelte classificatorie *contra legem*. Può essere interessante richiamare, a questo proposito, anche il disposto dell’art. 1 *bis* della citata Decisione del Consiglio 2004/757/GAI, inserito dalla Direttiva (UE) 2017/2103 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 novembre 2017. La norma disciplina la procedura per l’inclusione di nuove sostanze psicoattive nella definizione di “stupefacenti”, stabilendo (par. 2, c. I) che, a tal fine, “la Commissione considera se la portata o i modelli di consumo della nuova sostanza psicoattiva e la sua disponibilità e la sua potenzialità di diffusione all’interno dell’Unione sono significativi, e se i danni alla salute provocati dall’assunzione della nuova sostanza psicoattiva, associati alla sua tossicità acuta o cronica e alla sua potenzialità di indurre abuso o dipendenza, *mettono in pericolo la vita*. Si ritiene che i danni alla salute mettano in pericolo la vita se la nuova sostanza psicoattiva è suscettibile di *causare morte o lesioni letali, malattie gravi, seri impedimenti fisici o mentali o una vasta diffusione di malattie*, compreso il contagio di virus trasmissibili per via ematica”. A valle

Questa sembra essere una anomalia del sistema, se solo si considerino gli argomenti con cui la Corte costituzionale ha in più occasioni respinto le questioni di legittimità della disciplina appena citata sotto il diverso (e inverso) profilo della violazione del principio di riserva di legge (art. 25, c. II, Cost.).

Il fatto che il T.U stupefacenti ammetta una etero-integrazione delle norme incriminatrici in esso contenute per mano di atti amministrativi, ha affermato la Corte, non intacca il principio di legalità, come definito dalla Carta fondamentale: “la fattispecie penale è sufficientemente descritta nei suoi elementi essenziali e, al di là di questa opzione, residua soltanto una determinazione tecnica sulla base di nozioni di tossicologia, farmacologia e statistica sanitaria, ma non anche una scelta di politica criminale”. Queste conoscenze tecniche “fissano in termini sufficientemente delimitati le coordinate dell’integrazione rimessa al Ministro della sanità, il quale pertanto è tenuto ad esercitare una discrezionalità solo tecnica”<sup>55</sup>.

Secondo la Consulta, in altri termini, la garanzia che l’art. 25, c. II, Cost. appresta al cittadino non è indebolita dalla integrazione del precetto legale per opera di una fonte sub-primaria. Ma una tale posizione – che considera la discrezionalità politica e la discrezionalità tecnica due sfere autonome e infungibili, fonti di autonomi profili di garanzia – sembra condivisibile solo a condizione di accettarne, con ripercussioni più dirette sul piano della legalità sostanziale, anche la reciproca: ritenendo, cioè, preclusa al legislatore la possibilità di assoggettare a divieto una determinata sostanza ritenuta rischiosa, in difetto di una preventiva valutazione del rischio operata tramite un’accurata istruttoria tecnico-scientifica.

---

di tale accertamento, possono essere valutati gli ulteriori presupposti definiti dal par. 2, c. II: “la Commissione tiene conto della gravità del danno sociale causato dalla nuova sostanza psicoattiva ai singoli individui e alla società e, in particolare, se l’impatto della nuova sostanza psicoattiva sul funzionamento della società e sull’ordine pubblico è tale da turbare quest’ultimo o da causare comportamenti violenti o antisociali che si traducono in un danno per il consumatore o altre persone o i beni, o se le attività criminali, inclusa la criminalità organizzata, associate alla nuova sostanza psicoattiva sono sistematiche, comportano significativi profitti illeciti o significativi costi economici”.

<sup>55</sup> Corte Costituzionale 11 luglio 1991, n. 333; nello stesso senso Corte Costituzionale, 27 marzo 1992, n. 133. Il principio è espresso con maggiore chiarezza nella prima di tali pronunce, resa in un giudizio ove la compatibilità con il principio di riserva di legge veniva in considerazione con diretto riferimento al potere ministeriale (oggi soppresso) di definire con decreto, soggetto ad aggiornamento periodico, “i limiti quantitativi massimi di principio attivo per le dosi medie giornaliere”. Ma le stesse ragioni sembrano estensibili *de plano* alla giustificazione del potere di composizione e aggiornamento delle tabelle (di cui a tutt’oggi il Ministero della Salute è titolare). Con riferimento al sistema tabellare contemplato dalla previgente legge 22 ottobre 1954, n. 1041, v. le pronunce della Corte costituzionale 19 maggio 1964, n. 36; 19 gennaio 1972, n. 9; 2 febbraio 1971, n. 15, ove si specifica che la normativa attribuisce al Ministro un “giudizio tecnico sul quale la Corte costituzionale non può esercitare il proprio sindacato”. Per una rassegna delle pronunce in materia v. S. PETITTI, *Riserva di legge e norme penali in bianco*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sulle origini del sistema tabellare (risalenti alla l. 18 febbraio 1923, n. 396), e sulla sua compatibilità con il principio di tassatività, cfr. L. MIAZZI, *La coltivazione della cannabis è reato?*, cit. 107.

Con riferimento al caso della *cannabis* non sembra, però, che il legislatore abbia ritenuto sussistente un siffatto limite<sup>56</sup>.

6.2. *Proporzionalità, coerenza e adeguatezza nella regolazione del rischio “cannabis” (e nella valutazione del c.d. rischio di second’ordine).*

Tra i principi che, quando applicati all’esercizio di poteri precauzionali, assumono una peculiare fisionomia, vincolando nel merito la scelta del legislatore (o dell’amministrazione), il primo a venire in considerazione è quello di proporzionalità<sup>57</sup>.

Che il sacrificio imposto a libertà e diritti dei cittadini, in vista della tutela di interessi generali, debba essere il frutto di un equilibrato bilanciamento è principio espresso da una costante giurisprudenza costituzionale.

Questa esigenza è, però, presente al massimo grado appunto nelle ipotesi in cui l’intervento pubblico non sia fondato su un’adeguata evidenza scientifica<sup>58</sup>. In questi casi, per meglio dire, la decisione è soggetta al rispetto di un canone di proporzionalità non solo più stringente, ma in qualche modo differente: le deci-

<sup>56</sup> Nelle Convenzioni internazionali che rappresentano la prima matrice della scelta operata, in materia, dalla legislazione italiana, come accennato (*supra* nota 48), l’inclusione e la classificazione della *cannabis* tra le sostanze stupefacenti e psicotrope ha storicamente avuto una origine tutt’altro che scientifica; le stesse Convenzioni, d’altro canto, hanno mostrato un elevato grado di rigidità e resistenza ai processi di aggiornamento. Sono fino a oggi rimaste inascoltate, infatti, le proposte di riclassificazione della *cannabis* formulate dall’Organizzazione mondiale della Sanità (*ex artt.* 3 e 6 della Convenzione unica sugli stupefacenti del 1961 e art. 6 della Convenzione sulle sostanze psicotrope del 1971), sulla base di nuove evidenze intorno alla ridotta pericolosità della sostanza e alla sua idoneità all’impiego terapeutico: cfr., in particolare, le raccomandazioni formulate in seno al XLI incontro del Comitato di Esperti dell’OMS sulla tossicodipendenza del 12-16 novembre 2018 (consultabile all’indirizzo [https://www.who.int/medicines/access/controlled-substances/UNSG\\_letter\\_ECDD41\\_recommendations\\_cannabis\\_24Jan19.pdf?ua=1](https://www.who.int/medicines/access/controlled-substances/UNSG_letter_ECDD41_recommendations_cannabis_24Jan19.pdf?ua=1)).

<sup>57</sup> Sul principio di proporzionalità la letteratura di diritto amministrativo è notoriamente vastissima. Ci si limita in questa sede a richiamare solo alcuni dei principali contributi in argomento: A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Milano 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; EAD., *Il principio di proporzionalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, 149 ss.; più di recente, in prospettiva di diritto comparato, EAD., *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell’Unione Europea)*, 2020, consultabile all’indirizzo <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/galletta-il-principio-di-proporzionalita-fra-diritto-nazionale-e-diritto-europeo-e-con-uno-sguardo-anche-al-di-la-dei-confini-dell-unione-europea->.

<sup>58</sup> Cfr., fra tutte, Corte costituzionale 1° ottobre 2003, n. 303; 7 ottobre 2003, n. 307; 14 novembre 2003, n. 338; 17 marzo 2006, n. 116; 9 aprile 2013 n. 85; 23 marzo 2018, n. 58. Sull’impiego del principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte costituzionale, quale parametro di legittimità delle scelte normative sottratte (in tutto o in parte) a discrezionalità politica, v., anche per ricche indicazioni bibliografiche, U. ADAMO, *Materia “non democratica” e ragionevolezza della legge*, in *Consulta online*, 1/2018, 296 ss.

sioni pubbliche non possono, infatti, essere assimilate a un tradizionale bilanciamento tra beni giuridici, poiché la ponderazione loro rimessa ha a oggetto il “noto e l’ignoto, i rischi possibili e i vantaggi potenziali”<sup>59</sup>

Maggiore è l’incertezza, dunque, “più grave e irreversibile dovrà essere il danno temuto per giustificare l’azione pubblica”<sup>60</sup>; e, al contempo, minore dovrà essere il rilievo e l’entità degli interessi che dall’intervento sono sacrificati perché questo possa essere legittimamente adottato.

Per quanto riguarda l’entità del danno temuto, innanzitutto, non può ignorarsi la circostanza che, con riferimento all’uso terapeutico, la sperimentazione clinica della *cannabis* sembra attestare l’insorgenza soltanto di rari e trascurabili effetti collaterali<sup>61</sup>: nella prospettiva dei fruitori delle cure, di conseguenza, all’elevato grado di incertezza scientifica non fa da *pendant* una seria entità del rischio.

Quanto, poi, alla natura e alla consistenza degli interessi sacrificati dalla scelta precauzionale, l’indubbia equi-ordinazione, sul piano costituzionale, tra il diritto alla salute, da un lato, e beni giuridici quali salute pubblica, ordine pubblico e pubblica sicurezza, dall’altro, conferma i dubbi prospettati sulla legittimità della normativa in esame, la quale rende nei fatti sacrificabile il primo, mirando a massimizzare il secondo momento del bilanciamento<sup>62</sup>.

Se anche, insomma, si ritenesse che l’incertezza scientifica intorno alla nocività della *cannabis* non impedisca al legislatore di sacrificare le libertà di imprenditori e consumatori interessati, rispettivamente, all’offerta e alla disponibilità sul mercato della sostanza per un uso ‘ricreativo’<sup>63</sup>, a conclusioni opposte dovrebbe

<sup>59</sup> U. DI FABIO, *Risikoentscheidungenim Rechtsstaat*, Tubingen, 1994, 453, cit. in P. SAVONA, *op. cit.*, 42.

<sup>60</sup> P. SAVONA, *op. cit.*, 293. Questa è, ad esempio la posizione assunta dalla Corte in materia di vaccinazioni obbligatorie: cfr. Corte Costituzionale, 18 gennaio 2018, n. 5.

<sup>61</sup> Lo stesso decreto ministeriale del novembre 2015 (All. 1) avverte dell’insistenza di evidenze scientifiche che attestino potenziali danni per la salute (punto 4.5. – Effetti collaterali). V. anche EMCDDA, *Medical use of cannabis and cannabinoids*, cit., 16.

<sup>62</sup> Questo è, a ben vedere, un argomento il cui impiego è necessario solo ove non si accolga la tesi (in realtà preferibile a quella presupposta, ad esempio, proprio dalle pronunce del Tar Lazio citate al § 4) secondo cui la Costituzione non definisce una aprioristica sovra-sotto ordinazione degli interessi tutelati: cfr. G. CORSO, *Interessi in conflitto e criteri di composizione*, in AA.VV., *Ambiente e mercato: quale gerarchia dei valori?*, Genova, 2002, 23 ss.

<sup>63</sup> Tale possibilità diviene subito dubbia, tuttavia, non appena si consideri che i menzionati divieti sono assistiti da sanzioni penali o, in ipotesi marginali, amministrative: per una analisi della questione (sempre viva nel dibattito politico) alla luce dei principi del diritto penale, v. E. MAZZANTI, *L’insostenibile leggerezza. La non punibilità del fatto avente ad oggetto droghe leggere tra prospettive di riforma e ripieghi ermeneutici*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2018, 178 ss.; A. CADOPPI – B. SCARCELLA, *California dreamin’*. *Per una legalizzazione della cannabis e dei suoi derivati*, *ibid.*, 3/2016, 202 ss. Si noti che, anche nell’ambito del diritto penale, la necessità di distinguere tra pericolo e rischio è particolarmente avvertita (e variamente dibattuta): l’anticipazione dell’intervento pubblico determinata dal perseguimento di esigenze precauzionali (anziché meramente preventive) deve essere conciliata con i paradigmi della causalità, della colpa e della offensività. Si sottolinea, infatti, che anche “i reati di pericolo presunto o

pervenirsi con riferimento al generale divieto di coltivazione, importazione e trasformazione di *cannabis* destinata a usi terapeutici.

Un principio in qualche modo ancillare a quello di proporzionalità – perché consente di formulare un giudizio in termini relativi intorno alla correttezza del bilanciamento di interessi operato dal decisore pubblico – è, poi, quello di coerenza. Principio violato da ogni politica precauzionale che incida su libertà e diritti dei cittadini per prevenire l'avverarsi di rischi che sono, di contro, considerati accettabili (e che dunque non impongono uno speculare sacrificio) nella regolazione di settori affini a quello considerato.

Da questo punto di vista, è a mio avviso stridente il contrasto tra la scelta adottata dalla legge per una sostanza di cui è, almeno in parte, accertata l'idoneità a uso terapeutico, e l'approccio che la stessa legge ha nei confronti di altre droghe 'legali', come alcol e tabacco, delle quali è scientificamente provata la capacità di produrre danni psicofisici e costi sociali maggiori di quelli prodotti dal consumo di *cannabis*<sup>64</sup>; sostanze che, di contro, sono prive di qualsivoglia impiego medico o comunque strumentale a interessi di carattere generale<sup>65</sup>.

In sintesi, a fronte di un rischio in tutto simile a quello ritenuto accettabile per la produzione e il commercio di altre sostanze liberamente commerciabili – e pur avendo costellato l'accesso al mercato da parte del paziente-consumatore di limiti in tutto simili a quelli fissati per medicinali la cui potenziale dannosità è ben più allarmante (oltre che sorretta da ferrea evidenza scientifica)<sup>66</sup> – la legge dispone nei confronti delle imprese, nel settore della *cannabis* terapeutica, un sostanziale divieto di accesso al mercato. Uno strumento di regolazione del

---

astratto conservano una base etiologica che, benché potenziale, è pur sempre nomologicamente fondata (o fondata su regole di esperienza, sull'*id quod plerumque accidit*, etc.); il che non è, per definizione, nel caso del principio di precauzione, che presenta una base epistemologica «rovesciata»: si sanziona un comportamento di cui, allo stato delle conoscenze, non è predicabile la innocuità (con una presunzione di pericolosità o di non-sicurezza)”: così D. CASTRINUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del “penale” nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, 7 s. La previsione normativa, in questi casi, si pone insomma al di fuori dei limiti fissati dalla giurisprudenza costituzionale al potere del legislatore di associare a determinate condotte una presunzione assoluta di pericolo: così, con riferimento a Corte costituzionale n. 333/1991 cit., C. SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 208.

<sup>64</sup> Cfr. P. FAIS – E. DEL BORRELLO – S. PELOTTI, *La riforma della disciplina in materia di cannabis in prospettiva medico-legale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 4/2016, 1613 ss. e W. HALL, *The adverse health effects of cannabis use: what are they, and what are their implications for policy?*, in *International Journal of Drug Policy*, 6/2009, 458 ss., ivi cit.

<sup>65</sup> Interessanti, sotto questo aspetto, le osservazioni di R. LICCARDO PACULA – B. KILMER – A.C. WAGENAAR – F.J. CHALLOUPKA – J.P. CAULKINS, *Developing Public Health Regulations for Marijuana: Lessons from Alcohol and Tobacco*, in *American Journal of Public Health*, 6/2014, 1021 ss.

<sup>66</sup> Cfr. P. MINGHETTI – A. CASIRAGHI – V. ZACCARA, *Sulla coltivazione della cannabis per la produzione farmaceutica e sulla semplificazione del regime di produzione, distribuzione, prescrizione e dispensazione dei farmaci contenenti prodotti derivati dalla cannabis*, cit. § 3.

rischio, questo, sconosciuto non solo ai menzionati settori delle droghe 'legali', ma anche al mercato dei farmaci a base di stupefacenti, ove il controllo sulla qualità e sulla quantità della produzione è affidato a un articolato sistema autorizzatorio (di competenza dell'AIFA e dell'Ufficio Centrale Stupefacenti presso il Ministero della Salute)<sup>67</sup>.

Se tanto è vero, residuerebbe un'ultima giustificazione dell'attuale assetto del mercato della *cannabis* terapeutica, di carattere organizzativo e ancorata al principio di adeguatezza: imponendo ai privati (salvo il caso della concessione prevista dall'art. 18 *quater* d.l. n. 148 del 2017) un divieto di coltivazione, importazione e trasformazione della sostanza, lo Stato mira a concentrare il proprio controllo sull'attività svolta dal monopolista e scongiurare il rischio di incremento del commercio illecito derivante da una maggiore disponibilità di *cannabis* sul territorio<sup>68</sup>.

Ma un siffatto argomento, per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, sarebbe insufficiente: "il solo fatto che l'autorizzazione e il controllo di un determinato numero di operatori privati possano rivelarsi più onerosi per le autorità nazionali rispetto ad una tutela esercitata su un operatore unico è ininfluenza. [Gli] inconvenienti amministrativi non costituiscono un motivo atto a giustificare un ostacolo ad una libertà fondamentale garantita dal diritto dell'Unione"<sup>69</sup>.

Proprio alla luce del principio di adeguatezza, piuttosto, occorrerebbe verificare se la legislazione vigente sia idonea a "garantire l'obiettivo di lotta alle attività criminali [...] nonché quello di tutela dell'ordine sociale, con riferimento agli effetti [...] sugli individui e sulla società"<sup>70</sup>.

L'imponente mole del mercato illecito di *cannabis* e la capillare diffusione

<sup>67</sup> In argomento B. BERTARINI, *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale*, Torino, 2016; M. MONTEDURO, *Modelli organizzativi e funzione: il caso dell'Agenzia italiana del farmaco*, Livorno, 2018.; P. MINGHETTI, *Legislazione farmaceutica*, Milano, 2018.

<sup>68</sup> Questo è, in effetti, l'argomento impiegato dalla Corte costituzionale nel rigettare le questioni di legittimità inerenti alla rilevanza penale della condotta di coltivazione, anche ove posta in essere per finalità di uso personale: cfr. Corte costituzionale 16 ottobre 1995, n. 360 e 20 maggio 2016, n. 109. In argomento L. MIAZZI, *La coltivazione della cannabis è reato?*, cit., 114 ss. Soltanto con riferimento alla coltivazione, del resto, la Convenzione unica sugli stupefacenti di New York prefigura l'adozione, da parte degli Stati, di regimi generali e indiscriminati di divieto: "Quando la situazione nel paese od in un territorio di una Parte è tale che la proibizione della coltivazione [...] della pianta di cannabis, è a suo avviso, la misura più adatta al fine di proteggere la salute pubblica ed evitare che gli stupefacenti siano deviati verso il traffico illecito, la Parte interessata ne vieterà la coltivazione" (art. 22). Tale eventualità, tuttavia, è configurata come alternativa a quella contemplata dal combinato disposto degli artt. 23 e 28, a cui l'ordinamento italiano ha conformato le proprie scelte a far data dal 2015.

<sup>69</sup> CGUE, 30 giugno 2011, C-212/08, *Zeturf Ltd v Premier ministre*, punto 48. V. anche CGCE, 14 settembre 2006, C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer v Finanzamt München für Körperperschaften*, punti 48 ss.; CGUE 19 dicembre 2018, C-375/17, cit., punto 44.

<sup>70</sup> Così, con riferimento al gioco d'azzardo, CGUE, 30 giugno 2011, C-212/08, cit.

che la sostanza ha, in costanza del regime di divieto generale, anche tra le fasce di popolazione più esposte a rischio, sembrano fornire, a tale riguardo, una inequivoca risposta negativa<sup>71</sup>.

A nulla, mi pare, varrebbe replicare a quanto finora osservato che, con riferimento alla *cannabis* terapeutica, l'incertezza scientifica contraddistingue non soltanto i rischi che il legislatore, tramite il monopolio, previene, ma anche il sottratto materiale dell'altro termine del bilanciamento, cioè l'interesse dei pazienti.

È indubbio, infatti, che riguardo alla *cannabis* la ricerca scientifica sia lontana dall'aver raggiunto posizioni univoche sulle possibili indicazioni terapeutiche, sulla composizione del suo fitocomplesso, su quali siano le ragioni di successi e di insuccessi registrati a livello clinico e sperimentale<sup>72</sup>.

Ma altrettanto indubbio è quanto questa incertezza, sul piano giuridico, sia trascurabile, proprio in ragione del fatto che essa non si traduce in provvedimenti limitativi di diritti e di libertà: al contrario (e non è, forse, superfluo ricordarlo), una volta adottata, la scelta di riconoscere l'inerenza di una data terapia al diritto alla salute e alla libertà di cura diviene essa stessa “un “fatto legislativo” che ha una sua oggettività, tale da differenziarlo da un qualsiasi mero “fatto sociale” spontaneo”<sup>73</sup>. Il dato di legge tiene luogo dell'incertezza scientifica e, come un dato, nel caso “Di Bella”, ha infatti imposto al legislatore il rispetto dell'art. 3 Cost..

La circostanza che la ricerca e la sperimentazione sugli impieghi terapeutici della *cannabis* sia soltanto al suo inizio, piuttosto, porta a considerare un ulteriore limite al ricorso a misure precauzionali.

Quando il decisore pubblico interviene a disciplinare una materia contraddistinta da incertezza scientifica, infatti, la dottrina evidenzia come sia necessario tenere in considerazione anche il c.d. rischio di second'ordine, rischio prodotto

---

<sup>71</sup> EMCDDA, *Cannabis legislation in Europe*, Louxembourg, 2018, 4 ss.; v. inoltre la nota (prot. n. 20217/2016) inviata dalla Direzione Nazionale antimafia alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati contenente osservazioni sulla c.d. proposta di legge “Giacchetti” (C-3235 presentata il 16 luglio 2015), consultabile all'indirizzo <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2016/07/osservazioni-dna-legalizzazione.pdf>, e la Relazione annuale del 2015 sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso (<https://www.camera.it/temiap/2015/03/04/OCD177-1033.pdf>): “La verità brutale ed oggettiva”, rileva efficacemente la DNA, “è che a fronte di 80 milioni di consumatori presenti nella sola Europa, di fronte ad un mercato che ha ormai l'ampiezza di quello della Coca Cola, dei tabacchi, degli alcolici, lo strumento penale diviene, in sé, inadeguato”. In argomento E. MAZZANTI, *op. cit.*, 178.

<sup>72</sup> EMCDDA, *Medical use of cannabis and cannabinoids*, cit., 11 ss.

<sup>73</sup> Corte costituzionale, 26 maggio 1998, n. 185, in *Giurisprudenza costituzionale*, Giur. cost., 3/1998, con nota di A. ANZON, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul «caso Di Bella»*, 1528 ss.; in *Le regioni*, 6/1998, con note di G. FRANCE, *L'accesso alle prestazioni sanitarie e l'efficacia clinica: il caso Di Bella*, 1523 ss. e W. GASPARRI, *Somministrazione di farmaci e diritto alla tutela della salute*, 1544 ss..

dall'adozione delle stesse misure precauzionali e dalla loro applicazione<sup>74</sup>. Una prospettiva di valutazione, quest'ultima, sottesa ad esempio anche alla citata sentenza della Corte costituzionale n. 282/2002.

Con riferimento alla *cannabis* terapeutica, uno specifico rischio di second'ordine nascente dall'assetto monopolistico del mercato è all'evidenza costituito dal freno che esso pone alla ricerca privata, alla sperimentazione, allo sviluppo tecnologico ed economico<sup>75</sup>: interessi che, in varia misura, sono invece presupposti, insieme al diritto alla salute, dal sistema autorizzatorio noto al diritto farmaceutico<sup>76</sup>.

### 7. *Obblighi internazionali e diritto alla cura*

L'art. 18 *quater* d.l. n. 148 del 2017 non sembra reggere, sulla base di quanto osservato, ai test di conformità al diritto dell'Unione di cui la Corte di Giustizia fa uso diretto (o di cui impone, comunque, l'impiego al giudice nazionale) per l'applicazione degli artt. 49, 52, 56 e 106, par. 2, T.f.Ue<sup>77</sup>; né esito migliore pare avere il test di ragionevolezza utilizzato, in relazione alle norme precauzionali, dalla Corte costituzionale<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> P. SAVONA, *op. cit.*, 42.

<sup>75</sup> Con riferimento alla funzione dello strumento autorizzatorio in materia di immissione in commercio dei farmaci, emblematico il terzo considerando del Codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2001/83/CE del 6 novembre 2001), ai sensi del quale lo scopo principale di assicurare la tutela della sanità pubblica "deve essere raggiunto avvalendosi di mezzi che non ostacolino lo sviluppo dell'industria farmaceutica [...]". Sul ruolo che la necessità di non ostacolare la ricerca e la sperimentazione gioca nella corretta individuazione degli strumenti di regolazione del rischio cfr. P. SAVONA, *op. cit.*, 135 ss.

<sup>76</sup> *Ibid.*, 151 ss. Rischi di second'ordine di ancora più consistente entità, per l'allarme sociale ed economico che ne deriva, sono quelli evidenziati, con riferimento alla disciplina di diritto penale delle droghe leggere, dalla Direzione nazionale antimafia, nei documenti citati alla superiore nota 71. Esprimendo parere favorevole a "tutte le proposte di legge che mirano a legalizzare la coltivazione, la lavorazione e la vendita della *cannabis* e dei suoi derivati" la DNA ha, infatti, illustrato come la vigente legislazione non solo non riduca i rischi che ne costituiscono la *ratio*, ma produca danni collaterali ben maggiori: l'adulterazione delle sostanze, l'ingente apporto di proventi al narcotraffico (e il conseguente, crescente inquinamento dell'economia legale), la distrazione di risorse, per le amministrazioni e gli uffici giudiziari, dalla lotta alla produzione e al commercio delle droghe pesanti (e dal contrasto, in genere, a crimini più gravi), la moltiplicazione di ambienti a rischio come le piazze di spaccio.

<sup>77</sup> *Supra*, § 5.

<sup>78</sup> Sulle ragioni che non consentono di qualificare il sindacato della Corte costituzionale come un vero e proprio test (principalmente legate all'uso promiscuo che nella sua giurisprudenza è fatto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità), v. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, 2, consultabile sul sito della Corte costituzionale all'indirizzo [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/RI\\_Cartabia\\_Roma2013.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf), cit. in U. ADAMO, *Materia "non democratica" e ragionevolezza della legge*, cit., il quale

Non può però ignorarsi un'ultima questione, relativa al ruolo assunto nella disciplina della materia dalle fonti internazionali a cui la legge italiana àncora i criteri di composizione delle tabelle (art. 13, cc. 2 e 5 T.U. Stupefacenti) e i divieti concernenti le condotte aventi a oggetto la *cannabis*; disciplina sul cui sfondo, tra il 2015 e il 2017, è stata conformatata anche la fisionomia del mercato della *cannabis* terapeutica<sup>79</sup>.

La matrice internazionale del regime generale di divieto – al tempo accolto dalla quasi totalità degli Stati membri – è, come accennato, il principale argomento impiegato dalla Corte di Giustizia nel citato caso *Josemans*<sup>80</sup>, con riferimento alla *cannabis* a uso ricreativo; ma è anche, come abbiamo visto, un sostegno motivazionale della sentenza del TAR Lazio n. 3074/2017<sup>81</sup>.

Il richiamo all'origine convenzionale della disciplina sugli stupefacenti è, del resto, frequente nella giurisprudenza comune, la quale vi fonda decisioni che pervengono alla sostanziale disapplicazione del diritto nazionale, mediante una sua “interpretazione conforme” che travalica i limiti fissati dalla giurisprudenza costituzionale a tale opzione<sup>82</sup>.

Basti, con riferimento alla giurisprudenza amministrativa, ricordare un caso – in qualche modo speculare al problema qui esaminato – risolto nel 2016 dal Consiglio di Stato<sup>83</sup>.

Disposta una CTU per verificare se la nicotina potesse essere considerata una sostanza stupefacente o psicotropa (come sostenuto dall'appellante Codacons, che ne aveva lamentato l'illegittima esclusione da un decreto di aggiornamento delle tabelle del T.U. Stupefacenti e come, di contro, negato dal giudice di primo grado, che aveva rigettato tale qualificazione sulla base del fatto “notorio”<sup>84</sup>) il giudice amministrativo acquisiva dal consulente una inequivoca risposta positiva: respingeva, tuttavia, la domanda dell'associazione appellante, il cui accoglimento avrebbe determinato un “inadempimento da parte dello Stato italiano di impegni assunti a livello internazionale”<sup>85</sup>, dal momento che la nicotina non è

---

mette tuttavia in luce come l'impiego del canone di ragionevolezza vada sempre più assomigliando a un vero test nelle pronunce della Corte che hanno a oggetto un “giudizio di scientificità” (l'espressione è di G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 60, ivi cit.).

<sup>79</sup> *Supra*, nota 20.

<sup>80</sup> *Supra*, nota 28.

<sup>81</sup> *Supra*, § 4.

<sup>82</sup> Cfr. P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 311 ss.; G. SEGRES, *I trattati internazionali diversi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in A. DI BLASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, 195.

<sup>83</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 9 marzo 2016, n. 933

<sup>84</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. I bis, 29 aprile 2009, n. 4432.

<sup>85</sup> Difficile non cogliere, negli argomenti del Consiglio di Stato (che richiamano, oltre alla disciplina di diritto internazionale in materia di stupefacenti, il principio di libera circolazione delle

contemplata dalle Convenzioni in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope, né è stata successivamente inserita nelle allegate tabelle.

Al riguardo, è forse superfluo, in questa sede, osservare come le norme dettate dalle Convenzioni in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope, con riferimento alla *cannabis*, siano oggi sostanzialmente disapplicate in un gran numero di Paesi (senza alcuna previa denuncia dei trattati): basti dire che, nella culla del proibizionismo, la via della liberalizzazione della produzione, del commercio e del consumo, anche a scopo ‘ricreativo’, è stata intrapresa, secondo vari schemi regolatori, da una molteplicità di Stati federati a partire dagli anni '90<sup>86</sup>.

Mi sembra necessario, piuttosto, con riferimento allo specifico tema esaminato, porre un'altra questione: se è vero che la disciplina dettata dall'art. 18 *quater* cit. contrasta, oltre che con la tutela delle libertà economiche garantite dai trattati europei, anche con gli artt. 32 e 33 Cost., a cosa giova tenere in conto che la stessa norma si conforma (o ritiene di conformarsi) a obblighi assunti dallo Stato italiano in sede internazionale?

Ove non fosse possibile dare alle Convenzioni in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope una collocazione armonica con i principi fondamentali del nostro ordinamento<sup>87</sup>, non sarebbero le stesse norme pattizie a porsi in contrasto con i principi cardine della Carta fondamentale?

L'assenza di opzioni interpretative conformi alla Costituzione<sup>88</sup>, in altri ter-

---

merci in ambito comunitario e le direttive che vi hanno dato applicazione relativamente al tabacco e ai prodotti correlati), una implicita e inattesa risposta alle domande retoriche con cui si aprono le conclusioni presentate dall'Avvocato generale Bot alla Corte di Giustizia nella citata causa *Josemans*: “Intendiamo costruire un'Europa nell'ambito della quale produttore, distributore o destinatario possano liberamente avvalersi delle libertà di circolazione garantite dal Trattato per coltivare, trasportare, offrire oppure consumare droga? Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia che stiamo costruendo oggi ambisce a servire gli interessi del commercio della droga?”.

<sup>86</sup> Si veda., anche per un confronto tra i vari approcci alla legalizzazione, R. LICCARDO PACULA – R. SMART, *Medical Marijuana and Marijuana Legalization*, in *Annual Review of Clinical Psychology*, 13/2017, 397 ss; per un quadro aggiornato v. E. VAN KEYMEULEN, *Cannabis Legal & Regulatory Update September-December 2019*, scaricabile dal sito [www.allenoverly.com](http://www.allenoverly.com).

<sup>87</sup> Ma sul punto v. *supra*, note 21 e 67.

<sup>88</sup> È importante, in proposito, sottolineare che, specie a fronte della modifica di un crescente numero di legislazioni nazionali in materia di *cannabis*, la Sessione Speciale dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite sui problemi mondiali della droga del 19-21 aprile 2016 ha approvato un documento finale (UNODC, *Outcome document of the 2016 United Nations General Assembly Special Session on the World Drug Problem. Our joint commitment to effectively addressing and countering the world drug problem*, Vienna, 2016) ove si evidenzia che “there are persistent, new and evolving challenges that should be addressed in conformity with the three international drug control conventions, which allow for sufficient flexibility for States parties to design and implement national drug policies according to their priorities and needs, consistent with the principle of common and shared responsibility and applicable international law” (3). Da taluno di pone in rilievo, poi, la circostanza che la modifica delle leggi statali in materia di *cannabis* potrebbe essere giustificato anche mediante il richiamo alla “compatibilità” con le costituzioni nazionali operato dalla stessa Convenzione unica sugli stupefacenti di New York del 1961, come emendata

mini, comporterebbe l'illegittimità, *in parte qua*, sia dell'art. 18 *quater* d.l. n. 148 del 2017, sia delle leggi di adattamento delle citate Convenzioni internazionali: resterebbe infatti esclusa, per ciò solo, "l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost."<sup>89</sup>.

---

nel 1972 (artt. 23, 35 e 36), dalla Convenzione sulle sostanze psicotrope di Vienna del 1971 (artt. 21 e 22) e dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope del 1988 (art. 2, c. 1, lett. *d*), e 2 e art. 3): per una sintesi di tali posizioni v. T. FIRESTONE, *Legalization vs. International Drug Treaties: Is the STATES Act the Answer?*, in *Global Cannabis Compliance Blog*, 30 aprile 2019, consultabile sul sito [globalcannabiscompliance.bakermckenzie.com](http://globalcannabiscompliance.bakermckenzie.com).

<sup>89</sup> Così le sentenze della Corte Costituzionale del 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349, in *Giustizia civile*, 1/2008, con note di G. DUNI, *Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, 53 ss. e di P. STELLA RICHTER, *"Postilla a Duni", Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, 63 ss.; in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 5/2008, con nota di S. BONATTI, *La giusta indennità d'esproprio tra Costituzione e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, 1288 ss.; in *Cassazione penale*, 6/2008, con nota di V. PETRI, *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell'ordinamento interno*, 2296 ss.; in *Il Foro italiano*, 1/2008, con note di L. CAPPUCCIO, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, 47 ss. e F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio*, 50 ss.. La formulazione del principio riportata nel testo è tratta da Corte costituzionale, 26 novembre 2009, n. 311, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2009, con nota di M. MASSA, *La «sostanza» della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, 4679 ss.; in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2/2010, con nota di F. AVALLONE, *Personale ATA trasferito dagli enti locali allo Stato: la storia infinita*, 402 ss.

### Abstract

L'articolo descrive l'assetto del mercato della cannabis terapeutica definito dalla legislazione italiana, evidenziandone la dubbia compatibilità con l'ordinario paradigma accolto dalla Corte di Giustizia in materia di diritto della concorrenza. Gli elementi specializzanti alla base di tale devianza possono essere individuati nelle esigenze di tutela della salute pubblica, dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza: questa peculiarità (presupposta dalla normativa italiana e dalla sua matrice internazionale) non consente comunque di giudicare la regolazione della cannabis terapeutica conforme all'interpretazione consolidata degli articoli 49, 52, 56 T.f.Ue e alla altrettanto stabile giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in materia di diritto alla salute.

Cannabis and Pain Medicine.

A singular case of limitation of the right to health

by Marco Ragusa

This paper describes the main features of the medical cannabis market as defined by Italian legislation, highlighting its dubious compatibility with the ordinary paradigm accepted by the case law of the Court of Justice in the field of competition law. The special elements meant to be at the basis of this derogation can be identified in the protection of public health, public order and public safety: however, such a peculiarity (underlying Italian legislation and its international framework) does not allow to consider the regulation of medical cannabis complying to the settled interpretation of articles 49, 52, 56 TFEU and to the equally established case law of the Italian Constitutional Court on the right to health.

# Efficient governance and spending constraints in public holding companies of Campania Region. Notes from two strategic sectors\*

di Vinicio Brigante

TABLE OF CONTENTS: 1. Methodological premises and reasons of the research. Brief notes on the issue of public participation companies in Italian law. – 2. Reference framework and corporate screen through in house approach: the choice of the Region as sole partner. – 3. Participated companies of the Campania Region: a picture of constant uncertainty. – 3.1. Duties assigned to *So.Re.Sa. S.p.a.*: from the entity entrusted with the recovery plan in the health sector to the strategic role of single purchasing centre for the Campania Region. – 3.1.1. Deficit, recovery plan for the health sector and maintenance of essential levels of care: a difficult balance. – 3.1.2. Centralization of public expenditure: the choice of corporate model for Campania Region. – 3.2. The intricate issue of regional public transport in an effort to achieve sustainable mobility: an unresolved affair (brief remarks in margin of a judgment of Constitutional Court). – 4. Concluding remarks: a balance far to be found.

## 1. *Methodological premises and reasons of the research. Brief notes on the issue of public participation companies in Italian law*

The topic of publicly owned companies represents a central research ground for legal science, widely investigated from all perspectives, still in motion, as it represents the point of intersection between public and private, between economic development and budget deficit; they represent dynamic points between different interests and sectors and are, in some ways, the rebalancing point of the State's own powers<sup>1</sup>.

However, it seems necessary to delineate territorial, argumentative and prospective boundaries of the survey conducted in this forum, which is based on extremely specific profiles, in order to outline critical aspects of models proposed in Italian law.

The theme dealt with in this essay concerns the need for companies with public participation to become protagonists of economic development in the territory – this is imposed by the company's role, beyond its nature – in the publicity key, but in the awareness that it is often necessary to act in a situation of deficit<sup>2</sup>.

---

\*This paper represents an expanded and updated version the text of the speech performed by the author at the *ILAS* (The International Institute of Administrative Science) conference, 'Effective, Accountable and Inclusive Governance', held at Nanyang Technological University (NTU), Singapore, in June 2019. The author would like to thank the chairs of the session, Professors Loredana Gianni and Aristide Police and all speakers for interesting suggestions for reflection.

<sup>1</sup> See authoritative work by F. MERUSI, *Società a partecipazione pubblica e ricomposizione del potere esecutivo*, in *Lo Stato*, 2019, 12, 303 ff.; V. CERULLI IRELLI, M. LIBERTINI (eds), *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, Milano, 2019.

<sup>2</sup> Cf. S. MAROTTA, *La 'spending review' nei servizi pubblici locali: necessità di razionalizzare, volontà di*

In this limited regional territorial perspective, two strategic sectors, health and transport, are taken as benchmarks to assess how organizational choices and corporate governance have responded to underlying needs.

In this perspective briefly outlined, the aim of this work is to provide an overview on the current state of companies owned by the Campania Region, also in relation to the rationalization and simplification plan, in the constant search for a difficult balance between efficient governance<sup>3</sup>, state of crisis and subsequent commissarial regimes that have bound and guided strategic choices of the Region over last years. The analysis of the regional context focuses on specific companies operating in the field of health and public transport, two key sectors to be taken as a benchmark to be able to draw conclusions on a topic that has a central importance in the current legal and policy context.

The clarification of the title in relation to notion of efficient governance is necessary because the same term has different meanings in relation to administrative activity; here the focus is on the need to direct the management of companies with public participation to the production of an economic advantage, as occurs for companies between private entities.

The whole analysis must be read in view of the need for publicly owned

---

*privatizzare*, in *Munus*, 2014, 2, 261 ff.; although previous to the T.U. currently in force, it should be noted that there is a report on spending restrictions for investee companies that is current in terms of content, C. BARISANO, *Il sistema delle società partecipate degli enti locali. Doveri di governance, adempimenti dei comuni e operazioni straordinarie*, in *www.legautonomie.it*, 2009; for an evaluation of the economic performance and their impact on the state's financial position, it is useful to consult the annual report (the last available for consultation dates back to 2017), MEF (DIPARTIMENTO DEL TESORO), *Rapporto sulle partecipazioni delle Amministrazioni Pubbliche*, available at *www.dt.mef.gov.it*; the analysis carried out by F. FRANCIARIO, *Le società a partecipazione pubblica strumentali dopo la cd. 'spending review' (alla luce della sentenza Corte Cost. n. 229/2013)*, in *Corr. Mer.*, 2013, 10, 934 ff. (spec. par. 2).

<sup>3</sup> On this delicate balance, see the recent and complete analysis carried out by V. MANZETTI, *Quale performance amministrativa negli enti locali in situazione di grave squilibrio di bilancio*, in *www.federalismi.it*, 2019, 17, 2, legal reflection should focus on the link between situations of serious budgetary imbalance and administrative activity, or rather between the strict constraints on expenditure imposed by the serious financial situation of the body and the functions and services that the administration is required to exercise and provide; W. GIULIETTI, *Funzione pubblica del bilancio e tutela dell'interesse finanziario tra tecnica e diritto*, in *Dir. econ.*, 2019, 2, 298, the central and political principle of sustainability, although entrusted in today's historical situation to a mainly technical mechanism and centred on the respect of parametric limits to indebtedness, even if characterized by a certain political flexibility, has an undoubted impact on the role and position of the public administration, with direct effects, both in relations with other operators in society, and with regard to the claims of citizens; in a different perspective, i.e. the necessary profitability of publicly owned companies, among others, recently, see F. GOISIS, *Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: economicità e necessaria redditività dell'investimento pubblico*, in *Dir. econ.*, 2019, 1, 23 ff.; concerning the governance of public companies, please see G. D'ATTORRE, *La governance delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2020, 2, 262, 271 ff.; J. BERCELLI, *Prevalenza dei principi di diritto amministrativo e nozione di società a controllo pubblico nel Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Diritto amministrativo e società civile*, I, Bologna, 2018, 449, 458.

companies to be oriented in a profit-oriented way, therefore to produce wealth on the territory<sup>4</sup>, and budgetary constraints to be understood as a constant situation, as a fundamental element to be considered, in terms of rule and no longer as an exception<sup>5</sup>.

The issue of economic development at local level through publicly owned companies has been gradually forgotten and abandoned by the legal landscape, entirely concentrated with the countless novelties and issues that have required constant updating of the subject<sup>6</sup>.

To mend this abandonment (although unintentional), it is necessary to draw attention to the special report of Court of Auditors on public limited companies with local public capital, approved by resolution of 6 December 1991, no. 80, underlined the need to promote local economic development through the participatory corporate form<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> *Ex multis*, see A. MALTONI, *Società a partecipazione pubblica e perseguimento di interessi pubblici*, in *Dir. econ.*, 2019, 2, 187; on the same terms, see S. DEL GATTO, *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 5, 489 ff.; M. ROVERSI MONACO, *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2013, 1, 89 ff., on the subject of scope for action and margin of company management; see 2015, S.A. FREGO LUPPI,  *Holding pubblica e responsabilità per attività di direzione e coordinamento*, in *Dir. econ.*, 2, 273 ff. (spec. par. 6, 292 ff.), thrifty management of resources and respect for rules of correct management are principles that govern all administrative action, even if conducted in a corporate form. In addition to the efficiency of the action set out in art. 97 Cost., the objective of balancing the budget goes against decisions, clearly administrative, of an uneconomic nature; R. URSI, *Il governo del gruppo pubblico locale al tempo della spending review*, in *Munus*, 2014, 3, 415 ff., 418, (spec. par. 2), economic results of public companies have direct effects on the budget of the local authority, which, for its part, maintains the so-called steering power intact.

<sup>5</sup> About this topic, reference is made to the authoritative and clarifying analysis carried out by G. COLOMBINI, *La dimensione finanziaria dell'amministrazione pubblica e gli antidoti ai fenomeni gestionali di cattiva amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 2017, 13, 4 ff., which focuses attention on possible remedies in order to avoid analysing the constant financial deficit in which public administrations are usually acting; in a research perspective that focuses on the need for an indicator, which in the context of organizational flexibility can also be applied to companies owned by public administrations, see G. IACOVONE, *Indicatori di valutazione e buon andamento amministrativo nella performance dei pubblici dipendenti*, in *www.federalismi.it*, 2020, 1, 4 ff.

<sup>6</sup> On the subject see M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, in *www.cameramministrataroma.it*, 2018, efficiency is a legal and economic concept and often in relation to companies with public participation overlaps with the efficiency of the administration-member. This nuance is obviously more difficult to grasp in relation to in house companies, where the administration is the only partner.

<sup>7</sup> On the subject, see the analysis by F. CAVAZZUTI, *Società a partecipazione locale: saggio di diritto provvisorio*, in *Giur. comm.*, 1995, 685 ff.; on the subject of territorial economic development through the use of shareholdings, reference should be made for a complete analysis to T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, 209 ff. quoted by G. RACUGNO, *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2016, 6, 1144 ff., 1150; on this issue, in view of the removal of some administrators from the board of directors of an investee company, the aim of economic development was underlined by Cons. St., Sec. V, 7 September 2017, no. 4248, in *Foro amm.*, 2017, 1830.

In its broadest perspective, the theme can be read as a synthesis of the development of a new economy in line with the principle of horizontal subsidiarity<sup>8</sup>.

In this direction, a brief clarification is appropriate, since development to which public-sector companies are called to contribute does not correspond to an investment, but to a model of management and good governance<sup>9</sup>.

From this point of view, economic development is to be understood as a common benefit that the 2016 Stability Law (Law 28 December 2015, no. 208) has provided only for the so-called benefit companies but that can be extended to all companies with public participation, as a principle of general management that characterizes these legal entities.

Before examining the reference territorial context, it seems appropriate to provide a brief general development framework on the subject, in an obviously not exhaustive sense, but to trace the minimum coordinates of the theme, and, in view of the two main lines of research, i.e. efficiency of governance and spending limits, also of terms chosen, which have led to this situation of financial unbalance. In the second part of the analysis, the aim is to analyse various competencies of companies in which Campania Region has a holding (in total or in part), in relation to the different skills attributed to them and the relative themes that emerge in this regard; in particular, the analysis focuses on companies that have tasks related to health sector and public transport sector, strategic fields that can provide a privileged vantage point for the whole analysis.

In order to pursue models of good governance (that in relation to administrative action it remains a vague and indefinite concept and, for these reasons, it risks being left meaningless), the public administration can use various instruments that can have an impact both on the organization and on administrative action, understood as activity in the widest sense.

However, it seems appropriate to set some minimum coordinates, obviously

---

<sup>8</sup> On this point, current are the reflections carried out by G. TERRACCIANO, *La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e dei consorzi per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 7-8, 2733 ff.; M. ANTONIOLI, *Analisi e riflessioni in tema di responsabilità amministrativa, società a partecipazione pubblica e riparto tra le giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 835 ff.; S. VALAGUZZA, *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 862 ff., with a specific reference to relations between the speciality regime and liability of directors of companies in question.

<sup>9</sup> On this aspect, *ex multis*, it is mentioned the leading position taken by V. BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, 1, 5 ff.; G.C. FELICE, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici locali e l'autonomia privata degli enti pubblici territoriali*, in *Giur. comm.*, 1995, 6, 998 ff.; M. NICOTRA, *L'oggetto sociale delle società di capitali a partecipazione comunale: servizio pubblico o attività imprenditoriale?*, in *Riv. not.*, 1997, 1-2, 203, that operated an analysis starting from the corporate object, freeing the analysis from the public and private subjectivity of society, in general and current terms, see A. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2010, 3, 555 ff.

not exhaustive, of the development of the issue of publicly owned companies (a shining example of administrative activity carried out with private law instruments, specifically in corporate form<sup>10</sup>) in Italian administrative law, in order to apply these coordinates to the central theme of the survey, i.e. a regional perspective.

The central theme of this analysis is represented by the public participation society, a theme in which perspectives of action and organization intersect; the field is in itself very extensive and it can be studied from far-reaching perspective angles that are different from each other, and not necessarily related to public law. Over last thirty years, this issue has acquired an unavoidable legal and economic importance<sup>11</sup>.

The issue of private intervention in the organization brings together problematic profiles and traditional contrasts that have seen different solutions being compared<sup>12</sup>.

To be limited only to the classic issues of administrative law, companies with public participation involve questions of organization, entrustment of public services (and thus of relations between administration and market, and free competition), participation of the private sector in the activity of the public administration (although conducted in corporate form).

In addition, the issue of publicly-owned companies represents an important

---

<sup>10</sup> In a critical sense on this aspect, see reflections carried out by F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 11 ff., special private law that governs these corporate structures is a reserve of public power camouflaged as an apparent references to private autonomy. The neutrality of the company model has been interpreted by the legislator as an unlimited possibility to alter the typical scheme of public limited companies, to introduce the public interest as the exclusive corporate purpose and to guarantee a power of control of the public body over the company; G.F. CAMPOBASSO, *La costituzione di società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998, 2-3, 390 ff., on the gestural profile and any pathological derivations on the subject.

<sup>11</sup> Please refer to the reflections developed by M. CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica. Comuni, Province e Regioni*, Rimini, 1989, 14 ff., that noted the few organic standards in this area. However, there was already a trend towards the increasing importance of the phenomenon compared to the 1960s. At regional level, that represents the field of investigation carried out here, the public companies were responsible for the economic development of the territory, the strengthening of tourist facilities and the provision of effective services to firms. Moreover, economic studies have been conducted since the 1980s and for all see G. FERRARO, *Le società a partecipazione comunale nell'attuale situazione legislativo-finanziaria*, in *Economia pubblica*, 1980, 1, 4 ff. For a more time-dated analysis, see A. ARENA, *Le società commerciali pubbliche: natura e costituzione, contributo allo studio delle persone giuridiche*, Milano, 1942; F. CAMMEO, *Società commerciale ed ente pubblico*, Firenze, 1947; G. TREVES, *Le imprese pubbliche*, Torino, 1950; more recently, M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici*, Torino, 1997; from the perspective of commercial law, understood as a necessary governance-related reading, V. Dominichelli (ed), *La società pubblica locale tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008.

<sup>12</sup> For a detailed reconstruction of the theme, see F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 1, 45 ff.

point of reference for various classical legal institutes, not only for administrative law, but also specific commercial law profiles, such as the state of insolvency of public companies.

The phenomenon, in its original expression, dates back to the 1930s, when, in order to face the economic crisis, the State decided to directly intervene in the economy to take on the role of entrepreneur and used private instruments, since structures and principles of public law were not well reconciled with economic action, which requires autonomy, understood as freedom (private) and not discretion (public)<sup>13</sup>.

Originally, the possibility for administrations to set up public companies was only based on article no. 11 of Civil Code, that attributes private law capacity to public bodies, but there was a lack of a comprehensive legal framework of reference.

The development of the theme over the last century has led to a wavering trend, which is not uniform, also in relation to the concerted objective with which the local authorities used this corporate model.

The diffusion of public participation companies at the beginning of the 1990s was linked to the phenomenon of privatization<sup>14</sup>, under which public economic bodies were transformed into public limited companies. In absolute

---

<sup>13</sup> S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, in *Dir. soc.*, 1992, 2, 224 ff.; on the subject, for a reconstruction in a historical key, see F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, 1, 37 ff.

<sup>14</sup> The subject has been examined by authoritative scholars, but here it is necessary to mention G. BERTI, *Intervento alla tavola rotonda sulla 'Privatizzazione'*, in *Dir. Reg.*, 1993, 3, 807 ff., privatization is a polysemic term that corresponds to a complex transformation in which the administrative function is no longer faced with authority but with the individual's rights; on the polysemy of the term, please refer to S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 1996, 3-4, 579 ff.; on the different privatization models, see also C. IBBA, *Le tipologie di privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2011, 5-6, 464 ff.; C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 3, 396, the use of private models instead of public power (as authority and not as function) achieves the objectives of the Constitution. The variety of organizational models and the institutional exercise of economic activities have favoured the spread of a negative notion of public power. Privatizations are a complement for the whole system but they have to be reason for the production of additional rules; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma, 1995, 20 ff.; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, 328 ff., according to which it was appropriate to rethink critically the notions of public and private and adapt them to the idea of a State as a regulator and no longer as an entrepreneur. In other words, public managerial functions are reduced and regulatory and control functions are expanded; A. PERINI, *Le trasformazioni in atto nel settore dei servizi di pubblica utilità: privatizzazione, concorrenza e regolazione*, in *Dir. soc.*, 1997, 2, 237, the reasons behind privatization also include the influence of EU law and the opaque links between politics and economics that emerged in Italy in early 1990s; V. PARISIO, *Privatizzazione e istituti di accelerazione dell'azione amministrativa: prime brevi considerazioni*, in *Dir. Reg.*, 4, 1993, 863 ff.; F. BALASSONE, *Finanziamento e produzione di servizi pubblici: il sistema dei quasi-mercati*, in *Econ. Pubbl.*, 1994, 1, 6 ff.

terms, privatization corresponds to a reduction of the public power in economy and the relative placing of certain regimes under the rules of private law.

It should be made clear, as has been authoritatively observed<sup>15</sup>, that privatization does not mean non-regulation but that the social values protected by the Constitution can lead to adjustment of market mechanisms; in other words, there are values and interests that must be imposed as limits to market rules.

A distinction needs to be made, as the transformation of national public authorities into companies showed a legislative willingness to move public authorities backwards from direct economic action, while at regional and local level the corporate model responds to different, heterogeneous purposes that need to be analysed on a case-by-case basis.

Privatization implies a new model of State (and consequently of administration) in relation to the market, as the interventionist model is abandoned<sup>16</sup>.

In relation to the subject under investigation in the present report, privatization corresponds to the transformation of the previous public economic bodies into public limited companies, a privatization of organizational forms, with obvious consequences also in terms of administrative organization<sup>17</sup>.

In this sense, privatization means bringing the activity carried out under the

---

<sup>15</sup> G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 1992, 1, 7 ff., the mechanisms for compensating for public intervention change their appearance, but do not disappear; C. MARZUOLI, *Mercato e valore dell'intervento pubblico*, in *Le Regioni*, 1993, 1593 ff.; F. MERUSI, *Credito e moneta nella Costituzione*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 2* (1991), Milano, 1992, 171 ff.

<sup>16</sup> F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 2, 239 ff., the public administration has dismissed the role of economic operator to assume the role of regulator. The legislator has chosen a private template, the companies carry out commercial activities and operate under a system of free competition; M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in M. Cammelli, M. Dugato (eds), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, 4, companies in which a public body has an ownership holding may have a significant influence on the production complex and on the market in general.

<sup>17</sup> On the subject, see G. VESPERINI, *Le privatizzazioni nel settore pubblico industriale*, in S. Cassese, C. Franchini (eds), *L'amministrazione pubblica. Un profilo*, Bologna, 1994, 129 ff.; F. Saitta, *Strutture e strumenti nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, 549 ff., the public system has been affected by a large-scale privatization process, which has affected both the organization and the activity, i.e. both subjects, transformed by public bodies into private legal persons, and the relationships, now characterized by the increasing use, in administrative action, of consensual modules or other forms borrowed from private law; A. PIOGGIA, *L'amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il 'pubblico servizio' in Italia?*, in *Dir. amm.*, 2013, 3, 481 ff., the organizational aspect of the public sphere has experienced over the last two decades a period of marked disarticulation, characterized by a consistent recourse to models that combine with different degrees the traditional qualities of public organization and the typical elements of private organization; M. CAMMELLI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica locale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione. Atti del XLI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Milano, 1997, 147, 153.

patronage of the market, but not in the sense that the State decides to terminate its action in the field of the economy, but in the sense of rationalizing it.

In general terms, privatization (and consequently the appearance of publicly owned companies) is linked to two reasons: public policy is confronted with the need to react to the public finance crisis, due to the EU's strict state aid controls and the overt emergence of the principle of free competition as a general public interest<sup>18</sup>.

The privatization process has had a drastic impact on the Italian administrative system, since it has produced the multiple use of subjective figures used by administrative legislation, characterised by the increasingly frequent use of instruments typical of private law.

Beyond these more or less unitary origins of these companies, their development has been confused in a composite and articulated legislative landscape<sup>19</sup>.

Through last years, legislative provisions have accentuated the speciality profiles with respect to the rules applicable to commercial companies contained in the Civil Code, in its essential core.

This drift represented the betrayal of the original legislative intent for which the use of this model had become so widespread.

Specifically, it was noted that there were public market companies subject to the rules of free competition and the so-called semi-administrations, a hybrid solution that contradicted the nature of the corporate instrument<sup>20</sup>. Between these two opposing poles, there were different degrees of speciality and der-

<sup>18</sup> In these terms, see M. CAMELLI, *Società pubbliche* (encyclopedic voice), in *Enc. dir., Annali V*, Milano, 2012, 1191 ff.; P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005, 550 ff., among the reasons underlying the privatization process, it should be noted that private instruments are considered to be more flexible and free of the constraints arising from the specific rules governing the management of administrative activity, which are more in line with the principles of efficiency and effectiveness; F.P. PUGLIESE, *Sull'amministrazione consensuale. Nuove regole, nuova responsabilità*, Napoli, 1995, (reprinted in 2013), 28 ff., the idea that acting through consensual models is preferred to acting with authoritative instruments is increasingly widespread. Public power is tempered by consensus.

<sup>19</sup> F.G. COCA, *Le società*, quoted, 246, the legislative frantiness has created analytical and legal uncertainties; M. DUGATO, *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Il procedimento di costituzione, l'affidamento dei lavori e la relazione tra ente socio e società*, in M. Dugato, F. Mastragostino (eds), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissione e gestione*, Bologna, 2014, 212 ff., compared with the beginnings of the privatization process, there are, on the one hand, incentives to reduce the public sphere and open up the market and, on the other, a reduction of the productive dimension of the services; F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 3, 447 ff.

<sup>20</sup> See M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 254, according to which the reference criterion had to be the possibility of applying the rules of (private) company law to public companies, except for the derogations strictly necessary for the pursuit of public interests; M. ALLENA, F. GOISIS, *The 2016 Italian Consolidated Law on Public Entities Owned Companies: Towards a More Consistent Private Law Approach*, in *The Italian Law Journal*, 2017, 3, 535.

ogation from private law, depending on the type of company or the law that governed them.

This legislative fragmentation combined with an unsatisfactory management of state-owned companies made rationalization measures necessary; the costs of these companies had become high for the community, many companies were involved in bankruptcy procedures and there were more than 3000 companies with less than 6 employees<sup>21</sup>.

In order to face this distorted legislative landscape, in 2014 the Programme for the rationalization of local owned companies was presented with an overall view to revising expenditure. The rationalization program included a mapping of the number of companies and their activities, proposed to make them more efficient, reduce costs and increase the level of transparency<sup>22</sup>.

This rationalization plan, which will be analyzed with reference to its implementation in relation to the Campania Region, was followed by a true and proper revolution, namely the introduction of the Consolidated Act on Public Participation Companies, by Legislative Decree 19 August 2016, no. 179<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> On this subject, reference can be made to the document issued by the IMPACT ASSESSMENT OFFICE OF THE ITALIAN PARLIAMENT, *I dati sulle società partecipate pubbliche: molto fatto, molto da fare* (Analysis document no. 9) (2017), available at [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>22</sup> On the subject, for a preliminary approach, see F. DI CRISTINA, *Un programma di razionalizzazione delle società partecipate da enti locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 4, 1174 ff.; G. CAIA, *Le novità introdotte dal d.l. n. 66/2014*, in *Treccani Libro dell'anno del diritto 2015*, Roma, 251 ff.; M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, quoted, 4, the excessive number of companies with public participation and the weak results achieved by many of them have suddenly induced a sudden reversal in the attitude of the legislator, thus moving from a favor for the corporate model to an attitude of aversion. This has led to interventions aimed at imposing censuses and rationalisation of shareholdings, prohibiting the creation of new companies, preventing companies with uneven objects, distinguishing mainly between instrumental activities and public services, and containing the costs of corporate administration; A. MARRA, *La razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali dopo la legge di stabilità 2015*, in *Dir. econ.*, 2, 299; the topic of rationalization of investee companies has once again been brought to the attention of scholars, in a slightly different light, from the consequences of the Covid-19 pandemic that occurred in 2020, see S. MOCETTI, G. ROMA, *Le società a partecipazione pubblica: evoluzioni dell'ultimo decennio e profili di governance*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2020, efforts to streamline public participation have not been coupled with an emphasis on improving governance; in detail, for a specific analysis on specific monitoring, extraordinary review, please see MEF (DIPARTIMENTO DEL TESORO), *Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche*, available at [www.dt.mef.gov.it](http://www.dt.mef.gov.it), for a cluster study on the so-called large local authorities and results of operations to maintain shareholdings.

<sup>23</sup> On the subject of the double visual perspective of study, please refer to recent analysis by M. CLARICH, *Le società a partecipazione pubblica dopo il Testo Unico: il punto di vista del pubblicista*, in C. IBBA (ed.), *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, Milano, 2019, 7 ff.; for a bibliography on the theme of the Consolidated Act, in a critical perspective and on specific profiles, please refer, among others, to G. D'ATTORRE, *La 'governance' delle società pubbliche*, in *Giur. it.*, 2020, 1, 264, 272; J. BERCELLI, *La nozione di società a controllo pubblico nella giurisprudenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 6, 685 ff.

The Legislative Decree in question was adopted as part of a very wide-ranging and ambitious project to reform the public administration, by virtue of Delegated Law no. 124 of 7 August 2015 (article no. 18)<sup>24</sup>.

Among the objectives of this text there is the aim of rationalizing the system as a whole, the promotion of transparency and efficiency through the unification, completeness and maximum intelligibility of economic and financial data and the main efficiency indicators.

Specifically, article 20 of the decree provides for the periodic rationalization of investee companies through which public administrations carry out an annual analysis, with their own measure, of the overall structure of the companies in which they have holdings.

In accordance with the aforementioned article no. 20, the President of the Regional Council of the Campania Region, with Decree no. 204 of 31 December 2018 approved the periodic rationalization plan that allows to get to the core of the investigation.

The aim of the whole survey is to analyse the obstacles between the current situation and the objective of achieving territorial economic development in relation to the health and transport sectors, two key sectors which constitute a privileged observatory for an analysis carried out in this direction

## 2. Reference framework and corporate screen through in house approach: the choice of the Region as sole partner

Before analyzing in detail specificities of the sectors chosen for the analysis, it is appropriate to give an account of the chosen corporate structure, which for the subjects under investigation is the in house company.

The organizational choice mentioned above, beyond what will be said in the proceedings, makes it possible to have recourse to the corporate structure, with all resulting operational flexibility<sup>25</sup>, but leaving the control intact on the part of the administration.

<sup>24</sup> As far as the analysis is concerned, P.L. PORTALURI, *Società partecipate e riforma Madia: nuove immagini del diritto amministrativo?*, in S. Luchena, M.L. Zuppetta (eds), *Il riordino delle società partecipate nella riforma Madia. Profili giuridici e economici*, Roma, 2016, 33 ff.

<sup>25</sup> On the subject, recently, even if in the pathological perspective of the state of insolvency, it confirms the full subjection of the in house to the discipline of investee companies, see the analysis by F.A. RE, *Il fallimento delle società 'in house': nessuna deviazione rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali*, in *Dir. Jamm. Soc. comm.*, 2020, 3-4, 825 ff., to which reference should be made for an extensive bibliography; E. CODAZZI, *L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull'in house providing tra specialità della disciplina e proporzionalità delle deroghe*, in *Dir. econ.*, 2019, 2, 127, 141; ID., *Le società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018, 41 ff.; A. MEALE, *L'affidamento a società 'in house' come eccezione all'esame della Corte di Giustizia (ord. CGUE, Sec. IX, 6 February 2020, C-89/19)*, in *Giur. it.*, 2020, 5, 1178 ff.

A rapid and non-exhaustive analysis is needed on this issue, given the magnitude of the issues involved in this research trail.

In-house company does not represent a legal type of company, governed by its own rules and different from those contained in the Civil Code and the general rules of private law.

These companies are regulated in the Consolidated Act of 2016, in a unitary context, in the same way as the other companies with public shareholdings.

In this sense, and this may seem trivial, the clear will of the delegated legislator to determine an identity of private discipline, in spite of public participation, makes clear the need for the exceptions (i.e. the special supplementary rules) to be revealed, but above all to be interpreted as some aspects of speciality with respect to previous provisions and not to give rise to an excessively differentiated or very special and atypical discipline with respect to the paradigm of the company contract.

The issue of legal nature, widely analyzed by all prosepective<sup>26</sup>, cannot be debated here, but it is necessary to make some brief reflection on the regional choice that led to this management model.

According to the regional situation of reference, the chosen model is not the result of a free-will choice on the part of administration, but rather of a need, due to the prolonged budget deficit.

In this sense, the by now consolidated equality between models on the part of the administration, and specifically the choice (rectius la necessity) that the Region has made, guarantees the identity-uniformity of the subjective configuration of economic operators, meaning the same form and regime for all public administration contractors.

In other words, it makes it possible to take advantage of the corporate model, with its relative benefits, albeit with control and administrative supervision<sup>27</sup>, which is very necessary in a situation of financial deficit for the administration.

### 3. *Participated companies of the Campania Region: a picture of constant uncertainty*

According to article no. 7 of the Campania Region's Statute, the Region is to act to regulate economic development, the market economy and free competition in order to promote full employment, the promotion of well-being, social aims, economic and social cohesion and the defence of welfare state.

---

<sup>26</sup> Cf. G. CAIA, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. comm.*, 2020, 3, 457 ff.

<sup>27</sup> On this subject, it should be noted that control, i.e. supervision, is exercised by means of private law instruments and not by means of so-called conforming administrative acts, see E. CODAZZI, *Note in tema di controllo analogo congiunto su società in house pluripartecipata*, in *Giur. comm.*, 2018, 4, 630 ff.

From this rule there is an irrelevance in legislative data with respect to organizational choice made by Region, which is linked to premises of this work concerning the need for an efficient management of all subjects (including companies with public participation) to promote regional development, understood as growth in the broadest sense.

The operating framework seems to be totally different from the objectives mentioned and, specifically, the situation of companies in which Campania Region has a holding has revealed significant problems, both in terms of management and in terms of reorganization and rationalization<sup>28</sup>.

The general context of companies in which the Campania Region has a holding is marked by a high degree of uncertainty in legal relations, with temporary commissarial regimes that have become almost ordinary, legal decrees that have subverted previous provisions, in an overall situation characterised by a single certain and objective fact, namely the constant crisis situation from an economic point of view<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> The situation in fact seems to have betrayed all single assumptions, not only original, but also linked to recent reforms on the subject of investee companies, as moreover noted in general terms by F. BASSANINI, *Le società a partecipazione pubblica tra Stato e mercato*, in *www.astrid-online.com*, 2019, 6 ff., the private legal structure and submission to private law rules can guarantee efficiency and dynamism in management and less risk of bureaucratic obsolescence, due to the natural aptitude of the corporate form to promote an efficient organization of business activities. The presence in the shareholding structure of a public controlling shareholder can ensure attention to positive externalities, ability to define and finance long-term industrial plans, sustainability of the company even in areas of market failure, where the pursuit of general interests would inevitably be frustrated or sacrificed by those who operate on the basis of a profit maximisation logic. However, it should be noted that unlike the last 20 years, during which the corporate model, considered more appropriate to the needs of a modern and efficient administration, has been encouraged, today it is necessary that there is a good reason to set up and/or maintain a public company and that this reason is adequately motivated; in order to carry out a reconnaissance, also with reference to the territorial scope of the survey, it seems useful to consult Corte dei Conti – Sezione delle Autonomie, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari* (Relazione 2019), 2020, available at *www.corteconti.it*, for the pursuit of the objectives of efficiency gains, rationalization and reduction of public expenditure, a crucial profile is given by the specification, among the criteria for the acquisition and management of public shareholdings, of the company's strict adherence to institutional purposes of the participating entity, as well as the imputability of the activity carried out to those allowed by law; G. FARNETTI, *L'evoluzione del sistema delle partecipate e dei controlli della Corte dei Conti*, in *Aziendaitalia*, 2018, 12, efficiency relates to better use of resources (minimization of costs) with same results and that effectiveness has deal with meeting defined objectives and meeting needs of internal or external recipients of those activities. While cost-effectiveness, when referring to economic activity, expresses its purpose, given certain resources, in terms of efficiency and effectiveness; when, on the other hand, it is combined with the two criteria just mentioned, it postulates the need for a continuation over time, i.e. conservation of available resources, in order to give continuity to administrative activity, to make it sustainable.

<sup>29</sup> The theme, which seems to be a feature of the regional situation in different areas of Southern Italy, can be studied from the inverted perspective of the possibility of creating utilities,

To give an overview of the situation and its criticality, in 2015, among 25 companies in the Region, 15 were active, 8 were in liquidation and 2 had gone bankrupt. One of first critical issues, which will not be examined further during the analysis, concerns two categories (together with the companies in which the Region has an indirect stake) in relation to which there is a lack of availability of data relating to asset management and economic impact in situations of great hardship that adversely affect the speed of closure activities and resulting accounting regulations.

### 3.1. *Duties assigned to So.Re.Sa. S.p.a.: from the entity entrusted with the recovery plan in the health sector to the strategic role of single purchasing centre for the Campania Region*

A central role in this regional context of reference is played by *So.Re.Sa. (SOcietà REgionale per la SANità*, namely regional healthcare company) S.p.a., a company wholly owned by the Campania Region, which is also its exclusive shareholder.

The entity, established by Regional Law no. 28 of 24 December 2003, initially had the task of managing and playing an operational role in the management of debts accrued in the regional healthcare system to facilitate the recovery of liabilities in the health sector of the regional balance sheet.

Although two tasks are not alternative, as company in question currently holds both functions related to health sector (with specific tasks related to debt situation) and is regional single centre for public procurement, it is appropriate to split the analysis into two autonomous parts to detect the critical issues related to the two core tasks assigned.

Outside these two categories chosen for reasons of convenience of treatment, it is appropriate to note, a specific function allocated that concerns – precisely in response to the challenges related to economic sustainability of health systems – an innovative and entirely digital approach to this specific health context, through a fully interconnected system of health agencies and through promotion of various e-health tools (including, for example, electronic health record, *FSE*)<sup>30</sup>.

#### 3.1.1. *Deficit, recovery plan for the health sector and maintenance of essential levels of care: a difficult balance*

The origins and causes of the economic deficit in the health sector are several, but an important role belongs to the lack of coordination in terms of public

---

G. MARINUZZI, W. TORTORELLA, *Le imprese pubbliche nazionali nello sviluppo economico del Mezzogiorno*, in *L'industria*, 2020, 2, 347 ff.

<sup>30</sup> The issue concerns the need for innovation in the health system through a series of instruments that are partly already regulated, to ensure health services even in a context of rationalization of financial resources, on the subject in the broad sense see L. GIANI, *Spunti per la costruzione di una 'cultura dell'innovazione' negli appalti in sanità*, in this *Journal*, 2018, 2, 205 ff.

finance between the State and Regional levels, at the beginning of the 1980s, which led Regions to use the criterion of the so-called historical expenditure for the planning of sums to be allocated to the health sector. This financing model has caused the deficits that still affect the management of finances in the health sector nowadays.

This issue raises need to find a delicate balance between different aspects, in particular, existing tension between two institutional interests is evident, on the one hand, requirement to return from debt and contain public spending, and on the other hand, not to compromise the right to health.

First of all, need to recover from debt, then to balance limited public finances with the need to guarantee a level of care that is an essential right of the person<sup>31</sup>.

Secondly, the interest of the Regions in safeguarding their political autonomy with regard to the definition of organizational and welfare choices that qualify the presence of the health service in the territory<sup>32</sup>.

Resulting deficit made it necessary to adopt the recovery plans (*PDR, Piani di rientro*), a particularly complex point, also because it has gone through several stages<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> M. CALABRÒ, *Linee evolutive del servizio di assistenza farmaceutica. Ipotesi di valorizzazione dell'art. 32 Cost. in senso proconcorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 5, 1243 ff., if right to health represents a legitimate and necessary limit to market rules, it is all the more so in case of limited economic resources on the part of public administration; M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria fra Stato e Regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia (eds), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, 11 ff.; A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo modello sociale europeo: più sobrio, solidale, sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 2011, 4.

<sup>32</sup> T. CERRUTI, *I piani di rientro dai disavanzi sanitari come limite alla competenza legislativa regionale*, in *Rivista AIC*, 2013, 8 ff.; D. IMMORDINO, *Razionalizzazione della spesa farmaceutica e contributo regionale di solidarietà ambientale: prove tecniche (fallite) di federalismo fiscale*, in *Le Regioni*, 2012, 6, 607 ff.; in a broader sense on the subject, see G. PITRUZZELLA, *Sanità e regioni*, in *Le Regioni*, 2009, 6, 1184 ff.; E. GRIGLIO, *Il legislatore 'dimezzato': i consigli regionali tra vincoli interni dei piani di rientro dei disavanzi sanitari e interventi sostitutivi governativi*, in *Le Regioni*, 2012, 3, 455 ff.; recently on the subject, with a view to examining solutions related to innovation to convey expenditure difficulties in the health care sector, see F. APERIO BELLA, *Tecnologie innovative nel settore salute tra scarsità delle risorse e differenziazione: alla ricerca di un equilibrio difficile*, in *www.federalismi.it*, 2020, 2, 245, 258 ff.

<sup>33</sup> For a complete overview of the theme see S. CALZOLAIO, *Il modello dei Piani di rientro dal disavanzo sanitario dal punto di vista dell'equilibrio di bilancio*, in *www.federalismi.it*, 2014, 23, 61 ff.; G. CARPANI, *I piani di rientro tra emergenze finanziaria e l'equa ed appropriata erogazione dei Lea*, in R. Balduzzi (ed), *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, Bologna, 2010, 25 ff.; E. GIGLIO, *La legislazione regionale alla prova dei piani di rientro dai disavanzi sanitari: possibile la ratifica, non la conversione in legge*, del piano, in *Rivista AIC*, 2012, 1, 2 ff., among other things, the issue of the recovery plan occupies a central position in the framework of relations between the State and the Regions and intersects with a plurality of legal issues – from those relating to the relationship between the guarantee of essential levels of assistance and efficiency in the use of available resources to those relating to

The return plans are aimed at verifying the quality of health care services and at achieving a high level of health protection and rebalancing the accounts of regional health services.

Constitutional Court in its judgment of 11 April 2011, no. 123 pointed out that the rules which provide for agreements between the State and the regions on the deficits are aimed at containing public health expenditure and, therefore, are expressive of a related principle of public finance coordination<sup>34</sup>.

Awaiting the development of this issue at national level, Regional Law of Campania, 24 December 2003, no. 28, containing urgent provisions for restoration of regional funding was released, with which Campania Region constitutes a single-sector limited company (*Sa.Re.Sa.*) for purposes of drawing up and managing an overall project to be carried out with savings, aimed at carrying out operations of an equity, economic and financial nature to be integrated with the interventions for the consolidation and recovery of the matured debt of the regional health system and for the balance of the current management of the health debt.

As far as the analysis carried out is concerned, it should be noted that Decree Law 20 March 2007, no. 23 established that the Government would contribute to the settlement of the deficit for the regions that had signed the recovery plan (Campania was among the regions that signed the plan).

Moreover, since the same Decree Law, the Regions are responsible for covering the deficit incurred through the implementation of rationalization measures.

In addition, Decree Law 29 November 2007, no. 222 provided for the nomination of an *ad acta* commissioner for the Regions with a particularly high deficit, and the Campania Region fell within this category<sup>35</sup>. This circumstance

---

the nature of the return plan and the intervention of the State as a substitute – has in recent years repeatedly solicited the interest of the constitutional judge.

<sup>34</sup> On the subject of containing expenditure in the health sector, see the ruling of the Constitutional Court of 23 May 2018, no. 103, with commentary note drafted by E. Mariani, *La ridefinizione unilaterale del contributo statale alla spesa sanitaria al vaglio del Giudice Costituzionale: riflessioni in merito al rapporto tra leale collaborazione e normativa sui finanziamenti ai servizi sanitari*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2018; in the broad sense, for a commentary on the Budget Law on health, see M. CONTICELLI, *Analisi della normativa. La legge di bilancio per il 2017. La salute*, in *Gior. dir. amm.*, 2017, 2, 204 ff.; U. USAI, *La legge di bilancio 2017 postone di un anno l'obbligo della predisposizione del programma di acquisti di beni e servizi*, in *Gazzetta degli Enti Locali*, 2016, 1, 3 ff.

<sup>35</sup> On the subject, see the analysis carried out by S. VILLAMENA, *Il Commissariamento della sanità regionale. Conflittualità ed approdi recenti anche con riferimento al c.d. decreto Calabria*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2019, 20, about the delicate balance between financial needs and guaranteed health care levels; with specific reference to the Calabria Region, a reference should be made to the judgment released by Corte Cost., 24 July 2019, no. 200, in *Foro. it.*, 2019, 2984; E. JORIO, *Dopo il Lazio e l'Abruzzo, anche la Campania e il Molise (forse la Calabria). Una sanità commissariata come soluzione per i danni prodotti dai governi regionali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2009; S. PARISI, *Tendenze della legislazione sanitaria in Campania: una policy com-*

widened the difficulties since it doubled the number of persons to be referred to for the recovery plan, with complications from an organizational point of view, and made it necessary to have the passive legitimacy of the *ad acta* commissioner for all administrative disputes relating to the recovery plan.

The corporate mission initially entrusted to *Sa.Re.Sa.* was to manage the debt repayment plan in the health sector, since the subject in question enjoys a privileged perspective of observation of the regional health care landscape, with particular attention to the balance sheet offices of the health companies and, for these reasons, has developed and consolidated in the management of health care debt an experience of analysis of economic-financial, organizational, procedural and administrative criticality.

In other words, the management of debt accumulated by health authorities of Campania Region has been entrusted, since 2006, with separate regional measures, to *Sa.Re.Sa.* S.p.A.

Among instruments identified to operate the recovery from debt in the health sector, it is particularly relevant for the subject under investigation that *Sa.Re.Sa.* was identified as a single centre for purchases in the health sector (a function that will be extended in relation to all sectors in 2014, when the same entity will become a regional single purchasing centre)<sup>36</sup>.

The strict constraints on public expenditure, both European and domestic, adopted in the broader context of containing public expenditure, when applied to public health sector raise a number of issues that are difficult to overcome.

As noted above, in the health sector, constraints placed on the reduction

---

*plexa in una Regione commissariata*, in *Le Regioni*, 2017, 1270 ff.; V. SOTTE, *Rapporto intercorrente tra Regione e Commissario ad acta per l'attuazione del Piano di rientro dal disavanzo sanitario* (note on the margin of T.A.R. Campania, Napoli, Sec. I, 11 June 2014, no. 3235), in *www.federalismi.it*, 2014; C. TUBERTINI, *Diritti alla salute, organizzazione e risorse finanziarie. Lo stato attuale della questione*, in *Diritto amministrativo e società civile*, I, Bologna, 2018, 545 ff.; M. CONTICELLI, *Le criticità della spesa sanitaria*, in F. Castello, V. Tenore (eds), *Manuale di diritto sanitario*, Milano, 2018, 377 ff.; with specific reference to the possibility of using technology to tackle these obstacles, F. APERIO BELLA, *Tecnologie innovative nel settore salute tra scarsità delle risorse e differenziazione: alla ricerca di un equilibrio difficile*, in *www.federalismi.it*, 2020, ability of the rules in force in the sanitary matter to remodel itself to intercept the reorganization of the juridical relationships produced by innovative technologies is indispensable condition for the full affirmation of the rights in the encounter between health and technological innovation and therefore, in last analysis, for the concrete implementation of the constitutional guarantee of the health as fundamental right.

<sup>36</sup> G. ROMEO, *Il contenimento della spesa nei servizi sanitari regionali: la razionalizzazione del sistema degli acquisti*, in *Le Regioni*, 2009, 561, the solution of selecting *Sa.Re.Sa.* as the entity to be entrusted with the role of purchasing centre in the health sector seemed more an emergency solution than a conscious choice of legislative policy. However, it is undeniable that the aggregation of public expenditure brings with it a number of advantages in terms of public efficiency; R. FERRARA, *Organizzazione e principio di aziendalizzazione nel servizio sanitario nazionale: spunti problematici*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 7-8, 2500 ff.; M. BELLETTI, *Le Regioni figlie di un Dio minore. L'impossibilità per le Regioni sottoposte a Piani di rientro di implementare i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2013, 5-6, 1078.

of public expenditure must be balanced (in the sense that they must not compromise) the right to health, which is constitutionally protected by article no. 32.

For this reason, the institutional mission of *Sa.Re.Sa.* has been divided into several steps, to prevent that the urgent need to cover the previous debts of the health sector would affect the services provided. A first phase of comparison with Local Health Authorities (*ASL*), a second phase with possible models to be adopted, and, finally, an operational stage.

In the operational phase, the task of *Sa.Re.Sa.* is to support the directors of local health authorities and to define the settlement agreements in relation to the credits matured.

The task assigned to the company by the instituted law appears to be of fundamental importance, since it is a role of coordination and management of a delicate matter that involves several sensitive issues.

Debt recovery is not yet complete, but, with the exception of a few issues relating to the management of certain events, there is a positive assessment by other institutions of this specific task.

The programme for repayment of accumulated debt is still in an unsettled state, in consideration of the obvious shortcomings that afflict the current health system (with specific reference to waiting lists and accreditation paths for private structures) and at the time of writing this work, the preparation of an Operational Programme 2019-2021 was approved, with a view to (yet remote) overcoming that commissarial regime.

The overcoming of the commissarial regime is desirable as a sign of overcoming a debt situation and crisis that has been gripping the regional context for many years, but the current regime seems to have found management balances that should not be altered, since the deficiencies and gaps in the regional health system are to be found in other phenomena and circumstances (*maladministration* and corruption).

### 3.1.2. *Centralization of public expenditure: the choice of corporate model for Campania Region*

The role of subject with tasks relating to the debt repayment plan in the health sector intercepts another role which, however, has its own autonomy due to the centrality of the theme, i.e. to be a unique purchasing centre for regional purchases, initially limited to the health sector and then, from 2014, for all purchases by the Campania Region.

The Regional Law no. 16 of 7 August 2014 identified the company with public shareholding under investigation as purchasing centre (for all purchases submitted by the regional public administration and instrumental entities) for the Campania Region and, moreover, *Sa.Re.Sa.* itself is an aggregating entity (for public purchases) by virtue of Decree Law no. 66 of 2014.

Although inspired by the same need to save expenditure and increase the professionalism of public works stations, issues relating to central public bodies and aggregators must be kept separate<sup>37</sup>.

Directive 24/2014/EU – later transposed in Legislative Decree no. 50 of 18 April 2016 – identified the central purchasing bodies in order to reduce fragmentation of public demand; instead, Decree Law 66/2014 cited above obliges regional legislators to implement all principles dictated by the State Legislator in order to regulate duties and functions of aggregators of local relevance<sup>38</sup>.

The whole reform project operates in a well-defined direction, i.e. to pursue the objective of improving quality of public contract services which is now based, according to new legal reading, not only on the quality of tenderer and of offers, but above all on the redefinition of public demand, therefore on the quality of the public contractual part<sup>39</sup>. This analysis cannot dwell on such a broad theme, but merely focuses on a corporate model chosen by aggregators in the regional context of reference.

The choice of the company model compared to alternative solutions adopted in other regional contexts seemed more a coercion than a free choice. Through the corporate model (even if in house) there was more freedom of action than the choice to entrust this role to a public entity, at least in terms of governance policy<sup>40</sup>.

The current model of aggregation of public expenditure originates at the national level in the so-called ‘Consip model’<sup>41</sup> and allows the single purchasing centre to identify on a large scale the standard requirements for public administrations, detect anomalies in public contracts, and develop market strategies for kinds of administration<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> Cf. G. FIDONE, F. MATALUNI, *L’aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, in *Foro amm.*, 2014, 11, 2995, 3001 ff.; for a more outdated reading of aggregation trends, see W. GASPARRI, *L’evoluzione della disciplina per la concentrazione della domanda di beni e servizi nell’amministrazione*, in D. Sorace (ed), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013; G. Ferrari, *Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale: primi commenti al D.L. 66/14*, in *www.lineavcp.it*, 2014.

<sup>38</sup> This list of aggregating entities is kept and updated by ANAC, as established by resolution no. 31 of January 31, 2018, and can be consulted on *www.anticorruzione.it*; on the subject, albeit marginally, so-called simplification decree, 76/2020, as a legislative response to Covid-19 pandemic, which added paragraph 3-bis to article no. 38 of Public Contracts Code (Legislative Decree 50/2016).

<sup>39</sup> Please refer to G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l’aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2019, 1, 33 ff., new models of aggregation of public demand have spread throughout the European Union, albeit with significant differences linked to consolidated national experiences, i.e. with recent launching of experiences recognised as not only legitimate, but also efficient and promising for the management of the procurement function at national and European level.

<sup>40</sup> On the subject of central purchasing bodies in the Campania regional health system, please allow a referral to F. PINTO, V. BRIGANTE, *Centralizzazione delle committenze pubbliche, trasparenza e gruppi di pressione nel sistema regionale campano per la sanità: prime evidenze empiriche*, in *Ist. fed.*, 2018, 3-4, 723 ff.

<sup>41</sup> Please refer to L. FIORENTINO, *Il modello Consip e i soggetti aggregatori*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 2, 202 ff.

<sup>42</sup> B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 613 ff.

Aggregation of public expenditure has in recent years proved to be more of a necessity than a choice for administrations, as it allows for more favourable purchasing conditions thanks to the exploitation of economies of scale, reduces process costs, and provides for larger and therefore tendentially more competent administrations<sup>43</sup>.

Moreover, as has been pointed out<sup>44</sup>, through the aggregation of public expenditure it is possible to achieve heterogeneous objectives, such as sustainable development, environmental protection and technological development; among achievable objectives, a specific mention should be made of the possibility of using the strong corporate tool, intended as a model, as a factor preventing corruption within the companies themselves and their activities in the territory<sup>45</sup>.

The expenditure for public contracts incurred by the government represents a significant part of the total amount of government spending<sup>46</sup>. In addition, the worsening of the economic crisis has led the legislator to make corrections aimed at saving for the management of public tenders.

Italian legal and organizational system of aggregation of public expenditure has always been characterized by a high degree of backwardness with respect to European context<sup>47</sup>.

Legislative choices aimed at aggregating public expenditure are necessary

---

<sup>43</sup> L. FIORENTINO, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, 446, adequate size and professionalism of contracting authorities allow public authorities to deal more authoritatively with businesses.

<sup>44</sup> Please refer for a detailed analysis to A. ZITO, M. IMMORDINO, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente*, in this *Journal*, 2018, 2, 223 ff., which, however, identify scope for improvements to the current system, both at national and regional level. The rationalization of purchases by the public administration through centralized models has undoubted advantages but it cannot be the panacea for all problems that the administration faces in that sector.

<sup>45</sup> On the subject matter the following are merely referred for a detailed analysis, to F. ELEFANTE, *Società pubbliche e normativa anticorruzione*, in *Munus*, 2014, 3, 445 ff.; R. Cantone, *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla 'riforma Madia' della pubblica amministrazione*, in *Riv. soc.*, 2018, 1, 233 ff.; L. BERTONAZZI, *Società in controllo pubblico e normativa in materia di responsabile e piano di prevenzione della corruzione*, in *www.giustamm.it*, 2016, 6, 3, 6 ff.; F. COSTANTINO, *Le società a partecipazione pubblica e l'applicazione in materia di trasparenza e contrasto alla corruzione*, in *www.federalismi.it*, 2018, (special issue, *Le società partecipate al crocevia*), 2018.

<sup>46</sup> C. COTTARELLI, *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare*, Milano, 2015, 31 ff.; in a conforming sense, but according to recent reforms, cf. L. Fiorentino, *La gestione delle amministrazioni pubbliche nei più recenti interventi normativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 2, 171 ff.

<sup>47</sup> With reference to the skills of central purchasing in the health sector, which is still a competence attributable to *Sa.Re.Sa.*, please refer to G.M. RACCA, *Public procurement in the Italian healthcare sector: common problems in European procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, 3, 119 ff., in European models, central purchasing bodies carry out aggregate tenders for a large number of plots and carry out market analyses to assess the needs of administrations and instrumental bodies. The reduction in public procurement expenditure related to public contracts must be coordinated with a redefinition of needs and activities.

and can lead to a control of public costs and a high level of contractual performance; these considerations play an independent role if it is considered that the Campania region has a high overall public finance deficit.

In addition, for non-centralized tenders, the *So.Re.Sa.* has the role of authorizing Local Health Authorities (*ASL*) for certain assets whose total amount must not exceed certain thresholds set annually by the Commissioner to acta by decree.

The objectives of centralization, in this sense, can involve and lead to significant cost savings that can assist the repayment of debt, whose structural and original causes however require (as has happened) a commissioner intervention to remedy a critical situation from the standpoint of regional management.

3.2. *The intricate issue of regional public transport in an effort to achieve sustainable mobility: an unresolved affair (remarks in margin of a recent judgment of Constitutional Court)*

Management of regional public transport entrusted to investee companies has always been (and not only in the Campania Region) one of the most difficult unresolved issues to settle, in relation to many problems that have emerged.

Public transport represents the public service *par excellence*, also at European level, while other services are considered “of general interest”<sup>48</sup>.

The classification of a specific service activity as a public service may allow for some derogation from the general rules on economic activities and such derogations may concern the greater discretion accorded to public administrations representing local authorities in their choices of organization and management of public transport services<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> This topic is related to a series of legal conditions and qualifications that cannot be dealt with here, but please refer to the following document, DIPARTIMENTO DELLE POLITICHE EUROPEE, *I servizi di interesse economico generale*, available in [www.osservatorioappalti.unitn.it](http://www.osservatorioappalti.unitn.it); *Testo Unico dei servizi pubblici di interesse generale. Atto del Governo n. 308* (Dossier), available at [www.senato.it](http://www.senato.it), 2016, 18, services of general interest including both economic and non-economic services are complex and constantly evolving.

<sup>49</sup> Please refer to G. CAIA, *Il trasporto pubblico locale come paradigma del servizio pubblico (disciplina attuale ed esigenze di riordino)*, *Rivista AIC*, 2018, 334 ff.; for a complete overview of the legislation and critical points in perspective, see F.A. ROVERSI MONACO, G. CAIA, *Situazione ordinamentale e prospettive del trasporto pubblico regionale e locale*, in F.A. Roversi Monaco, G. Caia (eds), *Il trasporto pubblico locale*, I, Napoli 2018, 7 ff.; M.I. TRIOLO, *Il trasporto pubblico locale: la qualificazione dell'attività in termini di servizio pubblico e il contratto di servizio*, in *Rass. Am. St.*, 2016, 1, 247 ff.; on the modalities of entrustment of the service, *inter alia*, see L.R. PERFETTI, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, in *Munus*, 2015, 1, 129 ff.; S. VASTA, *Diritti e obblighi dei passeggeri nel trasporto pubblico locale*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, 4, 1123 ff., the challenges of local public transport concern both the way local public transport services are allocated and the question of financing local public transport, as well as the relationship between local and national legislative; D.U. GALETTA, M.

Issue of public transport contracts, both rail and non-rail, in the Campania Region takes on particular features, which are associated with a relatively low level of quality and performance of these service provided.

Transport (of persons and goods) and mobility in general are entrusted to two separate companies, both of which are owned only by Campania Region (i.e. two in-house companies).

These two wholly-owned companies are *EAV* S.r.l. (*Ente Autonomo Volturmo*), which is responsible for operating public transport, maintaining and modernising the railway network and managing the infrastructural assets, and *A.I.R.* S.p.a. (*Autoservizi Irpini*), with tasks similar to those mentioned, but limited to Irpinia area; respectively, the companies are result of a merger deed and a corporate transformation deed.

In relation to main subject under investigation, namely debt situation of owned companies of the Campania Region, it should be noted that article no. 11 of Decree Law 22 October 2016, no. 193 to cover the debts of regional rail transport system, in accordance with the balance of public finance, has granted the Campania Region an extraordinary contribution, up to 600 million euros, for the year 2016 to meet its debts to the company *EAV* s.r.l., concerning previous years for management activities and investments carried out by the *EAV* on the network.

This provision in turn originates in article no. 14, paragraph 22, of Decree Law 31 May 2010, no. 78 (concerning urgent measures to ensure continuity of transport services), by virtue of which an *ad acta* commissioner was nominated for implementation of measures relating to rationalization and reorganization of regional investee companies, brought by financial stabilization plan of Campania Region approved by decree of Minister of Economy and Finance of 20 March 2012, in order to allow the effective implementation of the process of separation between the operation of regional rail transport and the ownership, management and maintenance of the network, safeguarding the essential levels of performance of network, while preserving essential levels of performance.

In order to account of the centrality of the issue of deficit and commissioner management, it is appropriate to make a brief reference to a recent ruling drafted by Constitutional Court of 20 March 2019, no. 54, relating to a litigation in which the *EAV* itself was a claimant (ordinary court of Rome); it is appropriate to give a brief account of the state of affairs in the proceedings.

The judgment provides useful guidance on finding a difficult balance between different requirements, such as the provision of public service, com-

---

GIANAZZI, *Trasporti terrestri*, in G. Greco, M.P. Chiti (eds), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, IV, Milano, 2007, 2294 ff.; emblematic is title of investigation carried out by F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione della normativa sul trasporto pubblico locale*, in G. Leone (ed), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, II, Napoli, 2019, 923 ff.

missioner management and proper economic management of investee companies.

*EAV* had taken over the passive reports of the *ad acta* commissioner<sup>50</sup> (on behalf of *Ferrovie dello Stato S.p.a.*) and had requested a repayment of the amounts paid to the Ministry of Infrastructure and Transport (in the context of the payments for the recovery of public debt in the transport sector). This reimbursement was refused because the request made by *EAV* was beyond the deadline set by article no. 31 of Decree Law no. 4 of 10 January 2006, which contained provisions on the economic recovery of so-called fixed transport.

The fixing of the final deadline for the submission of claims for repayment placed the economic weight of the debt as a whole on *EAV*, which had taken over the passive relationship with the legitimate expectation of obtaining that sum.

As the Constitutional Court has made clear in its settled case-law, legitimate expectations cannot be harmed by irrational provisions which undermine the certainty of relations between the State and its citizens<sup>51</sup>.

For these reasons, the Court of Appeal of Rome raises a question of constitutionality with regard to the abovementioned article, which provided for a final deadline for the submission of a request for repayment by the companies that had taken over the commissarial management.

The Constitutional Court decides the controversy with sentence 20 March 2019, no. 54 declaring the unconstitutionality of the provision that prescribed a final deadline for the request for refund, because it conflicts with the principles of reasonableness and legitimate expectations

In other words, the interests of the public companies which had taken over from the government commissioner by virtue of an act of law and which had replaced the passive relations with the expectation of obtaining repayment of the sums paid had to be protected.

This judgment can be used as a source of support for the proper and therefore sustainable management of public services by publicly owned companies.

The financial sustainability of the management of a public service, even if managed through an in-house company (such as *EAV*), must be made compatible with the optimal provision of the service.

The judgment of the Constitutional Court, in defending the legitimate expectations of the regional company which took over from the *ad acta* com-

---

<sup>50</sup> The replacement of the Commissioner by *EAV* was necessary to prevent a continuation of the Commission's management without a final deadline and was implemented by d.p.c.m. 16 November 2000, in implementation of Laws 59 and 422 of 1997.

<sup>51</sup> In general terms, as clarified by Corte Cost., 15 May 2013, no. 83, which clarifies – on another subject, but the assumption must be reported – that certainty is at the centre of the order, but not at its summit, to prevent it from becoming a tyrant against other values and rights.

missioner, shows the imperative to safeguard the proper functioning of these public companies, which have a strategic role in the management of basic public services, which in themselves are instruments for improving governance on a regional basis.

#### 4. *Concluding remarks: a balance far to be found*

The proposed research horizon, analyzed from a peculiar perspective, both in territorial terms and linked to a particular issue, such as that of publicly owned companies, reveals need to maintain a balance between budgetary constraints and the quality of services provided<sup>52</sup>, i.e. the synthesis of efficient management, including from a public law point of view.

In an organizational and territorial context such as the one outlined above, possibility of the public society becoming a player in production of profit and, therefore, in the well-being of these territories fades away, since pre-eminent interest of a balanced budget prevents the company (and therefore the controlling body, the Region) from being entrusted with tasks that would instead be fully compatible with its institutional role<sup>53</sup>.

The subject examined potentially opens up to countless issues to be addressed, central and specific issues that public administrations have to deal with on a daily basis, often in a regime linked to critical situations from the point of view of financial management.

The issue of the inadequate management of publicly-owned companies, with matured deficits, is not new, since, as has been noted, already in the 1980s there were, to a large extent, management inefficiencies and dangerous budget deficits, often masked by state aid and continued recourse to public debt.

---

<sup>52</sup> In general terms on the subject, see the conclusions recently proposed by A. MARRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Dir. amm.*, 2019, 2, 383 ff., both form and substance of public administration must be geared to these guidelines, precisely because of the fungibility of legal form chosen by the administration itself; ID., *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 2 ff.; on the issue, please refer to the exhaustive analysis carried out by M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro Costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 3-4, 623 ff.

<sup>53</sup> In these terms, see unsurpassed analysis by M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, 3, 561, 575, according to which, progressive loss of clarity of legal boundaries between concepts of public service and function and that of purely economic and entrepreneurial activity. In this way, it becomes difficult to distinguish between purely economic activities and economic activities that can be defined in terms of public service; in a compliant sense, G. GRUNER, *Compiti e ruolo del socio pubblico: direzione (società miste) e dominio (società in house)*, in *Dir. econ.*, 2012 (special issue, *L'assetto delle società pubbliche*), 3 ff., 5, the public partner is responsible to manage the company itself, so as to direct its overall activity not only to profit production, but also – if not above all – to better management and supply of service to users.

Budgetary constraints, from which the regional companies are not exempted, beyond the chosen corporate structure – without necessarily taking into account the pathological situations relating to commission and special regimes – impose a rational management of resources, which must not preclude or impede the implementation of rights, especially when considering two fundamental areas such as those investigated<sup>54</sup>.

The assumption that the mere fact of management by means of companies was adequate to guarantee success of operation has been disproved by the circumstances and results recorded over years, at both local and national level.

As noted in relation to indebtedness in the health sector, where choice for society, in the mindset of public administrators, could be separated from an economic-financial plan and an industrial plan, and management could be identified in the old officials employed in special companies, such as consequences in terms of accumulated debts and commissarial regimes that have followed over the years.

The current situation in Campania Region presents unresolved criticisms relating to an economically management of essential public services (such as health and public transport) with issues that involve the affairs of companies with public participation with strategic importance.

Continuous alternation of commissarial and ordinary regimes has favoured a framework of constant uncertainty which has led to an inefficient service for users (even if it is not the only cause).

Whole issue directly involves a complex challenge that the legislator and public administrations have to face, in the exercise of their discretionary powers, especially of an organizational nature, in maintaining a balance between the protection of fundamental rights, which are connected and depend on a regular use of most public services – such as the regional health service – and the saving of public resources.

A proper management of the regional public service, beyond the selected mode, is in itself a model of good governance and therefore of sustainable development.

Shareholdings play a central role in the pursuit of regional efficiency and performance, which contribute to the achievement of economically sustainable development.

Picture outlined by Campania Region shows considerable criticality, commissarial regimes and absolute *maladministration*, especially if assessed in terms of quality of service provided, in two key areas for the community.

A well-managed model of good management of participating companies

---

<sup>54</sup> The following conclusions are fully shared, especially in the hypotheses under consideration in terms of collaborative management control, G. COLOMBINI, *La dimensione finanziaria dell'amministrazione pubblica*, quoted, 22 ff.; on the need not to compress the underlying rights, F. PALLANTE, *Dai vincoli 'di' bilancio, ai vincoli al bilancio*, in *Giur. Cost.*, 2016, 6, 2498 ff.

in situations of tight financial constraints is necessary both as a driving force for local economy and to ensure optimal use of service.

The control over management, the submission to bankruptcy procedures, the different profiles of responsibility provided for the directors may be deterrents to avoid mismanagement, but this aspect does not necessarily correspond to the economic growth linked to the necessary role of publicly owned companies, inevitably linked to the territory in which they operate; publicly-owned companies must represent a system for attracting economic resources, exploiting an hybrid role and discipline in terms of growth, even in the event of budgetary constraints<sup>55</sup>.

It is not possible to give solutions to such a serious issue here, but the need to guarantee certainty in the relations between the service provider, the administration and the citizen, through a unitary set of rules and tariff regimes to be guaranteed by regional laws (to avoid the paradoxical situation that has affected *EAV*) seems to be the minimum starting point.

Indeed, the choice to use company models is a free choice of an organizational nature that should allow the administration to be more flexible, with due responsibility, but it can never become an obligation or an arbitrary appeal to conceal failures and improper administration.

---

<sup>55</sup> On the subject, in a broad sense, see G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1, 39 ff.; F. BASSANINI, F. CERNIGLIA, F. PIZZOLATO, A. QUADRO CURZIO, L. VANDELLI (eds), *Il mostro effimero. Democrazia e corpi intermedi*, Bologna, 2019, on a central role of intermediate bodies, on intermediation of hybrid subjects and on efficient push to territorial economy.

### **Abstract**

Il presente contributo si propone di analizzare il ruolo delle società a partecipazione pubblica (nella specifica veste di società 'in house') quali soggetti deputati all'attuazione di politiche pubbliche sul territorio, in relazione alla complessa ricerca di equilibri tra i, pur flessibili, vincoli di contenimento della spesa e la necessità di garantire efficienza nella gestione di lungo periodo. Lo studio analizza un ambito territoriale specifico regionale (la Regione Campania) e due settori strategici, quello della sanità e dei trasporti, che rappresentano un osservatorio privilegiato di indagine.

Efficient governance and spending constraints in public holding companies of Campania Region. Notes from two strategic sectors

by Vinicio Brigante

This paper aims to analyze how public-participated companies (in the specific guise of 'in house' companies) can play a role in the implementation of public policies in their territories, in relation to a complex search for a balance between, although flexible, constraints of expenditure containment and need to ensure efficiency in long-term management. Research focuses on a specific regional territorial area (Campania Region) and two strategic sectors, health and transport, which are a privileged observatory of investigation.

# Pubblica amministrazione e processi di sviluppo sostenibile: la nuova sfida dell'economia circolare

di Anna Lazzaro

SOMMARIO: 1. L'economia circolare nel diritto. – 2. Le strategie europee tra tutela dell'ambiente e sviluppo economico: sostenibilità e integrazione. – 3. Direttive UE 2018 e processi innovativi. – 4. I nuovi processi per l'economia circolare: le materie prime di seconda generazione e la bioeconomia. – 5. La transizione verso l'economia circolare e gli appalti pubblici. – 6. Economia circolare: le nuove prospettive.

## 1. *L'economia circolare nel diritto*

In tempi recenti si dibatte nel contesto economico-sociale di una nuova frontiera dello sviluppo sostenibile concentrata nell'idea dell'economia circolare. Sullo sfondo dell'evoluzione del principio dello sviluppo sostenibile<sup>1</sup>, inteso come il mezzo per «soddisfare i bisogni delle generazioni presenti, senza compromettere le possibilità per le generazioni future di soddisfare i propri», secondo la nota definizione del Rapporto Brundtland del 1987, si evolve contemporaneamente l'ordinamento europeo che, come è noto, prende origine da una comunità essenzialmente economica ma oggi espande sempre più le sue politiche per poter costruire una comunità europea politica e sociale. Attraverso l'indirizzo dettato dal principio dello sviluppo sostenibile, si vuole apportare nella regolazione dell'economia, un'integrazione che consideri la crescita economica apprezzabile solo se comporti un miglioramento della qualità dell'ambiente, della vita, della salute e qualora garantisca un uso razionale delle risorse disponibili. Il principio detta degli obiettivi che vanno oltre il modello strettamente economico ma coinvolge ideologie, valori, motivazioni etiche, implica doverosità e rispetto degli altri anche in una prospettiva futura<sup>2</sup>.

Il valore del principio dello sviluppo sostenibile sta anche nel costituire il fondamento del diritto ambientale che ha acquisito gradualmente e progressivamente il

---

<sup>1</sup> Sul principio dello sviluppo sostenibile v. F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile: la voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; Id., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2010, 13; Id., *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo* a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012, 433; F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA, *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, Catanzaro, 2010; R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI, *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 1999; V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Rivista giuridica dell'Ambiente*, 2, 2002, 234; R. FERRARA, *I principi comunitari di tutela dell'ambiente*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2005; R. FERRARA, *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Il Foro Amministrativo*, 6, 2009; R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, A. CROSETTI, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2018.

<sup>2</sup> F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, cit., 437.

peso di un vero e proprio valore giuridico<sup>3</sup>, che deve essere necessariamente temperato con lo sviluppo economico, vocazione naturale delle società industrializzate<sup>4</sup>.

Il principio dello sviluppo sostenibile ha, quindi, come contenuto lo sforzo di conciliare la naturale antitesi che c'è tra modello capitalistico e protezione ambientale e di farlo proprio al fine di preservare le risorse naturali, in modo tale che anche le future generazioni possano mantenere l'attuale livello di benessere.

Tra gli obiettivi che emergono all'interno delle disposizioni dirette a tutelare l'ambiente vi è il riferimento alle risorse da risparmiare e da trasmettere, nell'ambito di adeguate dinamiche di produzione e di consumo<sup>5</sup>. L'idea di circolarità del sistema si ispira ad un modello economico di sviluppo sostenibile<sup>6</sup> che pone l'interesse alla tutela dell'ambiente come sua principale finalità, dove occorre seguire gli avvertimenti che provengono dagli ecosistemi naturali e dove tutto si può riutilizzare e nulla si disperde. In una ideale imitazione della natura, seguendo l'ordine naturale delle cose, allo stesso modo, l'economia dovrebbe realizzare profitto attraverso il continuo riutilizzo dei beni ed evitando sprechi di risorse.

L'economia circolare è un sistema economico pensato per potersi rigenerare da solo, e si pone come alternativa al classico modello lineare, in quanto promuov-

---

<sup>3</sup> G. ROSSI, *La materializzazione dell'interesse ambientale*, in *Diritto dell'ambiente* a cura di G. Rossi, Torino, 2011; B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 1990; G. PERICU, *Ambiente (tutela)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1987; P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2012; F. FONDERICO, *La tutela dell'ambiente*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2000; R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, A. CROSETTI, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, cit.

<sup>4</sup> Lo studio dei principi e degli istituti del diritto ambientale spinge talvolta il giurista al confronto con altre discipline; in particolare è rilevante la prospettiva che tende a sviluppare l'analisi del fenomeno ambientale impiegando modelli economici. Sul punto M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela ambientale*, Torino, 2007. Tuttavia i modelli economici hanno mostrato limiti evidenti in ordine alla capacità di interpretare e prevedere l'evoluzione socio-economica senza le opportune valutazioni in ordine alla variabilità della natura che segue regole proprie e in relazione alle previsioni di lungo periodo delle conseguenze delle scelte dell'uomo aventi incidenza sull'ambiente. Al riguardo F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente. art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Diritto dell'economia*, 2002, 2, 215 ss. L'A. mette in evidenza come la scienza economica non possa costituire l'unica prospettiva di studio del principio dello sviluppo sostenibile. Lo sviluppo sostenibile è un concetto «fondato sull'idea di dovere nei confronti delle generazioni future» e di solidarietà intergenerazionale, dunque, di responsabilità. Pertanto resta fermo il fatto che «il principio non intende riconoscere eguali vincoli in capo a tutti», ma che, non potendo esser assicurato dal libero gioco del mercato, richiede un chiaro «meccanismo di responsabilità politica», attraverso il «ripristino della sovranità della politica e il recupero del diritto sull'economia».

<sup>5</sup> Art. 3 *quater*, decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

<sup>6</sup> Alla promozione degli studi sull'economia circolare si dedica la Ellen Mac Arthur Foundation che ha promosso vari studi e pubblicazioni sul tema (nel gennaio 2012, è stato pubblicato un rapporto dal titolo *Verso l'economia circolare: motivazioni economiche e di business per una transizione accelerata* che è stato il primo del suo genere a considerare le opportunità economiche e di business per la transizione verso un modello circolare). Tra gli studi e pubblicazioni promosse dalla fondazione cfr. anche K. WEBSTER, *The Circular Economy: A Wealth of Flows*, 2nd Edition, 2017.

ve una concezione diversa della produzione e del consumo di beni e servizi, che passa, ad esempio, per l'impiego di fonti energetiche rinnovabili, ma anche per il reimpiego delle risorse già in circolo, in particolare attraverso il riciclo dei rifiuti<sup>7</sup>.

Nell'economia tradizionalmente lineare si ha un percorso in cui alla produzione di un bene, segue il suo utilizzo e, alla fine del processo produttivo, si determina l'abbandono del prodotto utilizzato<sup>8</sup>; tale meccanismo determina un elevato spreco di risorse, con un forte impatto ambientale negativo, ma soprattutto consolida l'idea che il bene dopo il suo utilizzo sia lasciato nell'ambiente, non appena si è esaurito il suo primo consumo<sup>9</sup>.

Nell'economia circolare i materiali e l'energia utilizzati per fabbricare i prodotti mantengono il loro valore il più a lungo possibile, anche oltre il loro primo utilizzo, in quanto si applica un processo ulteriore, spesso di scomposizione delle materie prime, da cui scaturisce un'altra possibile utilità. In questa logica le sostanze residue non dovranno essere necessariamente distrutte o accantonate negli impianti di contenimento, ma serviranno in altri processi produttivi e i prodotti diventano rifiuti solo nell'impossibilità tecnica di un loro riutilizzo in un'altra catena produttiva. Si realizza così quel processo di rigenerazione che imita l'ordine naturale delle cose.

L'economia circolare permette di conciliare tutela degli interessi ambientali e sviluppo economico e offre per l'azione amministrativa nuovi contenuti al principio di economicità: la tutela dell'ambiente diventa prioritaria ma non esclude lo sviluppo economico-sociale, in quanto, da una parte, consente alle imprese di creare profitto quando dall'ambiente stesso si possono ricavare materie prime e si possono immettere in nuovi cicli produttivi le risorse rinnovabili, e, dall'altra, rappresenta un'opportunità, in quanto evita gli sprechi delle risorse; ed è evidente l'inversione di tendenza rispetto al considerare le attività amministrative dirette alla tutela dell'ambiente come gravose e dispendiose e spesso contrarie al principio di economicità.

---

<sup>7</sup> F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 1, 163; M. MELL, *Oltre il principio chi inquina paga: verso un'economia circolare*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2017, 63; F. PORCELLANA, *La virtuosità dell'economia circolare: economia a zero rifiuti*, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it), 2016; M. T. STILE, *Da economia lineare ad economia circolare: un percorso in salita*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2015, 263; V. CAVANNA, *Economia verde, efficienza delle risorse ed economia circolare: il rapporto Signals 2014 dell'Agenzia europea dell'Ambiente*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2014, 821; C. BOVINO, *Verso un'economia circolare: la revisione delle direttive sui rifiuti*, in *Ambiente*, 2014, p. 682; F. DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019, in particolare R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, 43; M. COCCONI, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, 2020.

<sup>8</sup> M. T. STILE, *Da economia lineare ad economia circolare*, cit., 263.

<sup>9</sup> R. FERRARA e M.A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014; E. PICOZZA e P. DELL'ANNO, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2012.

Ciò che spesso ha determinato consumi e sprechi di risorse è stata una presunta convenienza economica, almeno nell'immediato: la disciplina che su impulso della dimensione sovranazionale, ha previsto l'introduzione del principio della sostenibilità ambientale e quella diretta ad attuare sistemi di *green economy*, hanno avuto finora difficile applicazione proprio per una presunta diseconomicità<sup>10</sup>. Gli strumenti già esistenti nel nostro ordinamento, previsti ai fini dello sviluppo sostenibile, come la gerarchia dei rifiuti, la green economy, le clausole ecologiche e l'applicazione dei criteri minimi ambientali (CAM) negli appalti pubblici, hanno trovato i maggiori ostacoli nell'erronea convinzione che, apportando costi e processi organizzativi ulteriori, comprimano la crescita economica.

Alla luce della rinnovata attenzione verso le tematiche ambientali, lo sviluppo tecnologico, il modello dell'economia circolare, questa convinzione appare ora una contraddizione in termini, se solo si riflette su una evoluzione che guarda non solo alle problematiche ambientali ma a creare sviluppo e crescita sociale proprio attraverso nuove forme di attenzione verso la natura e l'ambiente.

Per realizzare il nuovo modello l'Europa attraverso le Direttive del 2018 che costituiscono il c.d. Pacchetto economia circolare<sup>11</sup>, punta con decisione ad uno sviluppo economico e sociale sostenibile, definendo norme che prendono in considerazione l'intero ciclo di vita di un prodotto e si pongono l'obiettivo di modificare il comportamento di imprese e consumatori. Nella stessa direzione ad ulteriore valorizzazione degli obiettivi dell'economia circolare il 1° marzo 2020 la Commissione europea ha approvato il Circular Economy Action Plan<sup>12</sup> con l'obiettivo di ridurre lo spreco di risorse nel prossimo decennio, raddoppiando nel contempo il tasso di riutilizzo dei materiali e rafforzando la crescita.

Se, come è naturale, i principali studi in materia di economia circolare pongono l'attenzione ai profili di un nuovo sistema economico, l'approccio giuridi-

---

<sup>10</sup> Ciò emerge già dai primi studi in materia di economia e ambiente dove gradualmente si intravede la possibilità di conciliare sviluppo economico e tutela dell'ambiente: J. MARTINEZ-ALIER, *Ecological Economics: Energy, Environment and Society*. Oxford, Basil Blackwell, 1990; H. DALY, K. TOWNSEND, *Valuing The Earth: Economics, Ecology, Ethics*. Cambridge, 1993; C. L. SPASH, *The development of environmental thinking in economics*. *Environmental Values*, 1999; M. WAGNER, *The relationship between environmental and economic performance of firms: what does the theory propose and what does the empirical evidence tell us?* Greener Management International, 2002; M. COMMON, S. STAGL, *Ecological Economics: An Introduction*, New York, Cambridge University Press, 2005; J. MARTINEZ-ALIER, A. ROPKE, E. ELGAR, *Recent Developments in Ecological Economics*, Cheltenham, UK, 2008; HALL CHARLES, JOHN W. DAY, *Rivedere i limiti della crescita* in *www.lescienze.it*, 2009.

<sup>11</sup> Si tratta di quattro direttive: la Direttiva 2018/849 che modifica le direttive 2000/53/CE sui veicoli fuori uso, 2006/66/CE su pile e accumulatori e rifiuti di pile e accumulatori e 2012/19/UE sui rifiuti da apparecchiature elettriche ed elettroniche, la direttiva 2018/850 che modifica la direttiva 1999/31/CE sulle discariche, la direttiva 2018/851 che modifica la direttiva 2008/98 sui rifiuti e la direttiva 2018/852 sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio.

<sup>12</sup> [https://ec.europa.eu/environment/circular-economy/pdf/new\\_circular\\_economy\\_action\\_plan.pdf](https://ec.europa.eu/environment/circular-economy/pdf/new_circular_economy_action_plan.pdf).

co è altrettanto necessario per uno studio che deve coinvolgere le politiche di sviluppo sostenibile a livello internazionale, europeo e nazionale, e gli altri livelli istituzionali, nella progettazione e nella realizzazione di un sistema economico circolare.

Gli obiettivi a cui tende l'economia circolare determinano cambiamenti per l'azione amministrativa che sarà chiamata ad affrontare nuovi procedimenti, che qui si cerca di individuare, in un contesto che muta anche i principi che stanno a fondamento delle sue azioni. Le valutazioni in ordine alla sostenibilità ambientale, e in relazione a tali obiettivi, diventano oggi sempre più rafforzati dall'indirizzo politico europeo e potrebbero cambiare gli equilibri nell'applicazione di principi come la proporzionalità, l'economicità, il buon andamento.

Dalle Direttive europee appare immediatamente comprensibile come un primo approccio verso l'economia circolare sia diretto alla gestione dei rifiuti<sup>13</sup> secondo il modello di gerarchia dei rifiuti già previsto nella direttiva Ue sui rifiuti 2008/98/UE, e, nel nostro ordinamento, all'art. 179 del d. lgs. 152/2006, che vuole lo smaltimento in impianti e strutture di distruzione o di contenimento, solo come ultima possibilità, mentre colloca nella gerarchia come prima alternativa il riutilizzo delle risorse rinnovabili<sup>14</sup>.

Tuttavia, le nuove direttive europee fanno dei notevoli passi in avanti e mettono in evidenza che il riferimento alla rigenerazione nell'economia circolare, non si esaurisce in un corretto smaltimento dei rifiuti, ma si estende ad ambiti ben più ampi e soprattutto cambia la principale finalità della gestione dei rifiuti che tende al riutilizzo delle risorse; l'attenzione adesso va al ciclo di vita delle risorse e dei prodotti, che comprende la progettazione iniziale delle produzioni e dei consumi in modo da preferire l'uso di risorse naturali in grado di rigenerarsi.

Ai fini di una corretta idea di circolarità vanno considerati i processi che riguardano le materie prime di risulta e che aprono ad un nuovo modo di approvvigionamento di esse e alla bioeconomia che comporta la progettazione ecocompatibile e *biobased* di prodotti compostabili.

Ciò significa che gli ordinamenti devono ampliare notevolmente gli orizzonti in una progettualità che guarda a diversi settori (agricoltura, industria, energia, edilizia), dove è possibile reperire ed immettere nei cicli produttivi risorse rin-

---

<sup>13</sup> Molto articolato il quadro europeo nel settore dei rifiuti: la direttiva 2008/98/CE del 19.11.2008, relativa ai rifiuti, che ha abrogato la 2006/12/CE del 5.4.2006; la direttiva 2006/66/CE del 6.9.2006, relativa a pile e accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori e che abroga la direttiva 91/157/CEE; il regolamento n. 1013/2006/Ce del 14 giugno 2006 sulle spedizioni di rifiuti.

<sup>14</sup> In materia di rifiuti si segnala: P. DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, IV ed., Padova, 2003; F. DE LEONARDIS, *Rifiuti*, in *Diritto dell'ambiente* a cura di G. Rossi, Torino, 2015, 308; R. FERRARA e M.A. SANDULLI, (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit.; E. PICOZZA e P. DELL'ANNO, *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit.; F. PERES, *Rifiuti*, in *Codice dell'ambiente* a cura di A.L. De Cesaris, S. Nespor, Milano, 2011; R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, A. CROSETTI, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, cit.

novabili, ed impegna le amministrazioni ad affrontare processi in cui i principi di sostenibilità ambientale e di economicità non dovranno risultare in contrasto tra loro ma armonizzati attraverso innovazione tecnologica e azioni coordinate.

## 2. *Le strategie europee tra tutela dell'ambiente e sviluppo economico: sostenibilità e integrazione*

L'economia circolare trova fondamento nei principi di sviluppo sostenibile e di tutela ambientale che ormai costituiscono obiettivi riconosciuti come prioritari nel panorama delle azioni internazionali ed europee<sup>15</sup>. Occorre ricordare brevemente il percorso evolutivo che fa da cornice all'attuale attenzione che l'Ue accorda all'introduzione del modello dell'economia circolare attraverso l'applicazione dei criteri di sostenibilità e integrazione.

La realizzazione della politica ambientale dell'Unione europea è oggi assicurata dal titolo XX del Trattato di Lisbona del 2007 e, in particolare, dagli artt. 191, 192 e 193, che attribuiscono una competenza di natura concorrente all'Unione. Nel corso degli anni la tutela dell'ambiente ha assunto sempre maggiore rilievo nel contesto internazionale ed europeo dove è davvero ingente il numero di atti in materia di diritto derivato, oltre alla circostanza che, accanto al nucleo centrale di norme specificamente dedicate all'ambiente, all'interno dei Trattati sono presenti altre disposizioni che pongono la protezione dell'ambiente, anche in ragione del principio di integrazione di cui all'art. 11 TFUE, come centrale nell'attività delle istituzioni dell'Unione con riferimento alla realizzazione di ulteriori politiche.

---

<sup>15</sup> A livello internazionale, nel corso di questi ultimi anni, prima di giungere al recente Circular Economy Action Plan (2020), il concetto più ampio di efficienza delle risorse è stato sviluppato in numerose iniziative in ambiti quali OCSE, *UNEP International Resource Panel* (UNEP-IRP) (Box 2) e *G7/G8/G20*. L'iniziativa della Presidenza del G7 tedesca del 2015 si colloca sul percorso tracciato dalla Presidenza Giapponese del G8 nel maggio del 2008, nell'ambito del quale a Kobe è stato adottato il *Piano d'azione 3R – Ridurre, Riutilizzare, Riciclare* contenente una serie di azioni volte a migliorare la produttività delle risorse, a promuovere la società del riciclo e il mercato internazionale dei prodotti riciclati e la riduzione di emissioni di gas serra. Sulla base dei risultati del vertice G7 di *Elmau* del 2015, del Summit di *Ise-Shima* del 2016, del *Toyama Framework* sul ciclo dei materiali, la Presidenza Italiana del G7 del 2017 ha contribuito in maniera fattiva a tale processo, promuovendo l'adozione a Bologna di un piano di lavoro per sviluppare azioni comuni in tema di efficienza delle risorse ed economia circolare. Numerose sedi internazionali hanno trattato il tema dell'economia circolare e dell'efficienza delle risorse in questi anni: oltre all'OCSE e all'*UNEP-IRP* (sede di riflessione scientifica, corrispettivo dell'IPCC rispetto ai problemi del clima), si segnalano il *World Resources Forum*, sede di dibattito scientifico-accademico; i lavori dell'*EREP* (*European Resource Efficiency Platform*) e del Gruppo Esperti *The economics of the environment and resource use* organizzati dalla Commissione Europea; la *Resource Efficiency Flagship Initiative* nell'ambito del Pacchetto Europa 2020; i lavori dell'Agenzia Europea dell'Ambiente fra i quali il rapporto *More from less: material resource efficiency in Europe* 2016. Tutti traggono origine dal Rapporto al Club di Roma "Fattore 4: Raddoppiare la Ricchezza, Diminuire l'Uso di Risorse" di Ernst Von Weizsaecker e Amory Lovins 1998.

In Europa si è arrivati per la prima volta alla introduzione della tutela dell'ambiente all'interno dei Trattati, con l'Atto Unico europeo del 1986, che ha dedicato il titolo VII all'ambiente (pur nel contesto delle azioni della Comunità e non delle politiche vere e proprie), seguito dal Trattato di Maastricht del 1992, da quello di Amsterdam del 1997 che, tenendo conto anche degli sviluppi sul piano internazionale e, in particolare, della Dichiarazione di Rio del 1992 sull'ambiente e lo sviluppo (cd. vertice per la terra), ha sancito l'integrazione dell'ambiente in tutte le politiche dell'Unione, evidenziando il legame tra crescita economica e tutela dell'ambiente per uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile. Il progressivo rafforzamento dell'obiettivo di protezione ambientale, continuato anche con il Trattato di Nizza del 2001, ha poi condotto al Trattato di Lisbona, che riprende i principi e gli obiettivi già presenti nei precedenti Trattati dando, però, esplicito rilievo ai cambiamenti climatici.

Accanto alle norme specificamente dedicate all'ambiente, all'interno del TFUE sono presenti, per un giusto bilanciamento tra integrazione e flessibilità, altre disposizioni in cui emergono l'importanza della lotta all'inquinamento e le esigenze di protezione ambientale e delle risorse naturali, viste in una prospettiva preventiva e di tutela delle generazioni future, che comporta la necessità di permeare ogni intervento dell'Unione con le esigenze ambientali<sup>16</sup>.

Particolarmente rilevante è l'art. 11 TFUE (ex art. 6 TCE) che, nell'affermare nella cd. «clausola trasversale» il principio di integrazione europea<sup>17</sup>, sancisce che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile, secondo quanto affermato in un contesto globale<sup>18</sup>.

Secondo il principio di integrazione «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle

---

<sup>16</sup> In questa direzione, ad esempio, è stato adottato il regolamento n. 66/2010 del 25.11.2009 relativo al marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE, il cui funzionamento è assicurato dal Comitato per il marchio di qualità ecologica istituito con decisione del 22.11.2010) che, seppure su base volontaria, punta alla diffusione dell'etichetta verde «per promuovere prodotti con minore impatto sull'ambiente durante l'intero ciclo di vita e per offrire ai consumatori informazioni accurate, non ingannevoli e scientificamente fondate sull'impatto ambientale dei prodotti».

<sup>17</sup> Per una attenta disamina del principio di integrazione: L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, 2002, 91; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, 2007, 219; P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004, 75-79; M. WASMEIER, *The integration of environmental protection as a general rule for interpreting community law*, in *Common Market Law Review*, 2001, 159.

<sup>18</sup> Conferenza di Johannesburg del 2002 interamente dedicata allo sviluppo sostenibile (terminata con l'adozione della Dichiarazione di Johannesburg) e Conferenza Rio+20 del 2012 alla quale l'Unione europea ha dato anche un impulso preparatorio con la Comunicazione «Rio+20: verso un'economia verde e una migliore governance» (COM(2011)363, 20 giugno 2011), seguita dall'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile adottata dall'Onu nel 2015.

politiche e delle azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile», e ciò viene richiamato costantemente nei programmi di intervento europei. La tutela dell'ambiente non è espressione di una politica settoriale ma rappresenta un comune denominatore per tutte le politiche che devono ricomprendere gli aspetti ambientali. Allo stesso tempo la tutela ambientale non può essere concepita in contrasto con la crescita sociale, ma come parte integrante dei processi di sviluppo sostenibile.

L'art. 191 TFUE individua 4 obiettivi che costituiscono il cuore della strategia degli interventi dell'Unione, costituiti: dalla salvaguardia, dalla tutela e dal miglioramento della qualità dell'ambiente, con interventi finalizzati non solo al mantenimento dello status quo, ma a raggiungere un progressivo miglioramento della qualità ecologica; dalla protezione della salute umana, con specifico riferimento agli effetti negativi dell'inquinamento sull'essere umano; dall'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, tenendo conto dello sviluppo sostenibile; dalla promozione sul piano esterno di misure di carattere internazionale, visto il carattere globale di alcuni fenomeni, primo tra tutti quello legato al surriscaldamento e ai cambiamenti climatici.

### 3. *Direttive UE 2018 e processi innovativi*

Tra gli obiettivi delle politiche ambientali europee vi è l'utilizzo razionale e attento delle risorse naturali, nella convinzione che la trasformazione dei rifiuti in risorse riutilizzabili possa rappresentare una strategia decisiva in un nuovo modello di sviluppo economico<sup>19</sup>. E ciò che più conta, al di là delle nuove modalità di incidenza sullo smaltimento dei rifiuti, è il recupero di materie prime secondarie che a questo punto rappresenta una finalità prevalente nell'ambito della tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile, costituendo un interesse correlato alla maggiore disponibilità di materie prime da reintrodurre nel ciclo produttivo e al minore spreco di risorse<sup>20</sup>. L'attenzione viene rivolta alla ridefi-

---

<sup>19</sup> Nel 2015 la Commissione europea ha adottato un Piano d'azione per contribuire ad accelerare la transizione dell'Europa verso un'economia circolare, stimolare la competitività a livello mondiale, promuovere una crescita economica sostenibile e creare nuovi posti di lavoro. Il Piano d'azione 2015 definisce 54 misure per «chiudere il cerchio» del ciclo di vita dei prodotti: dalla produzione e dal consumo fino alla gestione dei rifiuti e al mercato delle materie prime secondarie. Inoltre, individua cinque settori prioritari per accelerare la transizione lungo la loro catena del valore (materie plastiche, rifiuti alimentari, materie prime essenziali, costruzione e demolizione, biomassa e materiali biologici). Il piano pone un forte accento sulla creazione di una solida base su cui gli investimenti e l'innovazione possano prosperare. Verso un'economia circolare in <https://ec.europa.eu>.

<sup>20</sup> Un altro significativo intervento dell'Europa per dare seguito all'attuazione del Piano d'azione del 2015 è la «Strategia a livello europeo per le materie plastiche nell'economia circolare»

nizione dei modelli industriali che devono trasformarsi in processi di sviluppo sostenibile e rigenerato, laddove la tutela ambientale rappresenta occasione di competitività e non ostacolo all'efficienza del sistema produttivo.

La convinzione che il riutilizzo delle materie prime debba diventare una strategia fondamentale nell'ambito della sostenibilità ambientale emerge dalle Direttive europee del 2018<sup>21</sup>.

La Direttiva 851/2018/UE incide sulla realizzazione di un rinnovato sistema di gestione dei rifiuti e si rivolge agli Stati membri chiamandoli ad attuare entro il 5 luglio 2020 misure conformative dirette a ottenere entro il 2030 ambiziosi risultati nella direzione del riutilizzo delle risorse. Il legislatore nazionale sarà attore principale nell'attuazione di nuove politiche di sviluppo nell'ambito della sua competenza esclusiva in materia di tutela dell'ambiente, di tutela della concorrenza, dei rapporti internazionali e di rapporti con l'UE<sup>22</sup>.

In vista delle novità previste dalle direttive e dalle indicazioni del recente Circular Economy Action Plan 2020, occorre rivedere la stessa nozione di rifiuto, si dovranno avviare riforme che chiariscono le modalità di attuazione dei processi diretti all'individuazione del sottoprodotto riutilizzabile, i contenuti e i limiti della responsabilità estesa del produttore, la individuazione dei criteri relativi alle sostanze e agli oggetti che perdono la qualificazione di rifiuto, la regolazione dei nuovi processi produttivi.

Tuttavia, le leggi statali nell'ambito della potestà esclusiva istituiscono nel settore della gestione dei rifiuti varie riserve di funzione amministrativa regionale, sia di carattere generale e organizzativo, sia di amministrazione puntuale di gestione. Le politiche in materia di economia circolare coinvolgono, pertanto, in gran parte le Regioni che detengono il potere di programmazione in materia di gestione dei rifiuti<sup>23</sup>.

---

con cui nel gennaio 2018 la Commissione europea ha dato indicazioni circa l'impiego delle materie plastiche con la finalità di mutare le modalità di progettazione, produzione, di utilizzo, di riciclo della plastica.

<sup>21</sup> Tra gli obiettivi più importanti che si prefiggono le norme europee vi è l'incremento delle percentuali di riciclaggio, in particolare arrivare al 55% dei rifiuti urbani domestici e commerciali, che poi salirà al 60% nel 2030 e al 65% nel 2035. In Italia il Decreto legislativo n. 152/2006 stabilisce il medesimo obiettivo del 65% sui rifiuti urbani perseguito dall'UE nell'ambito del Pacchetto sull'Economia Circolare. Il Programma Nazionale di Prevenzione dei Rifiuti considera altresì l'obiettivo della quota del 50% di acquisti verdi da parte del settore pubblico e definisce misure specifiche per i rifiuti biodegradabili, la valorizzazione dei sottoprodotti agro-industriali e la riduzione al minimo dei rifiuti alimentari.

<sup>22</sup> Si fanno rientrare nell'ambito delle attribuzioni del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio «*Le politiche di promozione dell'economia circolare e l'uso efficiente delle risorse*» (decreto legge 86/2018 convertito dalla legge 97/2018).

<sup>23</sup> M. MAGRI, *Regioni ed economia circolare*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, 6, 706; in ragione di tali competenze alcune Regioni (Abruzzo, Campania, Friuli Venezia Giulia, Emilia Romagna, Piemonte) hanno inserito i principi ispiratori dell'economia circolare con valenza raffor-

Dunque, è vero che lo Stato è chiamato a disciplinare alcuni profili fondamentali della gestione dei rifiuti nella nuova prospettiva e che le Regioni non hanno la possibilità di governare i flussi di un sistema di economia circolare, come si evince anche dalle decisioni della Corte Costituzionale chiamata a pronunciarsi in materia<sup>24</sup>, ma rimane il fatto che per realizzare un nuovo sistema circolare sono necessarie misure di gestione di processi innovativi che non possono escludere gli interventi degli altri livelli di governo<sup>25</sup>. Vi sono, infatti, vari interessi riconducibili alle materie di competenza delle Regioni come le competenze in materia di governo del territorio, di ricerca scientifica e tecnologica, nei settori dell'alimentazione, dell'agricoltura, dell'industria, dell'edilizia che consente, anzi auspica l'intervento delle Regioni. L'elaborazione di politiche regionali ispirate all'economia circolare deve essere realizzata attraverso l'esercizio di competenze legislative che si affiancano a quelle statali in una prospettiva di coordinamento e leale collaborazione<sup>26</sup>.

In sostanza, vi sono ragioni per ritenere che per quanto siano gli Stati membri i soggetti istituzionali chiamati a dare applicazione alle Direttive europee, anche gli altri livelli istituzionali hanno competenze che, attraverso un necessario coordinamento, regolino e favoriscano i percorsi di ricerca del prodotto circolare delle imprese pubbliche e private.

Nell'ambito dei principi individuati da leggi e azioni programmatiche ispirati allo sviluppo sostenibile e all'integrazione ambientale, le funzioni amministrative, poi, diventano il centro di realizzazione di riforme dirette a sostenere l'economia circolare. Sia sul piano organizzativo, sia nell'esercizio della discrezionalità le amministrazioni sono chiamate a perseguire gli obiettivi che sono individuati nell'ambito della nuova strategia dell'economia circolare. I principi della sostenibilità, dello sviluppo legato alla circolarità delle risorse e le esigenze di apportare nelle procedure valutative nuovi strumenti tecnici, costituiscono nuovi

---

zativa della gerarchia dei rifiuti, nelle leggi regionali in materia di gestione dei rifiuti. In Lombardia si è aderito ad un progetto di cooperazione internazionale in materia di economia circolare per lo scambio di buone prassi che vede la partecipazione di Regioni ed enti territoriali di altre nazioni europee.

<sup>24</sup> Corte Costituzionale sentenza, 24 marzo 2010, n. 127; Corte Costituzionale, sentenza, 6 giugno 2017, n. 173; Corte Costituzionale, sentenza, 22 marzo 2017, n. 85.

<sup>25</sup> Come si evince già da alcune disposizioni contenute nel Codice dell'ambiente in particolare artt. 177-178 e 196, in materia di gestione dei rifiuti.

<sup>26</sup> Sulla necessità di superare il limite di un approccio settoriale per materie, dando rilievo ad attività concertative e di coordinamento si veda Corte Costituzionale, sentenza, 1 ottobre 2003, n. 303, in cui si dà rilievo a «congegni procedurali volti a rendere più flessibile un disegno che in ambiti nei quali coesistono, intrecciate, attribuzioni e funzioni diverse, rischierebbe di vanificare per l'ampia articolazione delle competenze, istanze di unificazione presenti nei più svariati contesti di vita»; Corte Costituzionale, sentenza, 1 febbraio 2006, n. 31, in cui, secondo il canone della leale collaborazione, occorre regolare in modo dinamico i rapporti tra i vari livelli di governo «attenuando i dualismi ed evitando eccessivi irrigidimenti».

riferimenti, affinché l'azione delle amministrazioni coinvolte direttamente o in quanto mediazione delle aspirazioni dei privati, intervenga a favorire la tendenza al riutilizzo delle risorse.

Adesso cambia la prospettiva nell'approccio allo smaltimento dei rifiuti rispetto all'indirizzo dettato dalla Direttiva rifiuti 2008/98/UE. In Europa e a livello globale, si è avuta una progressiva evoluzione, che muovendo dalla principale preoccupazione della tutela ambientale e della corretta gestione dei rifiuti, adesso amplia notevolmente la portata dei suoi interventi, auspicando un sistema complesso, ispirato all'idea di circolarità delle risorse, al riutilizzo in nuovi processi produttivi di materie prime di seconda generazione, e che tende ad avviare una forma di sviluppo economico innovativo<sup>27</sup>.

Già nel 2011 la «Tabella di marcia verso un'Europa efficiente» fa riferimento all'economia circolare quando parla di riutilizzazione di metalli e quando utilizza la locuzione «ridurre, riusare, riciclare, sostituire, salvaguardare, valorizzare»<sup>28</sup>. Nel 2013 il Programma di azione ambientale (settimo programma di azione ambientale), invece, inizia ad ampliare la portata del concetto di economia circolare che si ricollega all'assenza degli sprechi e si accenna all'esigenza di inserire in un programma fondato sull'economia circolare nuove politiche in materia di produzione e di consumo, come l'analisi del ciclo di vita dei prodotti, la previsione di incentivi economici, i riferimenti alla fiscalità ambientale e all'informazione per i consumatori<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> È significativo quanto si afferma nella Comunicazione «Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti» della Commissione UE: «La perdita di materiali preziosi è una costante delle nostre economie. In un mondo in cui la domanda di risorse finite e talvolta scarse non cessa di aumentare, la concorrenza si acuisce e la pressione su queste risorse degrada e indebolisce sempre più l'ambiente, l'Europa può trarre benefici economici e ambientali dall'uso più adeguato di queste risorse. A partire dalla rivoluzione industriale lo sviluppo delle nostre economie è avvenuto all'insegna del "prendi, produci, usa e getta", secondo un modello di crescita lineare fondato sul presupposto che le risorse sono abbondanti, disponibili, accessibili ed eliminabili a basso costo. È opinione sempre più diffusa che questo modello compromette la competitività dell'Europa. La transizione verso un'economia più circolare è al centro dell'agenda per l'efficienza delle risorse stabilita nell'ambito della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Utilizzare le risorse in modo più efficiente e garantire la continuità di tale efficienza non solo è possibile, ma può apportare importanti benefici economici».

<sup>28</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse 2011 in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu);

<sup>29</sup> Decisione n. 1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013, su un programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020 «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta». Il 7° Programma di azione ambientale è stato proposto dalla Commissione Ue nel novembre 2012 ed individua 9 obiettivi prioritari fino al 2020, tra i quali: proteggere la natura e rafforzare la resilienza ecologica; incrementare una crescita sostenibile, *low carbon* con un uso efficiente delle risorse; affrontare efficacemente le minacce all'ambiente legate alla salute.

Nella comunicazione della Commissione del 2014, in preparazione ai nuovi interventi dell'Unione europea, si legge che «alcune politiche e alcuni strumenti dell'UE offrono già mezzi e incentivi in linea con il modello di economia circolare. La gerarchia dei rifiuti, su cui è impostata la legislazione dell'Unione sui rifiuti, sta gradualmente portando all'adozione delle soluzioni preferite, ossia la prevenzione, la preparazione per il riutilizzo e il riciclaggio, e scoraggia il collocamento in discarica».

Con le nuove Direttive si tratta di avviare una diversa prospettiva che impone mutamenti rilevanti nell'utilizzo delle risorse naturali, nella progettazione e nel ciclo di vita dei prodotti. Ciò significa che l'attenzione non va solo alla tutela dell'ambiente e se questa debba andare ad integrare lo sviluppo economico, ma va soprattutto alla ridefinizione dello sviluppo industriale sostenibile e rigenerato, che accresca i livelli occupazionali e del benessere sociale.

In questa nuova direzione sono chiare le indicazioni ora contenute nelle Direttive, secondo le quali «il passaggio a un'economia circolare presenta numerosi aspetti positivi, di carattere sia economico (ad esempio l'ottimizzazione dell'uso delle risorse di materie prime), che ambientale (ad esempio la tutela dell'ambiente e la riduzione dell'inquinamento da rifiuti) e sociale (ad esempio il potenziale occupazionale socialmente inclusivo e lo sviluppo di legami sociali)».

L'impatto innovativo consiste nell'obiettivo sì di diminuire la produzione dei rifiuti rafforzandone la gerarchia e riducendo gradualmente la pratica delle discariche, ma soprattutto avviando processi innovativi di trasformazione dei rifiuti in nuove risorse, valorizzando le materie prime naturali, e promuovendo l'uso di strumenti economici come i regimi di responsabilità estesa del produttore<sup>30</sup>. La maggiore preoccupazione non è l'eliminazione del rifiuto per non inquinare l'ambiente, ma la produzione di materie prime secondarie, anche progettando l'impiego iniziale di risorse naturali riutilizzabili a conclusione del primo ciclo produttivo.

La responsabilità estesa del produttore<sup>31</sup> (o *EPR – Extended Producer Respon-*

<sup>30</sup> L'Unione, da tempo, è impegnata nella diffusione della «Corporate Social Responsibility» (CSR) ossia delle strategie di responsabilità sociale codificate nel Libro verde del 18.7.2001 «Promuovere un quadro europeo per una responsabilità sociale delle imprese». Tra gli strumenti adottati nell'ambito della responsabilità sociale di impresa si inseriscono quelli relativi all'ecogestione e all'audit ambientale introdotti con la certificazione EMAS a partire dal regolamento n. 1836/93/CEE sull'adesione volontaria delle imprese a un sistema comunitario di ecogestione e audit (poi modificato nel 2001 con il 761/2001/CE, al quale si affianca la decisione attuativa della Commissione del 7.9.2001).

<sup>31</sup> Art. 1 par. 8 della Direttiva 2018/851/UE, dove si precisa che gli Stati membri possono decidere che i produttori applichino alcuni requisiti minimi generali o la loro totalità al fine di assumere di loro iniziativa responsabilità finanziarie e organizzative per la gestione del ciclo di vita dei prodotti e possono adottare misure appropriate per incoraggiare una progettazione green dei prodotti e loro componenti che riduca l'impatto ambientale e la produzione dei rifiuti al fine di un loro riutilizzo. <http://www.oecd.org/environment/waste/extended-producer-responsibility-9789264256385-en.htm>.

sibility) è una strategia di tutela ambientale per favorire la raccolta, il recupero e il riciclo di alcune tipologie di prodotti, attraverso la responsabilizzazione di coloro che sullo specifico prodotto sviluppano un business aziendale. La finalità dell'EPR è anche quella di spingere i produttori ad applicare strategie di *ecodesign* durante la fase di progettazione del prodotto per prevenire la formazione del rifiuto e favorire il riciclo e il reinserimento dei materiali nei mercati di sbocco<sup>32</sup>. Per questo occorre individuare quale sia il soggetto «responsabile» a cui spetta la gestione del prodotto giunto a fine vita e quali devono essere i requisiti minimi, al fine di evitare che l'EPR diventi modello di business partecipato da più soggetti con interessi differenti che possono incidere sull'efficacia del raggiungimento degli obiettivi finali, sia in termini di recupero dei materiali che economici<sup>33</sup>.

Le Direttive del 2018 auspicano un adeguamento delle discipline interne che implicano nuovi interventi nella gestione dei processi produttivi. Il riferimento è ai processi relativi alla definizione della figura del sottoprodotto, e alla cessazione della qualifica di rifiuto, processi che comportano discipline più articolate e attività innovative sul piano organizzativo e tecnologico da parte delle amministrazioni secondo i principi legati all'industria del riciclo<sup>34</sup>.

La cessazione della qualifica di rifiuto, infatti, rappresenta un passaggio fondamentale che innesca nuove complesse procedure dirette a costituire, da una parte, una premialità nei confronti di chi effettua il riciclo e il recupero di rifiuti trasformandoli nelle cosiddette «materie prime seconde», dall'altra, ad apportare un importante contributo per la riduzione dei consumi e degli sprechi di materie prime e per la diminuzione di rifiuti da destinare allo smaltimento.

La qualifica di un materiale come *End of Waste*, significa che potrà essere gestito come un materiale riutilizzabile e, dunque, non soggetto alle norme in materia di tracciabilità o autorizzazione preventiva alla gestione dei rifiuti<sup>35</sup>.

In coerenza con la normativa comunitaria tendente a massimizzare la conver-

---

<sup>32</sup> A partire dalla Direttiva 2009/125/CE in materia di efficienza energetica l'Europa mira ad immettere nel mercato prodotti, fin dal loro nascere, riciclabili e riparabili e avere cicli produttivi che utilizzino le risorse in maniera efficiente, che riducano gli scarti o che li riutilizzino per nuove produzioni. Con la risoluzione del Parlamento europeo del 31 maggio 2018 si invita la Commissione europea ad andare oltre l'efficienza energetica e a prendere in considerazione anche altri aspetti: la durata temporale di un prodotto e la facilità di ripararlo e riciclarlo.

<sup>33</sup> M. MAGRI, *Regioni ed economia circolare*, cit.; F. DE LEONARDIS e S. MICONO, *L'economia circolare alla prova dei fatti. La responsabilità estesa del produttore (E.P.R.): i consorzi di gestione degli imballaggi*, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it), 2017.

<sup>34</sup> Art. 1 par. 5 Direttiva 2018/851/UE in cui si impone agli Stati membri di adottare misure adeguate per garantire che una sostanza o un oggetto derivante da un processo di produzione il cui scopo primario non è la produzione di tale sostanza non siano considerati rifiuti ma sottoprodotti se rispettano determinati requisiti richiesti. L'art. 1 par. 6 della stessa direttiva impone agli Stati membri di adottare misure appropriate per garantire che quando una sostanza o un oggetto rispetta i requisiti richiesti per l'end of waste, questa non possa essere qualificata come rifiuto.

<sup>35</sup> D. ROTTGEM, *End-of-waste tramite provvedimenti autorizzativi*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2012, p.809.

sione della gestione dei materiali, il testo unico ambientale prevede già dal 2010 che la qualifica di *End of Waste* possa essere riconosciuta caso per caso attraverso il rilascio di autorizzazioni (da parte delle Regioni) all'esercizio di operazioni di recupero, laddove non sia stato adottato per il materiale considerato uno specifico regolamento comunitario o un decreto ministeriale nazionale di settore.

Gli artt. 208, 211 (per le autorizzazioni ordinarie) e l'articolo 29 ss. (per l'Autorizzazione Integrata Ambientale) del d.lgs.n.152/2006, attribuiscono alle Regioni la competenza ad adottare su istanza degli interessati i provvedimenti autorizzativi degli impianti di recupero rifiuti, e l'art. 184 *ter*, stabilisce i criteri verificati i quali un rifiuto sottoposto ad un'operazione di recupero cessa di essere tale<sup>36</sup>.

Tuttavia, a scapito di un efficiente funzionamento di tali procedure<sup>37</sup>, il rilascio delle autorizzazioni comprensive del riconoscimento dell'*End of Waste* ha subito di recente un brusco arresto con la decisione del Cons. di Stato 28 febbraio 2018 n. 1229<sup>38</sup> che ha ritenuto di annullare l'autorizzazione al recupero di rifiuti comprensiva del riconoscimento *End of Waste* rilasciata dall'ente territoriale, sulla base dell'assunto secondo il quale la Direttiva UE 98/2008 attribuirebbe esclusivamente agli Stati membri (e dunque in Italia solo al Ministero dell'Ambiente) il potere di regolamentare tale procedura.

---

<sup>36</sup> Tali criteri sono adottati nel rispetto delle seguenti condizioni: a) la sostanza o l'oggetto (prodotto con l'operazione di recupero) è comunemente utilizzato per scopi specifici; b) esiste un mercato o una domanda per la sostanza o l'oggetto ottenuto con il recupero; c) la sostanza o l'oggetto soddisfa i requisiti tecnici per gli scopi specifici e rispetta la normativa e gli standard esistenti applicabili ai prodotti (compreso il regolamento c.d. REACH); d) l'utilizzo della sostanza o dell'oggetto prodotto con l'operazione di recupero non porterà impatti complessivi negativi sull'ambiente o sulla salute umana (art. 184 *ter* comma 1 TUA). L'operazione di recupero può consistere semplicemente nel controllare i rifiuti per verificare se soddisfano i criteri stabiliti conformemente alle predette condizioni (art. 184 *ter* comma 2 TUA).

<sup>37</sup> Si veda per una critica alla decisione F. SCALIA, *Il Consiglio di Stato inceppa gli ingranaggi dell'economia circolare*, in *Diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente*, 3, 2018 (www.rivistadga.it).

<sup>38</sup> Consiglio di Stato, sentenza, sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 1229: «In linea generale, la disciplina della cessazione della qualifica di rifiuto (che trova riferimento nazionale all'art. 184 *ter* del D.L.vo 152/2006) è riservata alla normativa comunitaria, la quale consente agli Stati membri, solo in assenza di indicazioni comunitarie e, dunque, non in contrasto con le stesse, di valutare caso per caso tale possibile cessazione: il destinatario del potere di determinare la cessazione della qualifica di rifiuto è, dunque, per la Direttiva 2008/98, solo lo Stato, che assume anche obbligo di interlocuzione con la Commissione Europea. Ciò risulta essere, peraltro, coerente con l'art. 117 della Costituzione italiana, che attribuisce alla potestà legislativa esclusiva la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema. È, di conseguenza, escluso che esista per enti e/o organizzazioni interne allo Stato, incluse le Regioni, il potere di definire, in assenza di normativa UE, cosa è da intendersi o meno come rifiuto, considerato che, diversamente, se così fosse ne risulterebbe vulnerata la ripartizione costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni».

Anche in relazione alla definizione di sottoprodotto<sup>39</sup>, decisivo per il riutilizzo della materia secondaria, la giurisprudenza ha segnato un passaggio controverso alla luce della sentenza della Cass. Pen. n. 39400 del 2018<sup>40</sup> che sembra ritenere, peraltro in contrasto con le indicazioni dell'Unione europea<sup>41</sup>, che i sottoprodotti, non possano costituire materie prime diverse da quelle convenzionali per la produzione di manufatti, se non quando il produttore dimostri che i residui di produzione, nel rispetto delle condizioni previste, sono destinati ad essere impiegati nello stesso o in un successivo processo<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Per quanto riguarda i sottoprodotti, definiti anche come prodotti connessi, intermedi, secondari o derivati, cioè i prodotti non direttamente ricercati nel processo di produzione, la giurisprudenza comunitaria è passata da posizioni di assoluta chiusura per le quali la nozione di rifiuto non esclude le sostanze e gli oggetti suscettibili di utilizzazione economica (Corte di Giustizia UE, 28 marzo 1990, C-359/88 Vessoso e Zanetti; Corte di Giustizia UE, 10 maggio 1995, C-442/92, Commissione/Germania; Corte di Giustizia UE, 25 giugno 1997, C-304/95 Tombesi; Corte di Giustizia UE, 18 dicembre 1997, Inter Environment Wallonie; Corte di Giustizia UE, 15 giugno 2000, C-418/97 Arco), al vero e proprio riconoscimento della nozione di sottoprodotti (Corte di Giustizia UE, 18 aprile 2002, C-9/00 Palin Granit; Corte di Giustizia UE, 11 settembre 2003, C-114/01, Avesta Polarit Chrome; Corte di Giustizia UE, 11 novembre 2004, C-457/02, Niselli; Corte di Giustizia UE, 15 gennaio 2004, C-235/02, Saetti e Frediani).

<sup>40</sup> Si giunge ad una definizione di sottoprodotto nella direttiva 98/2008, viene ampiamente applicata dalla giurisprudenza (T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, sentenza, 8 aprile 2015, n. 498; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, sentenza, 7 gennaio 2015, n. 22; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, sentenza, 16 dicembre 2013, n. 1115; T.A.R. Trentino Alto Adige, sez. I, sentenza, 4 dicembre 2013, n. 392; Cassazione Penale, sez. III, sentenza, 23 ottobre 2013 n. 46243, in *Diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente*, 2014, 1-2, 179; Cassazione penale, sez. III, sentenza, 5 febbraio 2013, n. 28764, in *Foro italiano*, 2014, 7-8, 426; TAR Trentino Alto-Adige, Trento, sez. I, sentenza, 2 novembre 2011 n. 275; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza, 3 agosto 2011, n. 4633, di recente.

Cassazione Penale, sez. III, sentenza, 8 luglio 2019, n. 29520).

<sup>41</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo relativa alla Comunicazione interpretativa sui rifiuti e sui sottoprodotti COM/2007/0059, in [www.eur-lex.europa.eu/legal-content](http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content); di recente si veda la decisione della Corte di Giustizia del 28 marzo 2019.

<sup>42</sup> Sulla controversa questione del riconoscimento della nozione di sottoprodotto per una lettura comparata: N. DE SADELEER, *Rifiuti, prodotti e sottoprodotti: la Corte di Giustizia delle Comunità europee e le decisioni dei giudici nazionali in Gran Bretagna, Francia e Belgio*, in *Quaderni giuridici della Rivista giuridica dell'ambiente*, Milano, 2006; sugli interventi della Corte Costituzionale: L. RANACCI, *I sottoprodotti all'esame della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, 1088; D. FRANZIN, *La Corte Costituzionale e la definizione di rifiuto: nuovo capitolo di una complessa vicenda di illegittimità comunitaria*, in *Cassazione Penale*, 2011, 1, 117; M. MAGRI, *Rifiuto e sottoprodotto nell'epoca della prevenzione: una prospettiva di soft law*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2010, 28; più di recente L. PRATI, *La nuova definizione di sottoprodotto ed in trattamento secondo la "normale pratica industriale"*, in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it); L. PRATI, *I sottoprodotti dopo il recepimento della direttiva 2008/98/CE*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2011, 549; G. LAGEARD e M. GEBBIA, *Soluzione "sottoprodotto": scelta a rischio contestazione per il produttore del residuo*, in *Ambiente e sviluppo*, 2011; E. POMINI, *Il punto sui "sottoprodotti": la certezza del riutilizzo*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2012, 6, 753.

#### 4. *I nuovi processi per l'economia circolare: le materie prime di seconda generazione e la bioeconomia*

L'obiettivo di ridurre i rifiuti a tutela dell'ambiente non esaurisce la portata e i contenuti dell'economia circolare che si desume dalle recenti Direttive europee secondo le quali le misure che devono essere adottate «presentano tutte azioni che vanno oltre i rifiuti, coprendo l'intero ciclo, e dovrebbero non solo guidare il livello di ambizione della legislazione dell'Unione in materia di rifiuti, ma anche garantire che siano intraprese azioni ambiziose per chiudere e completare il cerchio». Ciò significa che si prospettano ulteriori processi dovuti alla principale finalità dell'economia circolare che consiste nell'attenzione all'intero ciclo di vita dei prodotti, nel risparmio delle risorse, nella preferenza da riconoscere nei processi produttivi all'impiego di risorse naturali riconvertibili in materie prime secondarie.

La seconda ma più innovativa prospettiva di lettura dell'economia circolare sposta l'attenzione dal rifiuto in quanto tale alla produzione e utilizzo di nuove materie prime. I rifiuti non vanno intesi come esternalità negative, quindi costi e oneri per il sistema, ma potenziali risorse, con tutte le conseguenze, giuridiche ed economiche, che ciò comporta. Obiettivo fondamentale del legislatore europeo è dotarsi di materie prime provenienti da un nuovo utilizzo delle risorse primarie, in modo da ottenere una diminuzione degli sprechi ed una ottimizzazione dell'approvvigionamento delle materie prime, puntando così a notevoli risparmi per l'industria europea.

Pertanto, il sistema circolare implica l'adozione di processi adeguati che puntano l'attenzione all'origine delle materie prime e alla progettazione iniziale del ciclo produttivo. Occorre puntare alla bioeconomia<sup>43</sup>, la cui definizione sintetica che dà l'Unione europea è di un'economia che impiega le risorse biologiche, provenienti dalla terra e dal mare, come input per la produzione energetica, industriale, alimentare e mangimistica<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Considerando 4 *septies* della Direttiva 2018/851/UE.

<sup>44</sup> Si segnalano alcuni studi sulla bioeconomia: CLEVER CONSULT BVBA, *The Knowledge Based Bioeconomy (Kbbe) in Europe: Achievements and Challenges*, Brussels, 2010; R. ESPOSTI, *Knowledge, Technology and Innovations for a Bio-based Economy: Lessons from the Past, Challenges for the Future. Bio-based and Applied Economics*, 2012, 231-264; R. ESPOSTI, *Conoscenza, tecnologia e innovazione per un'agricoltura sostenibile: lezioni dal passato, paradossi del presente e sfide per il futuro*, in [www.agrireregionieuropa.univpm.it](http://www.agrireregionieuropa.univpm.it), 2013, n. 32; EUROPA BIO, *Building a Bio-based Economy for Europe in 2020*, EuropaBio Policy Guide, Brussels, 2011; EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission Europe 2020 A Strategy For Smart, Sustainable And Inclusive Growth, Com 2020 final*, Brussels, 2010; EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Council Decision establishing the Specific Programme Implementing Horizon 2020 – The Framework Programme for Research and Innovation (2014-2020), Com(2011) 811 final*, Brussels; EUROPEAN COMMISSION, *Innovating for Sustainable Growth: a Bioeconomy for Europe*, Brussels, 2012; EUROPEAN COMMISSION, *Commission staff working document accompanying the document "Communication on Innovating for Sustainable*

La bioeconomia, ovvero il sistema socio-economico che comprende e interconnette le attività economiche che utilizzano biorisorse rinnovabili del suolo e del mare per produrre cibo, materiali ed energia, rappresenta una declinazione fondamentale dell'economia circolare, in quanto, oltre a basarsi su risorse rinnovabili, alimenta il «ciclo biologico» ovvero il recupero e la valorizzazione energetica degli scarti organici dei processi di produzione o dei rifiuti<sup>45</sup>.

L'aumento demografico a livello globale, il cambiamento climatico e la riduzione della capacità di resilienza degli ecosistemi esigono, infatti, un aumento dell'uso di risorse biologiche rinnovabili, per arrivare ad una produzione primaria più sostenibile e a sistemi di trasformazione più efficienti per la produzione di alimenti, fibre e altri materiali di origine biologica di qualità e ad alto valore aggiunto.

I principi che si affermano attraverso le Direttive europee impongono di perseguire processi di transizione economica, integrando bioeconomia e modelli di economia circolare, all'interno di una visione in cui la produzione e l'uso di biorisorse rinnovabili, oltre che la loro conversione in prodotti ad alto valore aggiunto, faccia parte di un sistema produttivo che renda le attività economiche sostenibili da un punto di vista tecnico, economico, ambientale e sociale<sup>46</sup>.

Tali obiettivi vanno ricercati favorendo quelle attività economiche connesse all'invenzione, sviluppo, produzione e uso di prodotti e processi a base biologica in settori come quello agroalimentare, delle foreste, della bioindustria e bioeconomia marina.

Ciò significa che l'economia circolare non può svilupparsi solo intorno alla gestione dei rifiuti, ma necessita di processi nuovi che coinvolgono industria, agricoltura, ricerca scientifica e tecnologica per avviare politiche radicalmente diverse, dove le istituzioni sono chiamate a regolare e a realizzare processi che coinvolgono la progettazione iniziale di beni e servizi pensando alla materia prima con cui sono prodotti, al modo con cui sono prodotti e al loro fine vita.

---

*Growth: a Bioeconomy for Europe*”, Brussels, 2012; OECD, *The Bioeconomy to 2030: Designing a Policy Agenda*, Paris, 2009; M. SCHMID, S. PADEL, L. LEVIDOW, *The Bio-Economy Concept and Knowledge Base in a Public Goods and Farmer Perspective. Bio-based and Applied Economics*, 2012, 47-63.

<sup>45</sup> Su questa linea, il 20 aprile 2017 è stata presentata pubblicamente la Strategia Nazionale sulla Bioeconomia ([www.cnbbv.palazzo.chigi.it/media/1767/bit1\\_it.pdf](http://www.cnbbv.palazzo.chigi.it/media/1767/bit1_it.pdf)).

<sup>46</sup> Secondo la Strategia Nazionale sulla Bioeconomia: «Un'altra declinazione del modello economico circolare svolta dalla bioeconomia, in particolare dall'industria bio-based, che è quella di riportare nel circuito economico i terreni agricoli abbandonati o marginali e le aree industriali dismesse, attraverso la riconversione di poli produttivi, in particolare petrolchimici, in bioraffinerie. In questo modo si possono rivitalizzare i territori dal punto di vista non soltanto economico, ma anche ambientale e sociale creando filiere intersettoriali e recuperando sia attività agricole che industriali. A completamento del ciclo dovrebbe essere favorita la re-immissione di materia organica di qualità al suolo per prevenire l'impoverimento in carbonio; a tale proposito, il ciclo di raccolta e trattamento di rifiuto organico per la produzione di compost può fornire una soluzione efficiente».

Individuati i nuovi processi necessari all'implementazione dell'economia circolare, occorre tracciare da parte del legislatore nazionale la direzione normativa che recepisca gli obiettivi delle Direttive europee e apporti le opportune modifiche a quei provvedimenti che incidono sulla nuova progettualità. È necessario prevedere strumenti economici e incentivi per incoraggiare la raccolta efficiente di prodotti e materiali usati, promuovere appalti pubblici sostenibili per l'uso di prodotti e materiali riciclati, ed è fondamentale sostenere il rinnovo di sistemi industriali per consentire ricerca e conoscenze necessari per la produzione dei materiali e per realizzare impianti adeguati<sup>47</sup>.

La pubblica amministrazione è chiamata a coordinare, indirizzare, regolare le procedure dirette a veicolare l'approvvigionamento di beni e servizi ecocompatibili e conseguire in modo efficiente finalità virtuose per l'economia circolare. Le funzioni amministrative sia di verifica preventiva che di intervento successivo sulla compatibilità delle attività con gli interessi ambientali e dell'economia circolare diventano strategiche nello sviluppo del sistema. E la rilevanza dell'amministrazione non è minore quando si tratta di funzioni di tipo premiante dei comportamenti degli imprenditori, produttori e consumatori necessari per la costruzione del modello circolare, in quanto nel nostro sistema non è possibile e non è pensabile l'esistenza di un totale e completo affidamento di obiettivi di sviluppo solo ai meccanismi del mercato.

L'approccio, dunque, deve essere necessariamente di sistema e coinvolgere tutti gli attori istituzionali, della società civile e dei consumatori con una sempre maggiore consapevolezza dei consumi e del fatto che lo sviluppo economico-sociale passa, non solo dal possedere sempre più beni di consumo che rapidamente si esauriscono, ma dal benessere legato allo stile di vita, alla salute e all'ambiente.

## 5. *La transizione verso l'economia circolare e gli appalti pubblici*

In questo nuovo contesto riprendono forza, vanno valorizzati e reinterpretati gli strumenti che il Codice degli appalti pubblici del 2016 e del correttivo 2017<sup>48</sup>, prevede per favorire il principio dello sviluppo sostenibile, e dove ven-

<sup>47</sup> F. DE LEONARDIS, *Economia circolare*, cit., in cui si individuano i tasselli necessari ad avviare i nuovi processi per la bioeconomia tra cui: «un sistema di trattamento dei rifiuti organici attraverso processi di digestione anaerobica o compostaggio e il trattamento delle acque reflue urbane, agricole e bio-industriali che consenta di restituire alla natura ciò che da essa proviene.

; un sistema di pubblici poteri che consenta, favorisca, imponga tutto questo e lo faccia in tempi compatibili con le necessità industriali ed agricole».

<sup>48</sup> Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e Decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 57. In dottrina M.P. CHITI, *I principi*, in *Trattato sui contratti pubblici* A CURA DI M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, 2008, I, 164; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Diritto Pubblico*, 2007, 219; M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017.

gono introdotti le c.d. clausole ecologiche, la valutazione del costo del ciclo di vita ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e l'applicazione dei criteri minimi ambientali (CAM)<sup>49</sup>. Alla luce della recente evoluzione nella direzione dell'economia circolare, il mercato degli acquisti pubblici, può divenire uno dei principali strumenti per indirizzare le produzioni verso i nuovi modelli.

Un primo passo al riuso dei materiali si ebbe con la Comunicazione europea C-333/2001, con cui si cercò di sensibilizzare la pubblica amministrazione ad una maggiore presa di coscienza delle tematiche ambientali anche attraverso lo sviluppo di appalti sostenibili sul piano ambientale, con un'attenzione particolare al recupero e riutilizzo dei materiali. In effetti, l'efficacia di questo atto risultò piuttosto limitata, essendo riconducibile sostanzialmente a quella di atto di *soft law*, con efficacia non vincolante. È noto, invece, che le stazioni appaltanti sono legate ad un modo di operare che difficilmente muta se le novità non vengono imposte direttamente da una norma; e, soprattutto, nel caso in cui occorre affrontare procedure complesse, secondo una visione innovativa e in considerazione dell'esigenza di maggiori competenze tecniche e di coordinamento<sup>50</sup>.

Con due successive pronunce del giudice europeo, la n. 513/2002 e la n. 368/2012, la Corte di giustizia inizia a delineare, nella prima, e rafforza, nella seconda pronuncia, le caratteristiche delle clausole ecologiche che, in base alle decisioni, seppure per larghi tratti lasciate alla discrezionalità della stazione appaltante, non sono liberamente utilizzabili, e incontrano due limiti fondamentali costituiti dall'*appropriatezza* in coerenza con il principio di proporzionalità, e dalla *pertinenza* rispetto all'oggetto della gara. Secondo tali decisioni la clausola ecologica non deve essere eccessivamente onerosa per l'operatore economico

---

<sup>49</sup> In generale sul tema degli appalti verdi: AA.VV., *Appalti verdi*, in *Diritto e pratica amministrativa speciale*, 2013; E. BELLOMO, *Il green public procurement nell'ambito della green economy*, in *Diritto e processo Amministrativo*, 2013, 163; G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, 5, 819; C. GUCCIONE e L. PALATUCCI, *Profili ambientali nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Trattato di Diritto dell'ambiente*, a cura di P. Dell'Anno ed E. Picozza, Padova, 2013, vol. II, 727; L. MASI, *Appalti pubblici e risparmio energetico: un esempio di appalto verde*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 479; C. VIVANI, *Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement*, in *Urbanistica e appalti*, 8-9, 2016, 993; S. BIANCAREDDU e G. SERRA, *Gli appalti verdi: la soddisfazione di interessi ambientali attraverso le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici*, in *Giurisdizione amministrativa*, 2014, 7/8, 269; sull'applicazione delle clausole ecologiche e dei CAM: M. BROCCA, *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2003, 2, 168; T. CELLURA, *L'applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici*, Rimini, 2016; F. DE LEONARDIS, *Green Public Procurement: From Recommendation to Obligation*, in *International Journal of Public Administration*, 2011, 34; S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Diritto dell'economia*, 2015, 2, 355.

<sup>50</sup> S. VILLAMENA, *Codice dei contatti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2017, 3.

che partecipa alla gara, e deve risultare pertinente, nel senso di risultare collegata funzionalmente all'oggetto dell'appalto, poiché solo sussistendo questo specifico nesso sarà possibile comprenderne la reale incidenza sulla qualità dell'offerta presentata.

Si avverte in queste decisioni la preoccupazione di non aggravare la procedura con ulteriori costi e di non favorire grandi imprese con maggiori mezzi tecnologici ed economici, nella prospettiva di una corretta applicazione dei principi di economicità e di concorrenza.

Dopo le Direttive del secondo pacchetto sull'economia circolare, nell'attuale disciplina sui contratti pubblici, i profili legati all'ambiente vanno rivisti alla luce dei principi di integrazione e di sostenibilità consolidate dalle politiche europee, anche attraverso criteri di valutazione che tendano a rafforzarne la portata. Per sostenere l'economia circolare, occorre orientare sempre più l'esercizio dell'attività amministrativa nelle procedure di aggiudicazione e di esecuzione dei contratti pubblici verso la tutela dell'ambiente e lo sviluppo sostenibile, sia nell'applicazione di disposizioni di principio (art. 4, 23), sia avvalendosi degli strumenti (clausole ecologiche, ciclo di vita, CAM artt. 34, 68, 69, 87, 95) che incidono direttamente sullo sviluppo dell'economia circolare<sup>51</sup>.

Tra le clausole flessibili, che cioè lasciano un certo margine di discrezionalità alle pubbliche amministrazioni, nella loro previsione all'interno delle procedure, è importante quella contenuta nell'art. 95. Secondo questa disposizione la migliore offerta presentata deve essere individuata in base al miglior rapporto qualità-prezzo, e per tale scopo la pubblica amministrazione potrà servirsi della clausola ecologica che considera il costo del ciclo di vita come elemento di valutazione nell'ambito dei criteri di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In tal modo, si terrà conto dell'effettiva incidenza dei costi di un prodotto, servizio o fornitura anche in relazione al suo impatto sull'ambiente<sup>52</sup>.

In base al successivo art. 96, ai fini della gara, occorre misurare e valutare i costi legati al ciclo di vita di un prodotto, servizio o lavoro, come i costi di raccolta, smaltimento, riciclaggio, quelli «imputati ad esternalità ambientali», quelli legati alle emissioni di gas ad effetto serra e altre sostanze inquinanti, nonché gli altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> In relazione all'applicazione dei Criteri Ambientali Minimi da parte delle stazioni appaltanti è significativo come di recente la giurisprudenza sia orientata verso la obbligatorietà dell'applicazione dei CAM: il T.A.R. Toscana, sez. I, sentenza, 14 maggio 2018, n. 645, ha annullato l'aggiudicazione di una gara del Comune di Firenze per la fornitura di apparecchi di illuminazione con sorgente a Led ritenendo viziata la condotta della stazione appaltante la quale non aveva ravvisato, nell'offerta proposta dalla ditta vincitrice, il mancato rispetto delle caratteristiche tecniche prescritte dal decreto ministeriale di riferimento; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, sentenza, 12 febbraio 2018, n. 403; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, sentenza, 4 giugno 2018, n. 1137; Consiglio di Stato, sez. III, sentenza, 11 marzo 2019, n. 1635.

<sup>52</sup> L. DE PAULI, *I "costi del ciclo di vita" nel nuovo codice degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 625.

<sup>53</sup> M. A. SANDULLI, *Cambiamenti climatici, tutela del suolo e uso responsabile delle risorse idriche*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2019, 4, 291.

La valutazione degli elementi collegati al ciclo di vita dei prodotti contribuiscono nel complesso a commisurare l'offerta economicamente più vantaggiosa in quanto incidono sui prezzi e sulla qualità dell'offerta. Gli appalti verdi sostanzialmente, mirano ad attribuire la gara a prodotti, tecnologie o opere pubbliche più efficienti sotto il profilo energetico e nell'uso delle risorse anche materiali, che risultino privi o con minore contenuto o emissioni di sostanze pericolose, e quindi con minori costi, considerando il ciclo di vita, anche se nell'immediato possono avere un costo di acquisizione maggiore.

Quanto al fattore prezzo, alla luce di questi altri elementi da valutare, esso assume una nuova prospettiva poiché, oltre alla classica articolazione delle voci dei diversi oneri iniziali presentati dalla ditta partecipante alla gara, si aggiunge un altro fattore che tiene conto degli oneri successivi all'acquisizione di un prodotto, servizio, lavoro<sup>54</sup>; come nel caso dei costi del c.d. fine vita, per il conferimento in discarica o per il riciclo, oppure i costi delle esternalità ambientali. Pertanto, le valutazioni devono comprendere non solo i costi immediati ma anche quelli futuri di una commessa pubblica, dovendo tenere conto di costi aggiuntivi determinati dalle conseguenze sull'ambiente.

Questi ulteriori fattori da comprendere nei costi, fino ad oggi sono stati visti prevalentemente come un aggravio degli oneri per le imprese partecipanti alla gara e per le stesse amministrazioni, in quanto apporterebbero, oltre a costi maggiori, il rischio di un eccessivo peso organizzativo sia a carico degli offerenti, sia a carico delle amministrazioni. Da una parte, gli offerenti dovranno fornire ulteriori documentazioni in sede di presentazione dell'offerta per precisare tali costi, e dall'altra, le stazioni appaltanti sono tenute a inserire nella procedura ulteriori strumenti, e competenze, per valutare i costi collegati al ciclo di vita dei prodotti. Per queste ragioni, si è generalmente ritenuto che l'aggravio della procedura, almeno nell'immediato, finirebbe per creare un contrasto con i principi di proporzionalità e di economicità<sup>55</sup>. Inoltre, la presentazione di documentazioni ulteriori per realizzare beni e prodotti sostenibili per l'ambiente finisce per favorire grosse imprese meglio organizzate, danneggiando le piccole imprese, potenzialmente violando il principio di concorrenza. Va detto, tuttavia, che rafforzando tutti gli elementi collegati alla qualità dell'offerta, per quanto si favoriscono determinate tipologie di imprese, si incentiva il mercato ad adeguare la compatibilità ambientale di prodotti, lavori, forniture. Pertanto, è importante individuare la migliore offerta sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo, valutato con riferimento ad aspetti qualitativi di carattere anche ambientale, pur sempre connessi all'oggetto dell'appalto<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> C. LACAVA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. I criteri di aggiudicazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 436.

<sup>55</sup> S. VILLAMENA, *Codice dei contratti 2016*, cit.

<sup>56</sup> L. GILI, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più*

L'art. 95 del Codice appalti, al comma 6, precisa che le clausole ecologiche possono riguardare secondo una elencazione esemplificativa, il «contenimento dei consumi energetici»; il «possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE)»; il «costo di utilizzazione e manutenzione», e si precisa che l'obiettivo strategico è determinato da «un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione». Secondo tale approccio va segnalato, sempre nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>57</sup>, l'inserimento del comma 10 *bis* dello stesso art. 95, ad opera del correttivo del 2017, in base al quale la stazione appaltante «stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento», rafforzando ulteriormente gli elementi qualitativi dell'offerta. Inoltre, assai innovativo in questo ambito, anche se ancora poco attuato nella prassi applicativa, è il criterio del c.d. prezzo fisso, di cui al comma 7 del medesimo art. 95, secondo cui «L'elemento relativo al costo può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi».

Ed ancora, come stabilisce il comma 14 (lett. a) dell'art. 95, nei casi di adozione del criterio del miglior rapporto qualità-prezzo, le stazioni appaltanti potranno autorizzare o esigere la presentazione da parte degli offerenti di varianti al progetto definitivo posto a base di gara, sempre nella prospettiva di un beneficio diretto dei partecipanti ed indiretto o riflesso delle stazioni appaltanti, con la possibilità di presentare soluzioni differenti sotto il profilo qualitativo, tecnico, funzionale. Nonostante ciò, in contrasto con tale tendenza, permane nell'attuale disciplina la possibilità in certi casi di utilizzare il criterio del prezzo più basso<sup>58</sup> o del massimo ribasso, vanificando gli incentivi per le amministrazioni verso valutazioni complessive che privilegiano la qualità della prestazione in oggetto<sup>59</sup>.

Alla luce delle recenti Direttive e di una tendenza delle politiche interna-

---

fasi, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 24; C. LAMBERTI e S. VILLAMENA, *Nuove direttive appalti: "sistemi di selezione" e "criteri di aggiudicazione"*, *Urbanistica e appalti*, 2015, 873.

<sup>57</sup> Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza, 21 maggio 2019, n. 8.

<sup>58</sup> T.A.R. Veneto, sez. I, sentenza, 7 febbraio 2019, n. 180; T.A.R. Veneto, sez. I, sentenza, 25 novembre 2019, n. 1277; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, sentenza, 17 luglio 2019, n. 3952.

<sup>59</sup> S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016*, cit. , 105. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza, 26 marzo 2020 n. 2094: in cui si legge che: «È opportuno ricordare il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui la scelta operata dall'amministrazione appaltante, in una procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relativamente ai criteri di valutazione delle offerte, ivi compresa anche la disaggregazione eventuale del singolo criterio valutativo in sub-criteri, è espressione dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico; come tale è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale ed i criteri non siano trasparenti ed intelleggibili (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza, 30 aprile 2018, n. 2602; Consiglio di Stato, sez. III, sentenza, 2 maggio 2016, n. 1661; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 18 giugno 2015, n. 3105)».

zionali ed europee all'attenzione per le tematiche ambientali, non vi è dubbio, che la prospettiva innovativa deve essere diretta a considerare il ciclo di vita e le esternalità ambientali fra gli elementi di valutazione dell'offerta, con un nuovo approccio coerente con le politiche ambientali e con i principi ad esse collegati come quello dell'integrazione ambientale, dello sviluppo sostenibile, della responsabilità del produttore, del principio chi inquina paga, dell'economia circolare. Ciò significa valorizzazione dell'elemento qualitativo dell'offerta che deve diventare il criterio fondamentale per la scelta del contraente, in modo che sia meglio qualificato dal punto di vista del minor impatto ambientale e dello sviluppo di forme di economia circolare.

Occorre evidenziare ancora che, al fine di utilizzare questo criterio di aggiudicazione nell'ambito di appalti verdi, servirà ancora maggiore competenza tecnica da parte della stazione appaltante nella determinazione dei relativi costi dell'appalto comprensivi delle conseguenzialità ambientali.

Del resto, a conferma della necessaria prevalenza di valutazioni ambientali, vi è la previsione dell'art. 30 del Codice che in relazione all'aggiudicazione e all'esecuzione dell'appalto stabilisce che: «Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati ad esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico»; ora si potrebbe aggiungere «in vista dello sviluppo dell'economia circolare» in coerenza con i principi sanciti nelle recenti direttive europee.

Tra l'altro, valorizzando il criterio di aggiudicazione che considera prevalente la qualità dell'offerta, riteniamo possa essere pienamente soddisfatto anche il principio di economicità proprio evitando costi futuri e ulteriori, determinati, non solo dall'impatto ambientale negativo, ma anche dal risparmio sul riutilizzo delle risorse, secondo una corretta interpretazione dei profili innovativi della disciplina europea.

In questo ambito volto alla specificazione della portata delle clausole ecologiche negli appalti pubblici, non può trascurarsi di considerare l'apporto che devono fornire i c.d. CAM (criteri ambientali minimi), ora richiamati dall'art. 34 Codice appalti 2016<sup>60</sup>. La corretta applicazione dei Criteri ambientali minimi, che

---

<sup>60</sup> Il Collegato Ambientale alla Legge di Stabilità 2014 «Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali» enuncia le tappe fondamentali per le future strategie ambientali italiane. L'obiettivo principale è rivolto alla green economy e all'economia circolare, in particolare attraverso: Il Green Public Procurement (GPP), che definisce i Criteri ambientali minimi per i nuovi acquisti (cosiddetti Acquisti Verdi) da parte della Pubblica Amministrazione, anche in termini di etichettatura e certificazioni (Emas, Ecolabel, Environmental Footprints, Made Green in Italy); incentivi per l'utilizzo di materiali riciclati post consumo, gestione di specifiche frazioni di rifiuti (incluso il compostaggio) ed incentivi per accrescere il volume di rifiuti raccolti; creazione di un Comitato per il Capitale Natu-

si riferiscono all'oggetto dell'appalto, alla selezione degli offerenti, a specifiche tecniche, a clausole contrattuali, a criteri premianti, nell'ambito di un processo partecipato che coinvolge anche esperti e rappresentanti di operatori economici, consente di allocare meglio le risorse finanziarie pubbliche, in una prospettiva di razionalizzazione dei costi al momento dell'acquisto e di quelli che si creano lungo il ciclo di vita dei prodotti o dei servizi, inclusi quelli che sosterranno altri centri di spesa pubblica, che graverebbero in esercizi finanziari futuri<sup>61</sup>. Così viene garantita la competitività del tessuto imprenditoriale in quanto si favorisce l'innovazione che tende a ridurre i maggiori costi di approvvigionamento di risorse sempre più scarse, i costi di smaltimento e si sviluppa il rinnovamento diretto a conquistare quote di mercato di una domanda, anche privata, sempre più sensibile alla qualità ambientale dei prodotti e alle tecnologie ambientali, e da favorire attraverso incentivi pubblici.

#### 6. *Considerazioni conclusive*

In conclusione, le politiche ambientali tendono ad incoraggiare lo sviluppo del sistema economico in una direzione «sostenibile» con un conseguente nuovo ruolo e intervento dei pubblici poteri, chiamati a regolare, incentivare e realizzare processi innovativi.

Le Direttive del 2018 e il Circular action plan del 2020 sono il portato del momento complessivo vissuto dall'euro-zona e sono, con riferimento al settore della contrattualistica pubblica, e nell'ambito dei processi innovativi per il trattamento delle risorse, uno strumento fondamentale messo in campo per voltare

---

rale, in grado di fornire dati sul consumo di biomasse naturali e monitorare l'impatto delle politiche pubbliche sulla conservazione delle risorse naturali e dei servizi ecosistemici; istituzione di un sistema di pagamento per i servizi ambientali ed ecosistemici, nonché predisposizione di un catalogo delle sovvenzioni dannose e di quelle benefiche per l'ambiente. Il Piano d'azione nazionale (PAN) per il Green Public Procurement (GPP) delinea la strategia per la diffusione del GPP in Italia, le categorie merceologiche, gli obiettivi ambientali di riferimento da raggiungere – sia qualitativi che quantitativi – e aspetti metodologici. Sulla base del Codice dei contratti pubblici, il PAN GPP si propone di diffondere e mettere in atto a livello nazionale l'adozione di acquisti sostenibili in Italia. Dal 2011 e fino ad oggi, una serie di Decreti del Ministero dell'Ambiente, del Territorio e del Mare sono stati emessi per definire CAM per categoria merceologica.

<sup>61</sup> Le previsioni dell'art. 34 del d. lgs. n. 50/2016, e della successiva modifica di cui all'art. 23 del d. lgs. n. 56/2017, si inseriscono in un contesto di normativa e di atti di indirizzo comunitari, come ad esempio le Comunicazioni sull'Economia Circolare e sull'uso efficiente delle risorse, nonché di accordi internazionali, come l'Accordo sul clima di Parigi, che, per l'esigenza di ostacolare i cambiamenti climatici, gli sprechi delle risorse, migliorare l'impatto ambientale delle emissioni di sostanze pericolose, auspicano l'adozione di misure e strumenti efficaci per promuovere modelli di economia circolare, maggiore efficienza nell'uso delle risorse e dell'energia e il minor impiego e dispersione di sostanze chimiche pericolose.

pagina, riunendo in sé gli obiettivi regolatori e di innovazione. Le priorità sono adesso la crescita intelligente, ovvero sviluppare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione; la crescita sostenibile, ovvero promuovere un'economia più efficiente sotto il profilo delle risorse, che sia «verde» e più competitiva; la crescita inclusiva, ovvero promuovere un'economia con un alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale.

Per quanto si possa obiettare che l'intervento dei poteri pubblici possa vincolare le libertà d'impresa, la valorizzazione dello sviluppo sostenibile attraverso le sue varie forme, va considerato sempre in un'ottica di prospettiva, inquadrandola non come freno ma come volano anche per poter avviare un modello economico innovativo. L'intuizione politica dell'Europa è quella di sfruttare gli strumenti dell'efficienza ambientale e della sostenibilità per favorire l'innovazione e dare impulso alla ripresa dell'economia anche per affrontare sotto diverse prospettive la crisi economica. Crescita sostenibile secondo la Strategia europea 2020<sup>62</sup> significa «costruire un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse, sostenibile e competitiva, sfruttare il ruolo guida dell'Europa per sviluppare nuovi processi e tecnologie a livello nazionale» e gli Stati membri dovranno «utilizzare strumenti basati sul mercato, come incentivi fiscali e appalti, per adeguare i metodi di produzione e di consumo» e ancora «utilizzare la normativa, gli standard di rendimento per gli edifici e gli strumenti basati sul mercato, come la fiscalità, le sovvenzioni e gli appalti, per ridurre l'uso dell'energia e delle risorse e utilizzare i fondi strutturali per investire nell'efficienza energetica degli edifici pubblici e in un riciclaggio più efficiente». Queste affermazioni sono importanti per acquisire la consapevolezza sul punto dell'obbligatorietà e della vincolatività delle politiche europee al fine della loro concreta realizzazione.

Non è un caso che, di tutti gli strumenti messi in campo, quelli di maggior successo siano proprio quelli accompagnati da prescrizioni giuridiche vincolanti.

L'esigenza di assicurare la massima protezione dell'ambiente così come le scelte politiche di puntare sullo sviluppo di un nuovo modello economico per il risparmio delle risorse, individuano un settore pubblico in cui gli interessi assumono un valore preminente, trasversale, in espansione e diventano clausola generale che giustifica anche il ruolo dell'amministrazione nell'imporne il rispetto. L'esercizio dei poteri pubblici di tipo impositivo, in antitesi con le ormai affermate posizioni paritarie della collettività amministrata, si ammette anche in relazione a quegli interessi sensibili di cui alla l. 241/1990 tra i quali la tutela dell'ambiente rappresenta da sempre espressione rilevante.

In ragione dell'esigenza di assicurare la tutela di questi interessi, sono posti in capo all'amministrazione una serie di poteri anche di natura precettiva-autoritativa in cui la recessione della posizione dei soggetti passivi può assumere in

---

<sup>62</sup> <https://ec.europa.eu>.

campo ambientale «connotati e spessore assai marcati tanto da determinarne in modo amplissimo le decisioni e le attività»<sup>63</sup>.

Sono varie le funzioni amministrative in questo ambito di intervento, che possiamo esemplificare in funzioni di programmazione, di indirizzo e di coordinamento; funzioni accertative e di amministrazione consultiva (e valutazioni tecniche); funzioni di amministrazione attiva (autorizzazioni, concessioni); funzioni di vigilanza e di controllo; poteri sanzionatori. Quello che è interessante notare che a queste funzioni non sempre corrispondono separati e differenziati livelli di competenza. Infatti, si possono individuare funzioni che rientrano nelle competenze attribuite ai vari livelli ministeriale, regionale, locale<sup>64</sup>. Tali funzioni prive di necessari raccordi non possono realizzare le finalità che si prefigge il sistema complesso di economia circolare, sia sotto il profilo della tutela ambientale sia sotto il profilo dello sviluppo economico circolare e sostenibile.

Tutto ciò esige mezzi e strumenti di innovazione tecnologica, tavoli tecnici, raccordi istituzionali, incisive attività di vigilanza, diversamente gli interventi parziali e disconnessi sono destinati a far fallire un progetto organico diretto allo sviluppo dell'economia circolare.

Rimangono fondamentali le attività di gestione dei rifiuti, benché nella nuova prospettiva, ma anche la predisposizione di appositi organi tecnici e di ricerca, la programmazione e realizzazione di impianti e strutture dirette al riciclaggio o al compostaggio, gli interventi in materia di agricoltura e industria che guardi alla bioeconomia e a nuove progettualità, che presuppongono un sistema di amministrazioni coerente, adeguato e coordinato.

L'economia circolare richiede un sistema complesso che si lega alle diverse fasi del ciclo dei prodotti e che impone di ragionare non più per settori e limitatamente alla gestione dei rifiuti, ma per progetti di interconnessione e di collegamento che devono considerare l'origine dei beni risorse, seguire i processi produttivi, e sviluppare strategie di recupero delle materie prime per reimpiegarle in nuovi cicli produttivi o organici. Si impone il passaggio da una visione settoriale delle politiche coinvolte e degli strumenti d'azione ad una visione di sistemi integrati.

In primo piano sono le azioni a cui sono chiamate le pubbliche amministrazioni, in quanto sono molteplici le potenzialità di intervento al fine di individuare e realizzare gli indirizzi di azione verso l'economia circolare. Occorre dare qualificazioni certe dei prodotti circolari, indicare regole stabili per le imprese, predisporre politiche di realizzazione di strutture e impianti di riciclaggio, prevedere forme di incentivo per le attività di riciclaggio e recupero delle risorse,

---

<sup>63</sup> P. DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, Torino, 2003, 135.

<sup>64</sup> E. BALBONI, *In tema di regionalismo differenziato in attuazione dell'art. 116, comma 3, della Cost.*, in *Astrid-Rassegna*, 2019, 11; A. MORELLI, *Regionalismo differenziato e autonomia speciale: un quadro complesso*, in *www.dirittiregionali.it*, 2019.

incoraggiando il mercato in questa direzione anche valorizzando gli acquisti pubblici verdi, attenti alle esternalità ambientali. È necessario determinare divieti, limiti e relative sanzioni e prevedere controlli adeguati; tutto in funzione del rispetto di un sistema che dovrà in ogni caso agire sulla base di tavoli tecnici di coordinamento che coinvolgono settori come l'industria, l'agricoltura, la ricerca, lo sviluppo economico e territoriale.

I processi che dovranno indurre ad innovare strutture e sistemi amministrativi di azione per l'economia circolare come il riciclo dei rifiuti, la responsabilità estesa del produttore, i processi di individuazione dei sottoprodotti e delle materie prime secondarie, i processi connessi alla bioeconomia, gli acquisti pubblici verdi, dovranno essere chiaramente individuati, in modo da «apportare cambiamenti nell'insieme delle catene di valore, dalla progettazione dei prodotti ai modelli di mercato e di impresa, dai metodi di trasformazione dei rifiuti in risorse alle modalità di consumo: ciò implica un vero e proprio cambiamento sistemico e un forte impulso innovativo, non solo sul piano della tecnologia, ma anche dell'organizzazione, della società, dei metodi di finanziamento e delle politiche»<sup>65</sup>.

Il nuovo piano d'azione del Circular Economy Action Plan 2020 annuncia iniziative che riguardano tutto il ciclo di vita dei prodotti mirando alla loro progettazione, promuovendo processi di economia circolare, promuovendo i consumi sostenibili e mirando a garantire che le risorse utilizzate siano conservate il più a lungo possibile. E secondo il documento la pubblica amministrazione è un driver fondamentale per veicolare sempre più i prodotti sostenibili. Diventerà perciò strategico affidare all'amministrazione la possibilità di acquisti pubblici, sempre più votati ai prodotti green, secondo le più recenti indicazioni europee, rafforzando i principi della sostenibilità e dell'integrazione ambientale.

Infine, l'economia circolare ha anche il merito di superare i limiti di un'economia globalizzata e solo finanziaria che per troppo tempo è stata orientata al profitto nel breve termine e che ha perso di vista la qualità della vita, della salute e dell'ambiente dell'individuo, e di ricondurci alla natura e al benessere dell'esistenza, che non è solo strettamente economico.

Questo processo di transizione investe, economia, ambiente e società e affinché produca effettivo benessere è necessario un approccio culturale e sistemico, che comprenda istituzioni, imprese e consumatori verso una trasformazione sociale in cui si comincia a credere.

---

<sup>65</sup> [www.eur-lex.europa.eu/legal-content](http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content).

### **Abstract**

Le Direttive europee sull'economia circolare 2018 valorizzano i principi dello sviluppo sostenibile e di integrazione ambientale. Gli stati e i diversi livelli istituzionali sono chiamati a rivedere regole e processi per sviluppare l'economia circolare che promuove una concezione diversa della produzione e del consumo di beni e servizi che passa per il reimpiego delle risorse. Le pubbliche amministrazioni devono attuare nuovi processi di sviluppo che coinvolgono il ciclo di vita dei prodotti e che riguardano non solo la gestione dei rifiuti, ma anche la responsabilità estesa dei produttori, l'end of waste, la bioeconomia, gli appalti verdi.

Public administration and sustainable development processes:  
the new challenge of the circular economy

by Anna Lazzaro

The European Directives on the circular economy 2018 enhance the principles of sustainable development and environmental integration. The states and the different institutional levels are called upon to review rules and processes to develop the circular economy that promotes a different conception of the production and consumption of goods and services that passes through the re-use of resources. Public administrations must implement new development processes that involve the life cycle of products and that concern not only waste management, but also extended producer responsibility, the end of waste, the bioeconomy, green procurement.

# Diritto alimentare e ambiente. Prospettive del diritto alimentare tra le sfide della globalizzazione e del Covid-19

di Giovanna Mastrodonato

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I caratteri peculiari del diritto alimentare. – 3. Principio di precauzione e sistema rapido di allerta comunitario. – 4. Note sul “nuovo” diritto alimentare. – 5. La prospettiva dello sviluppo sostenibile nel diritto alimentare in linea con Agenda 2030 e con il *Green new deal*. – 6. Solidarietà e *food security* tra globalizzazione e Covid-19. – 7. Tendenze protezionistiche e libera concorrenza. – 8. La semplificazione nella più recente normativa in materia alimentare. – 9. Spunti ricostruttivi.

## 1. Premessa

Il diritto alimentare -inteso come sistema giuridico multilivello composto da principi, convenzioni internazionali, norme europee e nazionali, volto ad assicurare la protezione della salute dei consumatori e della libera circolazione dei prodotti alimentari<sup>1</sup>- è uno dei settori più naturalmente protesi verso la sperimentazione giuridica, con tutte le conseguenze e le incognite che questa “apertura” comporta<sup>2</sup>. Esso è infatti fortemente influenzato dai (ed esposto ai) mutamenti economico-sociali e politici, dai problemi sanitari – si pensi al Covid-19 e alle ricadute sulla (richiesta di maggior) sicurezza degli alimenti<sup>3</sup> – dalla evoluzione

---

<sup>1</sup> Dopo iniziali perplessità, la dottrina sembra convenire sull’osservazione secondo cui le norme sull’alimentazione, dapprima frammentarie, diventano soltanto a séguito della cospicua produzione ed attuazione della normativa europea un autonomo settore del diritto. Cfr. sul punto P. BORGHI, *Diritto alimentare italiano e integrazione europea*, in *Riv. dir. agr.* 2012, I, p. 8; C. LOSAVIO, *Confini e contenuti della materia alimentazione*, in *Riv. dir. agr.*, 2017, p. 658, P. BORGHI, S. RIZZOLI, L. COSTATO, V. PAGANIZZA, L. SALVI, *Compendio di diritto alimentare*, Padova, 2019; F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, IV ed., Milano, 2020, p. 63.

<sup>2</sup> Così A. BERNARDI, *Il principio di legalità alla prova delle fonti sovranazionali e private: riflessi sul diritto penale alimentare*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2015, p. 43.

<sup>3</sup> Sia nel senso della *food safety* (garanzia che gli alimenti siano prodotti e commercializzati nel rispetto delle norme igieniche e sanitarie), sia nel senso della *food security* (intesa come sicurezza economico-sociale di disponibilità di approvvigionamenti alimentari per tutta la popolazione mondiale). Assai di recente, il 21 aprile 2020, in occasione del Vertice Straordinario dei Ministri dell’Agricoltura del G20 (Roma-Washington DC), l’Organizzazione delle Nazioni Unite per l’Alimentazione e l’Agricoltura (FAO), l’Organizzazione delle Nazioni Unite per lo Sviluppo Agricolo (IFAD), la Banca Mondiale, il Programma Alimentare Mondiale hanno diramato una dichiarazione congiunta sull’impatto del Covid-19 sulla Sicurezza alimentare e sulla nutrizione. La pandemia del Covid-19 rappresenta infatti una sfida senza precedenti con profonde conseguenze sociali ed economiche, tra cui la compromissione della sicurezza alimentare e della nutrizione, pertanto necessitano risposte scaturenti da un indispensabile coordinamento in tutto il mondo, anche da parte del G20 e non solo, per limitare le conseguenze, porre fine alla pandemia e scongiurarne il ripetersi. Cfr. per la dichiarazione appena citata: *www.unric.org*. Quanto alla dottrina italiana, le prime riflessioni

tecnologica, dagli eventi climatici e, non da ultimo, dal processo di globalizzazione<sup>4</sup> dei mercati. Cionondimeno, il comparto alimentare ha affrontato la crisi

giuridiche sull'emergenza Covid-19 hanno affrontato le possibili compromissioni dei diritti fondamentali, oltre all'opportunità dell'utilizzo del dPCM, cfr. al proposito U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 marzo 2020; G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2020; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *www.federalismi.it*, n. 6 del 2020, F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *www.federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 6 aprile 2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020; D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rassegna*, n. 5, 2020, 2; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *www.federalismi.it*, 18 marzo 2020, A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2020; C. ZUCCHELLI, *Lo "stato di eccezione" e i pericoli per la Costituzione che finisce violata, ne Il Dubbio*, 4 aprile 2020. Sembra, tuttavia, a sommo avviso di chi scrive, non potersi prescindere dalla rilettura delle considerazioni svolte durante altra emergenza – che riguardò il terremoto di Messina, uno degli eventi più catastrofici del XX secolo, - da S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e della p. a. in Italia*, 1909, p. 220, dove l'a. osserva: "La necessità si può dire che sia la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate". Per quanto riguarda invece le riflessioni sul processo amministrativo cfr. R. DE NICCOLIS, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in *www.federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 15 aprile 2020; F. FRANCIARIO, *L'emergenza Coronavirus e la "cura" per la giustizia amministrativa. Le nuove disposizioni straordinarie per il processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 23 marzo 2020; ID., *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in *www.federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 15 aprile 2020; M.A. SANDULLI, *Covid-19, fase 2. Pregi e difetti del diritto dell'emergenza per il processo amministrativo*, in *www.giustiziasieme.it*, 4 maggio 2020.

<sup>4</sup> Sul processo di globalizzazione la letteratura è molto ampia, cfr., per un inquadramento della problematica involgente anche riflessi importanti sul diritto amministrativo che cambia, C. GEERTZ, *Mondo globale, mondi locali. Cultura e politica alla fine del ventesimo secolo (1995)*, trad. it., Bologna, 1999; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000; G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 1; C. JOERGES, I. J. SAND, G. TEUBNER (a cura di), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart, 2004; S. BATTINI, *La globalizzazione del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 325; S. CASSESE, M. CONTICELLI (a cura di), *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, *Quaderno n. 2*, 2006, p. 21; N. KRISCH E B. KINGSBURY, *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the international Legal Order*, in *European Journal of International Law*, 1, 2006, p. 15; J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione che funziona*, Milano, 2007; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; ID., *Le regole globali: limiti e rimedi*, in *Risposta alla crisi: il governo della globalizzazione*, in *www.astrid-online.it*; F. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in *Conc. Mercato*, 2012, p. 867.

Da ultimo, sul rapporto tra sovranità nazionali e globalizzazione, cfr. L. ANTONINI, *Globalizzazione e nuove sfide del costituzionalismo*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 319. Cfr., inoltre, per uno studio sulle conseguenze della globalizzazione per il diritto amministrativo, che coinvolgono direttamente anche il settore della sicurezza alimentare S. BATTINI, *L'impatto della globalizzazione sulla pubblica amministrazione e sul diritto amministrativo: quattro percorsi*, in *Giornale di dir. amm.*, 2006, p.

economico-finanziaria 2008-2013 mostrando, più di altri, una forza notevole e una capacità di autorinnovarsi costantemente rispetto alle sfide emergenti a livello globale<sup>5</sup>: si manifesta tuttavia l'esigenza di evitare che le strategie messe in atto per affrontare questa nuova crisi provocata dalla pandemia<sup>6</sup>, al fine di limitare allo stretto indispensabile i contatti fisici, con evidenti ricadute sul commercio e più in generale sull'economia, finiscano per alterare in modo sostanziale i mercati globali<sup>7</sup>. In questa prospettiva il governo europeo auspica una collabo-

---

339. Secondo l'a., la necessità che il diritto amministrativo intervenga per garantire i cittadini, nell'ambito di un determinato procedimento, ha portato all'emersione di taluni principi rinvenibili in un accordo internazionale, in particolare quelli di trasparenza, semplificazione, partecipazione e legalità, ad esempio nel campo della sicurezza alimentare, introducendo "una sorta di codice del procedimento amministrativo, nel quale si riconoscono molti istituti tipici dei diritti amministrativi domestici: dalla partecipazione, o *due process*, all'obbligo di concludere il procedimento entro un tempo predeterminato; dal sindacato sulla corrispondenza della decisione al fine pubblico, alla riduzione degli oneri amministrativi gravanti sui cittadini e sulle imprese". Per un approccio critico al diritto amministrativo globale, definito da Benvenisti il diritto della *global governance*, ma che forse, condivisibilmente, non sembra "sufficiente a rispondere agli innumerevoli quesiti posti dalla formazione di uno spazio giuridico globale; donde la necessità di integrare tra loro le diverse letture dei fenomeni in corso, superando ogni barriera di tipo disciplinare", cfr. il contributo di L. CASINI, *A proposito di "The law of global governance" di Eyal Benvenisti. Einbahnstraße? L'immagine giuridica della globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 936 e ID., *Lo Stato nell'era di google*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 1111, dove l'a. ricostruisce, dopo aver evidenziato la trasformazione epocale cui stiamo assistendo per via dell'innovazione tecnologica, come cambia oggi lo Stato, per effetto della globalizzazione e delle nuove tecnologie. Cfr., sulla regolazione del settore, il contributo di L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazioni elettroniche*, Milano, 2008. Inoltre, in relazione all'affermazione delle politiche di liberalizzazione in Europa e alla progressiva recessività del potere autorizzatorio nel contesto dell'integrazione giuridica europea, si veda N. GULLO, *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, Napoli, 2018.

<sup>5</sup> Del resto, un recente studio ha dimostrato la circostanza per la quale non sempre il processo di globalizzazione si risolve in una *deminutio* di potere per gli Stati, anzi, la *Federal Reserve* e il Tesoro degli Stati Uniti non sembra abbiano registrato un declino di potere, come rileva L. ANTONINI, *Globalizzazione e nuove sfide del costituzionalismo*, cit., spec. p. 321. È noto che l'Unione europea deve oggi affrontare nuove e più insidiose sfide: la sicurezza alimentare a livello mondiale (la produzione di alimenti dovrà raddoppiare per alimentare una popolazione mondiale di nove miliardi di persone nel 2050); i cambiamenti climatici e la gestione sostenibile delle risorse naturali; la tutela delle campagne nell'Ue e il mantenimento in vita dell'economia rurale. Infatti, l'Unione europea ha 500 milioni di consumatori, che richiedono tutti un regolare approvvigionamento di alimenti sani e nutrienti a prezzi accessibili (cfr. [www.politicheagricole.it](http://www.politicheagricole.it)).

<sup>6</sup> Il mercato dei prodotti alimentari può dirsi senz'altro globalizzato: si pongono tuttavia importanti questioni relative alla sicurezza degli stessi in un mondo sempre più senza "confini". Sicché il compito di conciliare le esigenze di liberalizzazione del commercio con quelle di tutela della salute viene affidato, a livello internazionale, all'accordo sull'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie (SPS *Agreement*), nell'ambito dei trattati istitutivi del WTO, con il coinvolgimento di altre organizzazioni internazionali: WTO, FAO e WHO.

<sup>7</sup> L'articolo 35 del Tfu vieta le misure nazionali di restrizione all'esportazione. A norma dell'articolo 36 del Tfu, gli Stati membri possono adottare misure giustificate da "motivi di tutela

razione sempre più forte tra i Paesi produttori di cibo e interventi collettivi per garantire che i mercati siano operativi e venga consentito l'accesso per tutti ad informazioni tempestive che riducano l'incertezza e consentano a produttori, trasformatori, filiere, commercianti e consumatori di operare in maniera consapevole e contenere il panico riducendo i danni sul mercato globalizzato<sup>8</sup>. Pur

della salute e della vita delle persone". Queste misure individuali devono rispettare il principio di proporzionalità, ossia devono essere appropriate, necessarie e proporzionate al raggiungimento del predetto obiettivo, assicurando una fornitura adeguata alle persone che ne hanno più bisogno. Tuttavia il semplice divieto di esportazione non rispetta il requisito giuridico della proporzionalità, poichè tale misura non garantisce che i prodotti arrivino alle persone che ne hanno più bisogno, così come sembra confliggere con il principio di proporzionalità la previsione di misure prive di un ambito di applicazione chiaramente individuato e dettato da bisogni concreti, senza una solida motivazione. Al contrario, sembrano essere misure adeguate e proporzionate quelle volte a disciplinare i mercati interessati, con meccanismi adeguati per convogliare i beni essenziali laddove sono più necessari e provvedimenti atti a calmierare i prezzi dei dispositivi di protezione. Per un approfondimento sul principio di proporzionalità cfr. D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità (dir. amm.)*, in *Treccani.it*, 2012. Il principio – che è stato “importato” nell'ordinamento italiano tramite il diritto europeo dalla tradizione giuridica tedesca, – ha avuto un vero e proprio effetto di “spill-over”, tipico dei principi generali del diritto Ue e nel nostro ordinamento è stato infine accolto in virtù della previsione di cui all'art. 1, co. 1 della l. n. 241/90, come modificata nel 2005. Si può riassumere nella formula per la quale “le limitazioni alla libertà individuale non debbono mai superare la misura di quanto appaia assolutamente necessario al raggiungimento dell'obiettivo di pubblico interesse perseguito dall'autorità”. Va, però, per ragioni di completezza, citata quella dottrina risalente al 1955, che ha individuato più precisamente il campo di applicazione della proporzionalità unicamente in presenza “di un interesse generale che può venire soddisfatto unicamente per il tramite di un intervento lesivo nella sfera privata del singolo” (R. VON KRAUSS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Hamburg, 1955, 94 ss.). Sul principio di proporzionalità cfr., inoltre, N. EMILIOU, *The principle of Proportionality in European Law*, London, 1996; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; ID., *Il principio di proporzionalità*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, Collana «Le Fonti del Diritto Italiano», Milano, 2017, II ed., p. 149; ID., *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, M. Renna, F. Saitta, a cura di, Milano, 2012, p. 389; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, II ed., Baden-Baden, 2005, p. 694; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010.

<sup>8</sup> Cfr., per una dettagliata previsione dell'impatto economico sull'economia europea, l'All. 1 – Impatto economico della pandemia di Covid-19 – alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo, del 13 marzo 2020, COM (2020)112 final, in *ec.europa.eu*. L'analisi della Commissione distingue tra una serie di canali di trasmissione attraverso i quali il Covid-19 inciderà sull'economia europea: *in primis* lo shock risultante dalla contrazione iniziale della Cina nel primo trimestre 2020, *in secundis* lo shock sul versante dell'offerta per l'economia europea e mondiale risultante dall'interruzione delle catene di approvvigionamento e dalle assenze dal posto di lavoro; in terzo luogo lo shock sul versante della domanda per l'economia europea e mondiale causato dalla minore domanda dei consumatori e dall'impatto negativo che l'incertezza

in presenza di inevitabili chiusure motivate da ragioni sanitarie assai gravi al fine di combattere la pandemia, risulta infatti più che mai necessario ridurre –d’altro canto- al minimo l’impatto potenziale sull’approvvigionamento alimentare o le conseguenze indesiderate sul commercio globale e sulla sicurezza alimentare, posto che i Paesi dovrebbero garantire che qualsiasi misura relativa al commercio non causi interruzioni lungo la filiera alimentare, ostacolando la circolazione dei lavoratori dell’industria agricola e alimentare e prolungando i ritardi alle frontiere per i *containers* alimentari, con il conseguente deterioramento dei prodotti deperibili e l’aumento degli sprechi alimentari. In materia va ricordato che, al fine di consentire un parziale ristoro per gli agricoltori che hanno subito e subiranno presumibilmente ingenti danni in conseguenza della pandemia, il c.d. decreto “rilancio” – d.l. 19 maggio 2020, n. 34 convertito in legge 17 luglio 2020, n. 77 recante “Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19” – ha stanziato un cospicuo fondo emergenziale a tutela delle filiere in crisi<sup>9</sup>.

Preliminarmente, invero, una delle caratteristiche che si può individuare

---

ha sui piani di investimento, infine l’impatto dei problemi di liquidità per le imprese. Infatti: “Si stima che la crisi del COVID-19 avrà un fortissimo impatto economico negativo sull’UE e sulla zona euro. Secondo le stime, l’impatto diretto tramite l’insieme dei canali citati ridurrà la crescita del PIL reale nel 2020 di 2,5 punti percentuali rispetto allo scenario senza pandemia. Poiché secondo le previsioni la crescita del PIL reale nell’UE nel 2020 sarebbe stata dell’1,4 %, ne consegue che nel 2020 potrebbe scendere a poco più del -1 % del PIL, con un recupero sostanziale ma non completo nel 2021”.

<sup>9</sup> Secondo quanto disposto nelle norme di cui all’art. 222, denominato “*Disposizioni a sostegno delle filiere agricole, della pesca e dell’acquacoltura a favore delle filiere in crisi del settore zootecnico*”, è istituito, nello stato di previsione del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, un fondo denominato “Fondo emergenziale per le filiere in crisi”, con una dotazione di 90 milioni di euro per l’anno 2020, finalizzato all’erogazione di aiuti diretti e alla definizione di misure di sostegno all’ammasso privato e al settore zootecnico. È inoltre riconosciuto l’esonero straordinario dal versamento dei contributi previdenziali e assistenziali a carico dei datori di lavoro, dovuti per il periodo dal 1° gennaio 2020 al 30 giugno 2020. A ciò si aggiunga che, al fine di aumentare il livello di sostenibilità economica, sociale e ambientale delle filiere agroalimentari, consentendo altresì una maggiore integrazione e una migliore e più equa distribuzione del valore lungo la catena di approvvigionamento attraverso l’utilizzo delle nuove tecnologie emergenti, viene concesso alle imprese agricole e agroalimentari un contributo a fondo perduto, nel limite massimo di 100.000 euro e dell’80 per cento delle spese ammissibili, per il finanziamento di iniziative finalizzate allo sviluppo di processi produttivi innovativi e dell’agricoltura di precisione o alla tracciabilità dei prodotti con tecnologie *blockchain*, nei limiti previsti dalla normativa europea in materia di aiuti *de minimis*. Gli aiuti di cui all’art. 222 sono comunque definiti nel rispetto delle disposizioni stabilite dal regolamento (Ue) 2019/316 della Commissione, del 21 febbraio 2019, che modifica il regolamento (Ue) n. 1408/2013 relativo all’applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli aiuti “*de minimis*” nel settore agricolo, nonché di quanto previsto dalla comunicazione della Commissione europea C(2020) 1863 *final*, del 19 marzo 2020, recante “Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del COVID-19” e successive modificazioni e integrazioni.

in relazione ai più recenti sviluppi del diritto alimentare riguarda la formazione progressiva di un diritto *deteritorializzato*, atteso che la globalizzazione dell'economia e la progressiva fuoriuscita dei mercati dal controllo delle politiche degli Stati sovrani sembra abbia concorso ad “erodere i paradigmi formativi degli ordinamenti giuridici come si sono consolidati nello sviluppo delle società industriali”<sup>10</sup>. Del resto, gli scambi economici per la loro intima natura “e per inesauribile ricerca del profitto, non conoscono i vincoli della territorialità”<sup>11</sup>, di modo che il moderno capitalismo sembra superare sovente i confini nazionali, per l'acquisto di materie prime, macchinari, innovazione tecnologica o anche soltanto per servirsi del credito straniero. Eppure, proprio in ragione del processo di globalizzazione dei mercati non si può non valutare, a fronte di una maggiore apertura, il rischio per i prodotti che si contraddistinguono per l'appartenenza al territorio nazionale e che fondano la loro specialità su un elemento di localizzazione forte<sup>12</sup>, configurandosi in tal modo una nuova istanza di tutela *globale* per un prodotto che invece si caratterizza per esser prettamente *locale*. È vero anche, d'altra parte, che il processo di globalizzazione, in qualche modo imputato di essere tra le concause della rapida diffusione della pandemia, potrebbe subire – con la sospensione di Schengen dal 17 marzo 2020 per trenta giorni e la chiusura delle frontiere nazionali – un inevitabile rallentamento, suscettibile di riverberarsi anche sulla commercializzazione dei prodotti tipici, da un lato maggiormente “protetti”, ma dall'altro orfani di quella fetta di turisti stranieri assai protesi ad acquistare prodotti di qualità. E quindi, ben si comprende come, con queste premesse, possa assumere un ruolo di coordinamento ancor più determinante il livello europeo, posto che occorrerà regolamentare il commercio con regole omogenee per tutti i Paesi dell'Ue, – e tra questi ultimi e quelli extra Ue – assicurando ad esempio il regolare traffico di merci tramite le “*green lanes*”, o corsie preferenziali, identificate con i valichi di frontiere interne principali.

Cionondimeno, i principi e la normativa – con il ruolo di supporto non

<sup>10</sup> A. JANNARELLI, *Dall'età delle regole all'età dei principi ed oltre? Problemi e paradossi del diritto post-moderno*, in *Giust. civ.*, 2014, 4, p. 1052.

<sup>11</sup> Per una preziosa riflessione più generale sui vincoli di territorialità cfr. il contributo di N. IRITI, *Norma e luoghi, Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2000, p. 9.

<sup>12</sup> Cfr. C. C. CARLI, voce *Indicazione di provenienza e denominazioni d'origine. Ordinamento comunitario*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1999, p. 83. Infatti, la globalizzazione dell'economia non si traduce soltanto in globalizzazione dei mercati, ma anche in globalizzazione dei fattori produttivi, e quindi in una deteritorializzazione – oltre che in una dematerializzazione – dell'economia; i prodotti tipici si fondano invece su un elemento di localizzazione forte, sul quale le denominazioni che denotano l'origine di questi prodotti pongono l'accento. Tuttavia, ciò determina l'esigenza di una tutela che operi non soltanto nei Paesi di origine dei prodotti tipici (e delle relative denominazioni), ma anche sugli altri mercati nei quali questi prodotti vengono esportati. Cfr. sul punto C. GALLI, *Globalizzazione dell'economia e tutela delle denominazioni di origine dei prodotti agro-alimentari*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, p. 60.

trascurabile della giurisprudenza – che regolano, ormai da tempo, la materia, almeno dall’inizio del nuovo millennio, sembrano aver concorso a definire infine, con l’eccezione di alcuni circoscritti àmbiti che, come si vedrà, ancora attendono tutela, un quadro giuridico perlopiù completo e stabile, dove le norme in materia alimentare assumono la forma di un vero e proprio sistema di diritto “ordinato secondo i principi fondanti, oltre che declinato in regole di uniforme e diffusa applicazione”<sup>13</sup>.

Se poi si possa parlare più nello specifico di un diritto amministrativo dell’alimentazione, – posto che i principi ordinatori della disciplina, così come la legislazione e l’Autorità per la sicurezza alimentare appartengono sicuramente all’area pubblicistica<sup>14</sup>, – è problema che è stato sollevato e risolto da una parte della dottrina in senso positivo<sup>15</sup>. La rilevanza particolare del diritto amministrativo nel settore alimentare viene infatti testimoniata anche dalla numerosissima serie di autorizzazioni, certificazioni, controlli e altri atti amministrativi – oltre che dai principi pubblicistici – comunque volti ad assicurare la sicurezza alimentare e l’informazione ai consumatori.

Si tratta dunque di un sistema di normazione multilivello, sviluppatosi a partire dagli anni ’60 del secolo scorso, dove o il livello internazionale o quello europeo sono deputati a dettare principi generali e *standards* comuni, per la tutela della salute e dell’ambiente e per il commercio internazionale dei prodotti alimentari (si pensi al quadro di regole internazionali fornito dal *Codex alimentarius*). A livello europeo si possono annoverare ormai numerose direttive – in particolare regolamenti – per mezzo dei quali si tende ad istituire *standards* di tutela omogenei per tutti gli Stati membri dell’Unione.

È proprio la previsione di medesimi livelli di tutela in tutta Europa che consente di evitare distorsioni alla concorrenza, considerato che le ragioni di

---

<sup>13</sup> Così F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, cit. Tuttavia, va precisato che l’alimentazione non viene neanche menzionata nel Trattato sull’Unione europea, potendosi farla rientrare nella materia agricoltura, considerato che l’art. 43 viene sovente indicato come base giuridica in diversi regolamenti comunitari in materia di alimentazione (reg. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti alimentari, reg. 178/2002 sulla sicurezza degli alimenti, ecc.). Cfr. sull’evoluzione della politica alimentare europea e sulle competenze, A. GERMANÒ, M. P. RAGIONIERI, E. ROOK BASILE, *Diritto agroalimentare. Le regole del mercato degli alimenti e dell’informazione alimentare*, Torino, 2019, p. 13.

<sup>14</sup> Sembra voler evidenziare i molteplici profili pubblicistici della materia S. CASSESE, *La nuova disciplina alimentare*, in ID.; a cura di, *Per una autorità nazionale della sicurezza alimentare*, Milano 2002. Sullo stesso argomento cfr. A. MALTONI, *Sicurezza alimentare*, in S. CASSESE, diretto da, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 5545; N. LONGOBARDI, *A proposito di autorità italiana per la sicurezza alimentare fra disciplina europea e interventi normativi nazionali*, in [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), n. 4, 2009.

<sup>15</sup> “Certamente la materia non solo ha un oggetto specifico ma ha un consistente apparato normativo, propri soggetti, tipi di contratti, procedimenti. Si sostiene anche che abbia propri principi, in particolare quello di precauzione, ma si tratta di un principio che non è nato dal diritto dell’alimentazione ma vi è stato semplicemente applicato”; cfr. su ciò G. ROSSI, *Diritto dell’ambiente e diritto dell’alimentazione*, in *RQDA*, n. 1, 2015.

sicurezza per la tutela degli alimenti, dell'ambiente<sup>16</sup> e della salute umana spesso risultano in contrasto con il principio della libera circolazione delle merci.

<sup>16</sup> Sul diritto ambientale la letteratura è amplissima; senza alcuna pretesa di esaustività si vedano A. ANGIULI, *La tutela dell'ambiente tra Stato, Regioni ed associazioni naturalistiche. Profili processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, p. 55 e ID., *Premesse per uno studio sui "grandi spazi funzionali". Il regime giuridico del parco*, in *Dir. econ.*, 1997, p. 63; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Valutazione d'impatto ambientale e garanzie giustiziali*, in *Sanità pubbl.*, 1989, p. 301; ID., *Tutela dell'ambiente e beni pubblici. Provocazioni per uno studio sul dominio ambientale eminente*, in *Scritti Predieri*, I, 1996, p. 311; ID., *La fase istruttoria nei procedimenti amministrativi di tutela preventiva dell'ambiente*, in V. Parisio, a cura di, *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali. Profili amministrativistici*, Milano, 2009, p. 49; ID., *Tutela amministrativa dell'ambiente e rimedi giustiziali*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, F. Saitta, N. Saitta e A. Tigano, a cura di, Napoli, 2018, vol. I, p. 403; F. G. SCOCA, *Osservazioni sugli strumenti giuridici di tutela dell'ambiente*, in *Dir. soc.*, 1993, p. 399; G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti Predieri*, II, Milano, 1996, p. 1112; G. CAIA, *I compiti tutela ambientale nello Stato delle autonomie (tra intervento comunitario e modelli differenziati dell'organizzazione amministrativa)*, in *Scritti Guarino*, I, Padova 1998, p. 375; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 216; M. CALABRÒ, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, 2004; ID., *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni*, in *Dir. e società*, 2016, p. 807; P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, II ed., Padova, 2011; ID., *Modelli organizzativi per la tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, p. 957; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005; ID., *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 163; D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE, *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006; R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella società del rischio*, in *Dir. società*, 2006, p. 507; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007; A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2008; M. MAZZAMUTO, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, p. 1571; L. COSTATO, F. PELLIZER, *Commentario breve al Codice dell'ambiente*, II ed., Milano, 2012; G. ROSSI, a cura di, *Diritto dell'ambiente*, IV ed., Torino, 2017; N. LUGARESI, *Diritto dell'ambiente*, VI ed., Milano, 2020. In particolare, sul diritto ambientale comunitario cfr.: R. ROMI, *L'Europe et la protection juridique de l'environnement*, Nantes, 1993; S. CASSESE (sotto la direzione di), *Diritto ambientale comunitario*, Milano, 1995; A. KISS, D. SHELTON, *Manual of European Environmental Law*, Cambridge, 1997; J. JANS, *European Environmental Law*, 2000; N. DE SADELEER, *Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, 2002; L. KRÄMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, 2002; ID., *E.C. Environmental Law, London*, 2006; P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004; A. BONOMO, *Europa e ambiente: profili pubblicistici*, in *La tutela multilivello dell'ambiente*, F. Gabriele, A.M. Nico, a cura di, Bari, 2005, p. 101; G. COCCO, A. MARZANATI, R. PUPILELLA, *Ambiente. Il sistema organizzativo ed i principi fondamentali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, M. P. Chiti, G. Greco, a cura di, parte speciale, tomo I, Milano, 2007, p. 157; A. GRASSO, A. MARZANATI A. RUSSO, *Ambiente. Articolazioni di settore e normativa di riferimento*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, M. P. Chiti, G. Greco, a cura di, cit., p. 273; M. RENNA, *Ambiente e territorio nell'ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, p. 649; M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Paris, 2011; A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, Paris, 2011; J.H. JANS, H.H.B. VEDDER, *European Environmental Law. After Lisbon*, 4<sup>th</sup> ed., 2012, Groningen; A. BORZI, G. CARLOTTI, *Ambiente*, in *Manuale di diritto amministrativo*, G. Carloti, A. Clini, a cura di, Rimini, 2014, p. 377; G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, III ed., Torino, 2017.

Al livello di diritto nazionale, invece, gli àmbiti decisionali si vanno riducendo, considerato che il settore è completamente centralizzato e sembra che l'unico compito del legislatore nazionale sia quello del mero recepimento delle direttive e dei principi europei: questo profilo verrà probabilmente ancor più enfatizzato nel prossimo periodo per il ruolo determinante della Commissione europea, ma anche del legislatore europeo, nel coordinamento della reazione alla crisi e a tutela del valore (sempre pregnante) della concorrenza, che rischia una seria compromissione a séguito delle misure di chiusura adottate dagli Stati membri in virtù della pandemia. In questo senso vanno infatti le conclusioni assunte nell'àmbito del Parlamento europeo<sup>17</sup> dove si profilano maggiori poteri di intervento per l'Ue in caso di minacce sanitarie transfrontaliere, considerato che si ritiene che le istituzioni dovrebbero anche avere il potere di agire quando si presentino tali eventi, consentendo loro di coordinare senza indugio la risposta a livello europeo e di indirizzare al meglio le risorse necessarie, siano esse materiali come maschere, respiratori e medicinali, ma anche aiuti finanziari<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Esiti della votazione in sessione Plenaria del Parlamento europeo su emergenza Covid-19, in data 17 aprile 2020. I deputati hanno adottato misure aggiuntive per permettere che i fondi Ue siano disponibili immediatamente e con una flessibilità eccezionale per combattere la pandemia Covid-19. Nella sessione plenaria straordinaria il Parlamento europeo ha approvato, con 671 voti favorevoli, 10 contrari e 15 astensioni, con procedura d'urgenza il pacchetto "Iniziativa d'investimento in risposta al coronavirus *Plus*" (CRII+), proposto dalla Commissione europea il 2 aprile scorso. In tal modo le misure adottate consentiranno agli Stati membri di trasferire risorse tra i tre principali fondi di coesione (il Fondo europeo di sviluppo regionale, il Fondo sociale europeo e il Fondo di coesione). In via eccezionale, sarà possibile finanziare pienamente i programmi della politica di coesione relativi a Covid-19 attraverso il 100% dei finanziamenti dell'Ue a partire dal 1° luglio 2020 e fino al 30 giugno 2021. Sicché il Consiglio dovrà approvare formalmente la posizione del Parlamento e le misure adottate entreranno in vigore una volta pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Quanto al Pacchetto di investimenti per sostenere l'economia europea dopo la crisi Covid-19, che comprenda obbligazioni garantite dal bilancio dell'Ue (*Recovery Bond*), in una risoluzione non legislativa adottata lo stesso 17 aprile con 395 voti a favore, 171 contrari e 128 astensioni, il Parlamento accoglie con favore le misure fiscali e il sostegno alla liquidità dell'Ue per affrontare la pandemia.

<sup>18</sup> Per questo occorre una soluzione unitaria a livello europeo e sembra che la risposta dei capi di Stato o di Governo si sia concretizzata in un impegno in tal senso e, nelle conclusioni del Presidente del Consiglio europeo al termine della videoconferenza del 10 marzo 2020, hanno dato incarico alla Commissione europea di centralizzare l'analisi dei bisogni e di presentare iniziative per prevenire le carenze. In particolare, deve essere garantito il corretto funzionamento del mercato interno e occorre evitare tutti gli ostacoli ingiustificati, massime per quanto riguarda le mascherine e i ventilatori. Cfr. All. 2 – Misure nazionali relative ai prodotti e dispositivi medici e ai dispositivi di protezione individuale alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo, del 13 marzo 2020, COM (2020)112 *final*, cit. In questa direzione, la Commissione – indispensabile centro di coordinamento di informazioni e di azioni – ha già organizzato una procedura di gara per i dispositivi di protezione individuale per 20 Stati membri nel quadro dell'accordo di aggiudicazione congiunta lanciato il 28 febbraio 2020 e, in funzione delle disponibilità sul

Quanto agli incerti confini della materia “alimentazione”, essa appare nella nostra Costituzione soltanto nel 2001, a séguito della riforma del titolo V della Costituzione, posto che l’art. 117 elenca, tra le materie di competenza concorrente tra Stato e Regioni, anche l’alimentazione. Va però osservato come, dopo l’emanazione del regolamento n. 178 del 2002, la materia dell’alimentazione sembra potersi considerare – sotto il profilo della sicurezza e della genuinità del cibo – “avocata a sé dall’Unione”<sup>19</sup>, esautorando di fatto il legislatore nazionale dalla fissazione di principi giuridicamente rilevanti in materia e consentendo alle regioni la produzione di norme di dettaglio nell’ambito della cornice offerta dalla normativa europea<sup>20</sup>, tanto che secondo parte della dottrina che autorevolmente se ne è occupata, si potrebbe trattare di una “ricostruzione della materia fortemente eurocentrica”<sup>21</sup>.

Va però ricordato che nel processo evolutivo che ha condotto all’attuale assetto del diritto alimentare la *ratio* dell’intervento normativo risulta sostanzialmente mutata, risultando evidente che “l’interesse originario alla base della giuridificazione del settore alimentare è di tipo economico e coincide con la creazione e promozione del mercato europeo”<sup>22</sup>; per questo motivo le prime direttive comunitarie avevano come scopo essenzialmente la liberalizzazione del settore, mentre gli altri obiettivi, a carattere più marcatamente sociale, sono stati recepiti nel nostro ordinamento soltanto a fine anni settanta, come l’obbligo di etichettatura, la tutela delle eccellenze alimentari, l’obbligo dell’autocontrollo per gli operatori in base ai principi dell’*Hazard Analysis and Critical Control Points* (HACCP), in linea con il Libro bianco del 2000<sup>23</sup>. Al contrario, tra le caratteristiche che si potevano registrare in uno stadio embrionale di sviluppo del settore, vi era una evidente valorizzazione della fase repressiva penale, mentre sembrava

---

mercato e delle relazioni degli Stati membri, potrebbe bandire un’ulteriore gara congiunta. Inoltre, insieme con gli Stati membri e l’Agenzia europea per i medicinali, la Commissione ha istituito un gruppo direttivo esecutivo per monitorare potenziali carenze di farmaci dovute al Covid-19. In terzo luogo, la Commissione sta analizzando i bisogni e le capacità di produzione necessari in Europa, con l’obiettivo di assicurare che i dispositivi protettivi e i farmaci siano disponibili dove sono più necessari.

<sup>19</sup> L’espressione è riferibile a A. GERMANÒ, M. P. RAGIONIERI, E. ROOK BASILE, *Diritto agroalimentare. Le regole del mercato degli alimenti e dell’informazione alimentare*, cit., p. 16.

<sup>20</sup> Per queste considerazioni cfr. C. LOSAVIO, *Confini e contenuti della materia alimentazione*, cit. spec. p. 660. Sicché se la materia alimentazione coincidesse con l’ambito di applicazione del regolamento, non sarebbe consentito alcuno spazio di manovra al legislatore statale, perché questi non farebbe altro che “ripetere i principi fondamentali già espressi dalla Comunità”. Così A. GERMANÒ, *Corso di diritto agroalimentare*, Torino, 2007, p. 27.

<sup>21</sup> Cfr. per questa tesi P. BORGHI, *Diritto alimentare italiano e integrazione europea*, spec. pp. 33-34.

<sup>22</sup> Così M. RAMAJOLI, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 657.

<sup>23</sup> Sull’evoluzione del diritto agroalimentare e sulle relazioni tra questo e la disciplina dell’ambiente cfr. G.A. PRIMERANO, *Ambiente e diritto agroalimentare. Organizzazione, regolazione e controlli*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 617.

del tutto carente la prospettiva della prevenzione e dell'autoresponsabilità degli operatori<sup>24</sup>.

Il settore alimentare riveste, come è noto, per l'economia italiana un ruolo trainante e centrale, il cibo è un elemento essenziale non soltanto per le fisiologiche funzioni di sopravvivenza, – Dante definiva l'alimento quale “sostanza contenente vari principi nutritivi suscettibili di essere utilizzati dagli organismi viventi”<sup>25</sup>, per cui si può designare come “alimentare” ciò che serve al nutrimento – ma anche come fattore per la formazione delle identità collettive. Pertanto risulta particolarmente urgente la predisposizione di un'efficace legislazione preposta alla sua tutela: si pensi alla necessità primaria della protezione della salute dei consumatori, costituzionalmente protetta, all'esigenza di tutela della concorrenza e, d'altro canto, all'altrettanto urgente protezione dei prodotti nazionali, considerate le numerose imitazioni da parte di prodotti stranieri che si fregiano dell'*italian sounding*<sup>26</sup>.

Malgrado il nostro Paese sia tradizionalmente riconosciuto tra quelli dove meglio risulta radicata la cultura enogastronomica, tuttavia una vera e propria formazione culturale applicabile ai prodotti agroalimentari ha preso le mosse soltanto grazie al recepimento del diritto comunitario alla fine del ventesimo secolo; più in particolare il nuovo “diritto alimentare” sembra aver acquisito un suo autonomo rilievo, soprattutto a seguito dell'emanazione del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002, n. 178, che enuncia i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare<sup>27</sup>, fissando procedure che la garantiscano.

<sup>24</sup> Secondo l'impostazione di M. RAMAJOLI, *Dalla food safety alla food security e ritorno*, in *Amministrare*, 2015, p. 271.

<sup>25</sup> Cfr. sul punto M. MONTANARI, *Le forme e l'abbondanza. Storia dell'alimentazione in Europa*, Roma-Bari, 1994, pp. 74-75. Infatti sembra potersi concordare sul fatto che lo stesso tema dell'enucleazione del bene giuridico alimentare venga posto “dalla considerazione dell'oggettivo bisogno umano di alimentarsi, ossia di sostenere la propria esistenza fisica attraverso la periodica assimilazione di cose potabili/commestibili, quali porzioni del mondo esterno, allo stato liquido e solido esistenti come tali, in natura, nel mondo minerale, vegetale e animale, ovvero quale risultato della prodromica manipolazione umana, più o meno complessa”. Così A. BELLIZZI DI SAN LORENZO, *Il bene giuridico alimentare*, in *Dir. agroalim.*, n. 3, 2017, p. 447.

<sup>26</sup> V'è tuttavia una sostanziale differenza tra prodotti contraffatti, che possono essere perseguiti con adeguati strumenti di tutela, e prodotti che utilizzano l'*italian sounding*. Un prodotto è tale in virtù “o dell'utilizzo di espressioni lessicali che rimandano all'italianità, o in forza di una particolare struttura fisica (*packaging*, design, forma, colori e la loro combinazione) che induca la clientela a ritenerlo un prodotto *Made in Italy*”. Così, A. BRANDONISIO, *Il fenomeno dell'Italian Sounding e la tutela dell'agroalimentare italiano*, in *Cultura e diritti*, 2019, p. 101. Sta di fatto che una statistica attendibile dimostra che sugli scaffali dei mercati esteri due “*made in Italy*” su tre sono falsi.

<sup>27</sup> L'*European food safety authority* (Efsa), a sua volta, è “dotata di personalità giuridica, beneficia dei privilegi e delle immunità spettanti alle istituzioni europee (art. 46, reg. 2002/178/Ce), gode di una sostanziale autonomia finanziaria... e dispone del potere di regolamentare la propria attività”. Così F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e Stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare*, II parte,

In particolare, il regolamento ha il merito di aver introdotto diciotto anni or sono per la prima volta il principio di precauzione in campo agroalimentare, valorizzandolo come principio guida dell'intero settore.

Come sottolineato dalla dottrina<sup>28</sup>, a séguito delle reiterate crisi alimentari degli anni '90 si era determinata in Europa – che vedeva la PAC sempre meno idonea a garantire la produzione di generi alimentari agricoli in sicurezza – la necessità di una regolamentazione uniforme delle fasi di produzione nella filiera alimentare, volta a darle disciplina prevedendo gli effetti sulla salute dei consumatori e sulla libera concorrenza.

Proprio questa necessità ha comportato lo spostamento doveroso del piano di regolamentazione a livello europeo, in virtù della indiscussa priorità da assegnare alla tematica della sicurezza degli alimenti, non perseguibile evidentemente su un piano meramente nazionale. Del resto, anche le esigenze di tutela della concorrenza, oltre a quelle di tutela dei consumatori, che può ritenersi siano ancor più rilevanti, paiono essere meglio tutelate da una regolamentazione omogenea a livello europeo: ciò appare ancor più richiesto dall'attuale lotta alla pandemia.

Eppure, nonostante l'evidente tendenza a centralizzare progressivamente le decisioni in materia di alimentazione a livello europeo, si deve osservare che, come si cercherà di dimostrare più avanti, sembra si stia affermando un utilizzo di strumenti nazionali, segnatamente delle etichette alimentari "a semaforo", che – sebbene paiano del tutto scevri da intenti protezionistici ed apparentemente utilizzati a meri fini informativi e salutistici, – potrebbero, se non opportunamente regolamentati, indurre l'effetto di penalizzare gli altri Stati membri dell'Unione, favorendo invece le produzioni nazionali. Ciò potrebbe anche tradursi in un ostacolo ingiustificato all'immissione in taluni Stati membri di prodotti di altri Stati, potendosi in tal modo configurare in sostanza una violazione dei trattati e, in particolare, del principio di libera concorrenza<sup>29</sup>.

Risulta evidente da queste prime considerazioni che la difficoltà affrontata dal legislatore europeo non era di poco conto, posto che le norme del regolamento numero 178 debbono consentire la convivenza del principio di precau-

---

in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, p. 61. Secondo l'interessante proposta dell'a. si potrebbe articolare la strategia precauzionale sostanzialmente in tre fasi: valutazione del rischio (*risk assessment*), gestione del rischio (*risk management*) e comunicazione. La sede dell'Autorità è a Parma, per scelta del Governo, che ha trascurato la (motivata) candidatura di Foggia.

<sup>28</sup> Cfr. in proposito le riflessioni assai utili di I. CANFORA, *Il principio di precauzione nella governance della sicurezza alimentare: rapporti tra fonti in un sistema multilivello*, in *Riv. dir. agrario*, 2017, p. 447.

<sup>29</sup> Non va sottaciuta, tuttavia, la circostanza per la quale le prime direttive comunitarie emanate in campo alimentare avevano come scopo pressoché esclusivo proprio la liberalizzazione del commercio intracomunitario – in ossequio al ruolo primario ricoperto dal principio di concorrenza – essendo soltanto in séguito emersi nell'esperienza giuridica altri scopi più marcatamente sociali e sostanziali, come la tutela della salute e degli interessi dei consumatori.

zione a tutela della salute dei consumatori e della sicurezza alimentare con il principio di libera circolazione delle merci, in questo caso degli alimenti, a dir poco merci assai singolari considerato che vengono ingerite dal consumatore: nella situazione attuale e nella reazione alla crisi provocata dalla pandemia, com'è noto, l'approccio precauzionale sembra essere particolarmente valorizzato, costituendo l'unica via possibile alla luce della quale poter condurre la produzione, la trasformazione e la commercializzazione degli alimenti, anche perché si possa ripristinare la fiducia dei consumatori.

Lo scopo di questa ricerca vuol essere pertanto quello di individuare i caratteri peculiari della regolamentazione amministrativa sugli alimenti – recentemente assurta, nell'opinione condivisa quasi unanimemente dalla dottrina, a settore autonomo del diritto – caratteri che comportano risvolti e problematiche che meritano almeno un breve approfondimento, così come le tendenze e le prospettive future della disciplina, anche nella sfida posta dal processo di globalizzazione e dal Covid-19, nonché a seguito delle nuove istanze emerse in sede internazionale ed europea presenti in special modo in Agenda 2030 e nell'approvazione del *Green new deal* da parte della Commissione europea. Non si trascuri che, forse per la prima volta, in attuazione del “movimento” europeo verso il diritto all'alimentazione, il legislatore nazionale ha di recente previsto investimenti cospicui nel settore con la legge di bilancio 2020, n. 160 del 27 dicembre 2019<sup>30</sup>.

## 2. *I caratteri peculiari del diritto alimentare*

Oltre ai principi giuridici<sup>31</sup> più noti che regolano la legislazione alimentare, sui quali ci soffermeremo in questa ricerca, si possono individuare alcune caratteristiche proprie del settore che consentono una conoscenza più approfondita della materia, dei suoi risvolti problematici e delle prospettive future, permettendo in tal guisa di segnalare le carenze che ancora possono riscontrarsi nel pur (quasi) esaustivo quadro giuridico dell'organizzazione amministrativa della tutela degli alimenti anzitutto nazionale e fornendo infine spunti utili per la ricerca delle possibili vie percorribili dal nuovo diritto alimentare cui sembra doversi affidare l'arduo compito di rispondere alle istanze di tutela giuridica provenienti dalla

---

<sup>30</sup> Legge 27 dicembre 2019, n. 160 recante il “Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022”. Sono previsti infatti investimenti pubblici *green* in quantità maggiore e l'ambiente viene finalmente collocato al centro di politiche pubbliche ed investimenti infrastrutturali.

<sup>31</sup> Tra i principi elencati espressamente nella normativa quadro sull'alimentazione, ossia nel regolamento comunitario n. 178 del 2002, possono annoverarsi la precauzione (art. 7), la tutela dei consumatori (art. 8), mentre nella sezione seconda trova luogo il principio di trasparenza, articolato nella consultazione e nell'informazione dei cittadini (artt. 9 e 10).

società globalizzata, da un lato, e dalla necessità di reagire alla crisi ingenerata dalla pandemia, dall'altro.

Viceversa, quanto ai principi giuridici che regolano il settore dell'alimentazione, si può dire che inizialmente vigevano regole implicite non codificate, basate sulla convenienza comune ad una Comunità sempre più allargata di rispettare determinate prassi consuetudinarie nell'approccio con il problema della genuinità del cibo: si è trattato, in fondo, dell'esperienza di adattamento dell'uomo e dei suoi particolari interessi all'ambiente, al fine di provvedere alle operazioni tipiche dell'atto di alimentarsi. Più da vicino, l'agricoltura<sup>32</sup>, intesa come complesso di attività volte a produrre frutti raccolti nelle campagne per l'alimentazione umana, può certamente dirsi attività umana molto risalente. Da ultimo, pare che si possa intravedere un sistema ordinato di norme e principi generali, tanto più necessari in considerazione del fatto che il settore dell'alimentazione – come già accennato – sembra esposto più di altri agli effetti dei mutamenti economico-sociali, tecnologici ed ambientali, dunque il ruolo di una costruzione esplicita di principi ordinatori e di norme di dettaglio sembra ancor più centrale<sup>33</sup>. Sicché, pur avviatasi soltanto di recente la normazione qualitativamente e quantitativamente adeguata per la regolazione dei fenomeni legati al settore agroalimentare, sembra che si possano ormai individuare caratteri e principi peculiari del diritto alimentare, che può altresì vantare una cospicua giurisprudenza tanto della Corte di giustizia, che delle Corti nazionali.

Si può a questo punto concordare con quella dottrina che ha evidenziato come la *giuridificazione* del settore alimentare – intesa come sottoposizione di una serie di attività umane, in precedenza considerate libere, “a regole formali, sia quanto a fonte, sia quanto a contenuto prescrittivo”<sup>34</sup> – debba il suo successo nell'effettività essenzialmente all'opera del legislatore europeo ed, in particolare, alle norme contenute nel regolamento n. 178, considerato la base per così dire costituzionale del diritto alimentare europeo, che tende a ricondurre finalmente a sistema quella che si presentava come una normazione frammentaria e disorganica<sup>35</sup>.

Tuttavia, una volta messa a sistema la disciplina di una legislazione sull'a-

<sup>32</sup> V. sull'argomento A. JANNARELLI, *Cibo e diritti. Per un'agricoltura sostenibile*, Torino, 2015, p. 160.

<sup>33</sup> Cfr. S. MASINI, *Alla ricerca dei principi del diritto alimentare*, in *Dir. agroalim.*, 2016, p. 125.

<sup>34</sup> G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *La storia “giuridificata”*, in *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012.

<sup>35</sup> Per una preziosa illustrazione dell'evoluzione del diritto alimentare cfr. la ricerca di M. RAMAJOLI, *La giuridificazione del settore alimentare*, cit. Secondo l'a. il processo di giuridificazione del settore in commento non è stato semplice, né può dirsi concluso, tuttavia si può rilevare che esso si è basato su differenti ordini di ragioni: sanitarie, economiche, sociali e ambientali, interessi dunque “generalisti, non solo molto differenziati, ma anche potenzialmente, quasi ontologicamente, in contrasto tra loro”. Questa è – come vedremo – la caratteristica costante del diritto alimentare.

limentazione – che si differenzia rispetto alle altre “materie” limitrofe, regolate in gran parte dal diritto amministrativo, ossia la tutela della salute e quella della concorrenza, ma anche dell’ambiente e dell’agricoltura – vengono subito in evidenza i limiti di una soltanto supposta autonomia. Infatti, l’apparente “autonomia” conquistata dalla disciplina del c.d. diritto alimentare, ad avviso di chi scrive, non può costituire un risultato sul quale assestarsi; al contrario, pur dovendosi riconoscere e valorizzare il diritto dell’alimentazione come materia a sé, va più opportunamente adottato un approccio di indagine *olistico* dei settori dell’alimentazione, dell’ambiente e della cultura, al fine di assicurare un’autentica ed effettiva tutela nei rispettivi àmbiti.

In questa prospettiva, anzi, la dottrina ha da ultimo evidenziato la circostanza per la quale dal legame tra la natura ed i suoi prodotti si possa addirittura giungere – sotto il profilo storico ed antropologico – ad istituire dei veri e propri “musei legati al cibo”<sup>36</sup>, considerato che, dalle disposizioni di legge concernenti la definizione di museo, esso viene delineato “come nozione in gran parte atipica, che ammette varie accezioni e plurime sfaccettature”<sup>37</sup> e che nulla esclude che il cibo possa essere ricondotto alla nozione di cui all’art. 2 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 – di “bene culturale”<sup>38</sup>. I musei legati al cibo, tra l’altro, oltre ad

<sup>36</sup> V. sul punto il contributo di P. M. VIPIANA, *Musei legati al cibo: introduzione ad uno studio giuridico*, in *Il Dir. dell’econ.*, n. 1/2018, pp. 143-156. Cfr., inoltre, sullo stesso tema M. BROCCA, *Cibo e cultura: nuove prospettive giuridiche*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 19/2017, p. 21.

<sup>37</sup> P. M. VIPIANA, *Musei legati al cibo: introduzione ad uno studio giuridico*, cit. Secondo l’a. la definizione di museo offerta ai sensi dell’art. 101 del d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 appare assai ampia e indefinita (“istituto e luogo della cultura, struttura permanente che acquisisce, conserva, ordina ed espone beni culturali per finalità di educazione e studio”), mentre sarebbe più puntuale e aggiornata quella rinvenibile nell’art. 35 – in particolare al primo comma – del d.p.c.m. 29 agosto 2014, n. 171 recante il regolamento di organizzazione del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo (successivamente modificato): “I musei sono istituzioni permanenti, senza scopo di lucro, al servizio della società e del suo sviluppo. Sono aperti al pubblico e compiono ricerche che riguardano le testimonianze materiali e immateriali dell’umanità e del suo ambiente; le acquisiscono, le conservano, le comunicano e le espongono a fini di studio, educazione e diletto”.

<sup>38</sup> I beni culturali come identificati dal codice sono “quelle cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze materiali aventi valore di civiltà”. Sul punto cfr. A. MITROTTI, “*Col tocai non si sbaglia mai*” quando il vino è espressione di cultura identitaria, in [www.rivistadga.it](http://www.rivistadga.it), n. 1, 2019. In questa prospettiva, infatti, l’A. ritiene possa ascriversi l’ancor recente c.d. testo unico del vino, ossia la legge del 12 dicembre 2016, n. 238, dove si riconosce il vino prodotto della vite, la vite e i territori viticoli come patrimonio culturale nazionale, nella misura in cui il vino, la vite ed i territori viticoli risultano essere espressione inscindibile del frutto del lavoro, delle competenze, delle conoscenze, delle pratiche e delle tradizioni dell’uomo: sicché può ben sostenersi che il legislatore statale abbia, da un lato, individuato il vino, la vite ed i territori vitivinicoli come beni materiali d’interesse culturale e, dall’altro lato, l’insieme delle competenze, delle conoscenze, delle pratiche e delle stesse tradizioni dell’uomo afferenti al mondo vitivinicolo come un bene di tipo immateriale del patrimonio culturale della Nazione italiana.

evidenti interessi privati, presentano una serie di finalità di carattere pubblico, quali la migliore conoscenza dei profili storici e nutrizionistici del cibo, nonché del legame tra il cibo preso di volta in volta in considerazione e il territorio<sup>39</sup>. Pertanto la valorizzazione dei prodotti enogastronomici di una determinata località sembra funzionale allo scopo di consentire un afflusso turistico – per lo più destagionalizzato – in quel luogo, assicurando in tal modo anche la rispondenza ai canoni del turismo sostenibile<sup>40</sup>, promosso nell’ambito di Agenda 2030<sup>41</sup> come obiettivo prioritario da raggiungere nel prossimo decennio e che, a séguito della grave crisi sanitaria ed economica provocata dal Covid-19, sembra ormai il tipo di turismo da privilegiare nelle prossime stagioni.

Tornando invece alla disamina di quelli che costituiscono i caratteri peculiari del settore giuridico dedicato all’alimentazione, si possono evidenziare anzitutto

---

<sup>39</sup> Secondo l’impostazione di P. M. VIPIANA, *Musei legati al cibo: introduzione ad uno studio giuridico*, cit., spec. p. 144.

<sup>40</sup> Sul turismo sostenibile cfr. P. M. VIPIANA, *Diritto pubblico del turismo*, Pisa, 2017, spec. p. 45, dove si evidenzia la necessità di adeguare le politiche del turismo nazionali ai nuovi imperativi del turismo sostenibile, proposti sin dal 1988 dall’Organizzazione mondiale del turismo, organismo rilevante secondo il quale lo sviluppo si può ritenere sostenibile se va incontro ai turisti senza compromettere tuttavia le aree ospitanti, proteggendo allo stesso tempo le opportunità per il futuro e preservando l’integrità culturale, gli equilibri fondamentali della natura, la biodiversità e il sostegno al miglioramento della qualità della vita.

Al fine di delineare un quadro di riferimento internazionale sull’impegno ambientale nel turismo, in occasione della Conferenza mondiale di Lanzarote nel 1995 sul turismo sostenibile, nasce la Carta di Lanzarote sul turismo sostenibile. Nel 2002, a Città del Capo, duecentottanta rappresentanti di tutti i settori del turismo provenienti da venti Paesi, hanno dunque partecipato alla Conferenza sul turismo responsabile nelle destinazioni.

Un altro documento rilevante è la Dichiarazione di Montreal (2006) “Per una visione umanistica e sociale del turismo”, cui ha fatto séguito la Dichiarazione di Davos (2007) che ha proposto una serie di misure per arginare i cambiamenti climatici originati (anche) dal turismo. Infine, si segnala la CETS, Carta europea per il turismo sostenibile nelle aree protette, che costituisce uno strumento metodologico, costituito da certificazione, che permette una migliore gestione delle aree protette (la Carta è del 1999, ma è stata aggiornata nel 2007 e nel 2010). Cfr. per questi profili internazionali L. ANDRIOLA, M. JORIZZO, R. ANDRIOLA, *Le politiche ambientali e gli strumenti operativi per un turismo sostenibile*, in *Gazzetta Ambiente*, 2018, p. 115.

<sup>41</sup> Includendo il turismo tra i suoi obiettivi, l’Agenda 2030 ne riconosce l’influsso globale e sospinge affinché venga ribaltato il rapporto tra turismo e ambiente, inizialmente configurato in termini di potenziale dannosità del primo sul secondo, per addivenire ad un nuovo e virtuoso rapporto, dove il turismo ha ricadute positive sulle comunità locali. Proprio nella prospettiva di promuovere la crescita economica senza però dimenticare la pressante variabile del clima, l’Assemblea generale dell’Onu aveva dichiarato il 2017 anno internazionale del turismo sostenibile. In virtù di ciò, per la particolare rilevanza “trasversale” che il turismo ha in molteplici settori, il turismo sostenibile è stato inserito tra i 17 obiettivi di sviluppo sostenibile da raggiungere entro il 2030, in particolare nell’ambito degli obiettivi 8, 12 e 14 dell’Agenda Onu.

È dunque chiaro che può ritenersi l’inammissibilità di uno sviluppo turistico che trascuri l’equità e l’inclusività sociale, i valori culturali e la diversità.

la peculiarità del *profilo oggettivo*, quindi la *trasversalità* delle disposizioni in materia alimentare, in virtù della stretta interconnessione con altri settori come ambiente, agricoltura e salute, ancora la *complessità* della materia alimentare, anche per la crescita disordinata e disomogenea della normativa, infine la centralità del principio di *precauzione* e il ruolo preponderante dell'*innovazione tecnologica* sempre più rapida nel campo alimentare<sup>42</sup>.

In relazione al profilo oggettivo del diritto alimentare, è assai evidente che il prodotto alimentare si caratterizza per essere, da un lato, oggetto di commercio e, dall'altro, destinato ad essere ingerito dal consumatore<sup>43</sup>, al pari dei medicinali<sup>44</sup>, che tuttavia vengono assunti solo eccezionalmente e non con la frequenza dei prodotti alimentari.

La stessa necessità di distinguere la materia alimentazione da quella della salute è stata più volte messa in dubbio dalla dottrina<sup>45</sup>, le ragioni di tutela della salute essendo state considerate assorbenti rispetto alla disciplina dell'alimentazione: tuttavia questa impostazione ad avviso di chi scrive non sembra condivisibile poiché la prospettiva del diritto alla salute non è esaustiva, vi sono infatti dei profili importanti del diritto alimentare che esulano da quest'ultima ricostruzione, come quelli riguardanti il commercio e la libertà di circolazione delle merci.

Il carattere della *complessità* riguarda invece un duplice profilo: da un lato si può registrare la nascita del tutto casuale e progressiva della normativa in campo alimentare, che ha dunque determinato una congerie assai varia di norme che man mano si affastellavano, almeno sino al regolamento generale n. 178 del 2002. Tuttavia, si può parlare di complessità anche in relazione alle procedure: si pensi all'autorizzazione per l'immissione in commercio dei *novel foods*, a quella per gli organismi geneticamente modificati e alla registrazione dei marchi di qualità. Segnatamente, queste ultime procedure paiono essere le più interessanti,

---

<sup>42</sup> Cfr. L. COSTATO, *Innovazione tecnologica, agricoltura e alimentazione: una sfida risalente*, Editoriale, in [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), n. 2, 2019. L'a. afferma a proposito della centralità dell'innovazione tecnologica in agricoltura che "appare certo che la Rivoluzione tecnologica inciderà poderosamente sull'agricoltura, come ha già, in parte, fatto, con l'introduzione di macchine fin dal XIX secolo; nel prossimo futuro probabilmente nelle grandi pianure si avranno coltivazioni ottenute senza alcun intervento umano, salvo, forse, qualche verifica delle automazioni installate; ma anche nei terreni ondulati si potranno coltivare, sempre automaticamente, piante adatte ad interventi di sistemi intelligenti e privi di "pilota".

<sup>43</sup> L. COSTATO, *I principi fondanti il diritto alimentare*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 2007, p. 6.

<sup>44</sup> Per la definizione giuridica di medicinale, v. art. 1 d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219 (c.d. codice dei medicinali, che attua la direttiva 2001/83/CE del 6.11.2001, "recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano"). Cfr., per un interessante contributo sulla dispensazione dei farmaci – o medicinali nelle norme di legge – come funzionale alla realizzazione di uno degli aspetti preminenti del diritto alla salute, P. LOGROSCINO, M. SALERNO, *La distribuzione dei farmaci tra libertà economiche e tutela della salute*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), aprile, 2019.

<sup>45</sup> Il riferimento è all'impostazione di F. ALBISINNI, *Alimenti e salute: la prospettiva del diritto agroalimentare*, in *Riv. dir. agr.*, I, 2014, p. 449.

posto che per risolvere il profilo di un'evidente complessità sul piano del procedimento hanno subito varie riforme negli anni. Invero, il procedimento volto ad ottenere la registrazione del marchio di qualità – la denominazione d'origine protetta<sup>46</sup>, l'indicazione geografica protetta o la specialità tradizionale garantita –

---

<sup>46</sup> La sentenza Corte di giustizia Ue 2 maggio 2019, in causa C-614/17, *Queso Manchego*. Con sentenza del 2 maggio 2019, la IV Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata a definizione della causa C-614/17, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta ai sensi dell'art. 267 Tfu, dal Tribunal Supremo (Corte Suprema di Spagna), con decisione del 19 ottobre 2017, nel procedimento *Fundación Consejo Regulador de la Denominación de Origen Protegida Queso Manchego c. Industrial Quesera Cuquerella SL* (di seguito la «IQC») e *Juan Ramón Cuquerella Montagud*. In virtù della recente pronuncia sono stati esplicitati, da parte della Corte di giustizia, principi di diritto in base ai quali: a) l'evocazione di una denominazione registrata può derivare dall'uso di segni figurativi; b) l'utilizzo di segni figurativi che evocano l'area geografica alla quale è collegata una denominazione d'origine può costituire un'evocazione della medesima anche nel caso in cui i suddetti segni figurativi siano utilizzati da un produttore stabilito in tale regione, ma i cui prodotti, simili o comparabili a quelli protetti da tale denominazione d'origine, non siano protetti da quest'ultima; c) la nozione di consumatore medio normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, alla cui percezione deve fare riferimento il giudice nazionale per determinare se si sia perfezionata la fattispecie di evocazione, deve intendersi riferita ad un consumatore europeo, compreso un consumatore dello Stato membro in cui si fabbrica e si consuma maggiormente il prodotto che dà luogo all'evocazione della denominazione protetta o a cui tale denominazione è associata geograficamente. Di recente, per la stessa impostazione rigorosa sui segni evocativi, cfr., anche se trattasi di materia che esula dalle dop e igr, il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm), datato 20 dicembre 2019, che ha stabilito una sanzione di un milione di euro a carico della catena di supermercati Lidl per avere indotto gli acquirenti in errore sulle caratteristiche e sull'origine della pasta venduta con i marchi «*Italiano*» e «*Combino*». Lidl avrebbe enfatizzato l'italianità del prodotto, attraverso scritte e figure poste in evidenza sulle confezioni, senza affiancare indicazioni di pari rilievo grafico relative alla provenienza del grano duro di origine italiana e straniera.

Tuttavia, sottolinea l'Agcm che numerosi studi e ricerche, condotti anche per conto della Commissione europea, hanno evidenziato come i consumatori italiani attribuiscono, ben più del consumatore medio europeo, un grande rilievo all'informazione sull'origine del prodotto alimentare e delle materie prime, anche per ragioni legate al tema della sicurezza alimentare. Infatti, l'origine del prodotto alimentare è la variabile di scelta più frequentemente considerata dagli italiani al momento dell'acquisto del cibo (è indicata dal 62% dei consumatori italiani, contro il 53% della media Ue) e che ha un'importanza ben superiore al prezzo (cfr. *Food safety in the EU, Special Eurobarometer Wave EB91.3*, Giugno 2019). Secondo una recente indagine Ismea, l'origine italiana del prodotto rassicura i consumatori, che la percepiscono come garanzia di qualità, di bontà del prodotto e di rispetto di standard di sicurezza alimentare (Ismea, Indagine sull'etichettatura di origine dei prodotti agro-alimentari, Gennaio 2019. L'Indagine è stata presentata il 13 marzo 2019 nel corso di una audizione presso l'Ufficio di Presidenza della Commissione Agricoltura del Senato (cfr. [www.senato.it](http://www.senato.it)). In questo senso la Corte di giustizia ha ribadito che obiettivo del Regolamento n. 1169/2011 consiste nel garantire un elevato livello di protezione dei consumatori in materia di informazioni sugli alimenti tenendo conto delle differenze di percezione dei consumatori stessi (Corte di giustizia 12 novembre 2019, causa C – 363/18, paragrafo 52). Come ritenuto dalla Corte di giustizia «Ai fini della valutazione dell'idoneità di un'etichettatura a indurre in errore l'acquirente, il giudice nazionale deve basarsi essenzialmente sull'aspettativa presunta, in riferimento a

per la particolare caratteristica di svolgersi in parte a livello europeo e in parte a livello nazionale può agevolmente annoverarsi nella categoria dei procedimenti amministrativi definiti composti<sup>47</sup>. La complessità, invero, è rinvenibile proprio nello specifico carattere che contraddistingue i procedimenti amministrativi composti<sup>48</sup>, ossia l'intreccio assai particolare che ivi si evidenzia tra tecnica e

---

detta etichettatura, di un consumatore medio normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto circa l'origine, la provenienza e la qualità del prodotto alimentare, essendo essenziale che il consumatore non sia indotto in errore e portato a considerare, erroneamente, che il prodotto abbia un'origine, una provenienza o una qualità diverse da quelle che ha realmente (v., in tal senso, sentenza Severi, C-446/07, punto 61 e giurisprudenza ivi citata e sentenza della Corte del 4 giugno 2015, causa C-195/14, *Teekanne*, punto 36). Da ultimo, ancora, nello stesso senso il Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 febbraio 2019, n. 1167 (Amica chips s.p.a. c. Autorità garante della concorrenza e del mercato) afferma che risulta oggettivamente ingannevole la pubblicità in merito alla quantità di olio di oliva utilizzato per friggere, atteso che la presenza di olio di oliva è enfatizzata in modo evidente sulla parte della confezione frontale che per prima quindi salta all'attenzione del consumatore.

<sup>47</sup> Ha osservato L.R. PERFETTI, *Principi della disciplina pubblicistica dell'alimentazione. Premesse ad un diritto amministrativo dell'alimentazione*, in *Riv. dir. agr.*, 2014, spec. p. 1, l'organizzazione pubblica dell'alimentazione si caratterizza, dal punto di vista procedimentale, per la presenza di numerosi procedimenti composti.

<sup>48</sup> I procedimenti composti rappresentano il risvolto procedurale di quella che viene comunemente detta "coamministrazione", o *shared administration*, modello particolare di procedimento amministrativo europeo. Per un prezioso approfondimento sulla nascita ed evoluzione del diritto amministrativo europeo cfr. A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa: l'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2018. Invece, sull'argomento specifico della coamministrazione, cfr. C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993; ID., *La Commissione delle comunità europee e le amministrazioni nazionali: dalla ausiliarità alla coamministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, p. 669. La coamministrazione, in particolare, secondo parte della dottrina, piuttosto che una terza categoria di amministrazione europea sembra prevedere "la coordination des deux types d'administration, directe et indirecte" (J. Ziller, *Introduction: les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administrative européen*, in J-B AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007, p. 235). In particolare, la differenza fra l'amministrazione indiretta e la coamministrazione risiede nel fatto che, seppur in entrambe l'autorità europea si avvale dell'amministrazione nazionale per il perseguimento di finalità ed obiettivi europei, nella prima vi è un'autorità interna che esercita un'attività per conto di un'istituzione dell'Unione europea, mentre nella seconda vi è un soggetto nazionale al quale viene assegnato in modo formale e obbligatorio il compito di svolgere in proprio una determinata attività, necessaria e indispensabile per lo svolgimento di una funzione comunitaria.

Sono, invece, definibili come procedimenti composti, secondo la dottrina più autorevole, "i procedimenti nei quali, in forme diverse, concorrono la Commissione e le amministrazioni nazionali, con esclusione, quindi, di quelli dove gli Stati sono coinvolti come meri destinatari dell'azione comunitaria", così S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, spec. p. 43 e ID., *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, p. 1135. Cfr. inoltre G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea*, in F. Bignami, S. Cassese, *Il procedimento amministrativo europeo*, *Quaderno n. 1*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, Milano, 2004, p. 307; M. VERONELLI, *Procedimenti composti*

politica, atteso che proprio la particolare caratteristica della suddivisione in fasi decisionali ed operative differenti richiama momenti in cui è prevalente il profilo tecnico (o l'autorità che rappresenta funzioni tecniche) o quello più marcatamente politico (si pensi alla funzione della Commissione)<sup>49</sup>.

In realtà, primi regolamenti del 2006 in materia presentavano procedure di registrazione assai complicate ed eccessivamente lunghe; ma con la seconda generazione di regolamenti su dop e igp sembra sia stato intrapreso dal legislatore europeo un nuovo percorso normativo volto a semplificare e ridurre i termini per la registrazione, oltre che a rendere finalmente effettiva la protezione offerta ai prodotti di qualità, nei confronti di prodotti simili provenienti da altri Paesi.

La stretta collaborazione tra i diversi livelli di governo, nazionale ed europeo, risulta infatti necessaria per assicurare la protezione dei due interessi coinvolti dal procedimento volto ad ottenere la registrazione dei marchi, garantendo al contempo un'efficace tutela del consumatore, da un lato, ed un incremento della libera circolazione dei prodotti, dall'altro. Ciò che viene in rilievo e che sembra oggetto di tutela è infatti la posizione del consumatore di alimenti, che appare doppiamente debole: egli, infatti, non solo riveste la qualifica di consumatore, ma intrattiene relazioni negoziali diseguali aventi ad oggetto l'alimento, ossia un bene destinato ad essere ingerito e di conseguenza idoneo, laddove insicuro, ad incidere sulla sua stessa salute<sup>50</sup> e, in tal modo, la protezione offerta dall'ordinamento viene realizzata attraverso la possibilità di registrare una determinata denominazione, previa verifica dei requisiti, che comporta a sua volta il rispetto di uno specifico disciplinare.

---

*e problemi di tutela giurisdizionale*, in *Procedimenti amministrativi dell'Unione europea. Un'indagine*, G. Della Cananea, M. Gnes, a cura di, Torino, 2004, spec. p. 59; L. SALTARI, *I procedimenti comunitari composti il caso delle telecomunicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, p. 389; ID., *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007 e ID., *Le amministrazioni europee. I piani d'azione il regime dell'attività*, in *L'amministrazione europea e le sue regole*, L. De Lucia, B. Marchetti, a cura di, Bologna, 2015, p. 119; S. ANTONIAZZI, *Procedimenti amministrativi comunitari composti e principio del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, p. 640; D. DE PRETIS, *Procedimenti amministrativi nazionali e procedimenti amministrativi europei*, in G. Falcon, a cura di, *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, *Atti del seminario di Trento*, 8-9 giugno 2007, Padova, 2008, spec. p. 66; M. P. CHITI, a cura di, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013; B.G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in M.P. Chiti, a cura di, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 336; G. DELLA CANANEA, D.U. GALETTA, *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Napoli, 2016; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, III ed., Torino, 2017; W. GIULIETTI, *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative "composte"*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 327; F. APERIO BELLA, *Procedimenti composti in materia di implementazione della politica agricola comune e garanzie procedurali: il caso Oleificio Borelli riletto alla luce delle Model Rules in materia di decisioni individuali*, in *I procedimenti amministrativi di adjudication dell'Unione europea: principi generali e discipline settoriali*, G. della Cananea, M. Conticelli, a cura di, Torino, 2018, p. 297.

<sup>49</sup> Cfr. W. GIULIETTI, *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative composte*, cit., p. 327.

<sup>50</sup> Così F. GIRINELLI, *La gestione del rischio alimentare: certezze consolidate e prospettive per il futuro*, in *www.rivistadga.it*, n. 5, 2019.

La disciplina dei marchi nella materia alimentare è stata più volte modificata sino a giungere all'assetto odierno che trova la sua fonte normativa nel regolamento numero 1151 del 2012<sup>51</sup>, che mira a semplificare e a snellire le procedure di registrazione, contenuta nella previgente disciplina nei regolamenti n. 509 e n. 510 del 2006.

Il nuovo regolamento sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari risulta parte essenziale del c.d. “pacchetto qualità”, prodotto di un lungo processo promosso dalla Commissione europea con la pubblicazione del libro verde nel 2008. L'obiettivo principale del regolamento sembra coincidere con il conseguimento di un quadro normativo semplificato, con caratteristiche di snellimento delle procedure e del miglioramento dell'efficacia dei controlli<sup>52</sup>. Tra i profili più caratterizzanti la riforma della disciplina delle dop e igr si segnala innanzitutto lo snellimento delle procedure di registrazione: in tale prospettiva va sottolineato il dato per il quale i regimi di qualità esistenti nell'Unione in materia di indicazioni geografiche, specialità tradizionali e indicazioni facoltative di qualità sono riuniti in un unico strumento normativo, attraverso una procedura di registrazione comune, semplificata e abbreviata<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Per considerazioni critiche sul regolamento 1151 del 2012, cfr. F. GENCARELLI, *Un nuovo attore della PAC: il Parlamento europeo*, in *Dir. un. eu.*, 2013, p. 95. Cfr. inoltre G. STRAMBI, *Le novità introdotte dal reg. Ue n. 1151/2012 con riguardo alle denominazioni di origine protette, alle indicazioni geografiche protette, alle specialità tradizionali garantite e alle indicazioni facoltative di qualità*, in *Il nuovo diritto agrario dell'Unione europea: i regolamenti 1169/2011 e 1151/2012 sull'informazione e sui regimi di qualità degli alimenti, e i regolamenti del 17 dicembre 2013 sulla PAC*, A. Germanò, G. Strambi, a cura di, Milano, 2014, spec. p. 21.

<sup>52</sup> Tuttavia, ad una lettura più attenta, il regolamento vigente sembra limitarsi ad apportare poche, talora significative, modificazioni alla disciplina previgente, mentre parte della dottrina rileva addirittura un netto regresso rispetto alle ambizioni iniziali della Commissione e alle indicazioni del libro verde, che lasciavano presupporre una riforma di più ampio respiro.

<sup>53</sup> Nella giurisprudenza della Corte di giustizia è emerso in particolare l'obiettivo di soddisfare l'attesa dei consumatori in materia di qualità e di origine geografica certa, nonché di conseguire, in condizioni di concorrenza uguali, migliori redditi in contropartita di uno sforzo qualitativo reale (Corte di giustizia, 20 maggio 2003, in causa c-469/00 *Revil*, e 20 maggio 2003, in causa c-108/01, consorzio prosciutto di parma). Si deve, inoltre, segnalare la recente sentenza del tribunale dell'Unione europea, 2 febbraio 2017, – in causa t-510/15, Roberto Mengozzi/ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale – sul procedimento per la dichiarazione di nullità del marchio Toscoro, che approfondisce il concetto di evocazione interpretandolo con grande rigore (per quest'ultimo cfr. F. GUALTIERI, S. VACCARI, B. CATIZZONE, *La protezione delle indicazioni geografiche: La nozione di evocazione*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, n. 2, 2017, p. 15). Il marchio posteriore, dunque, secondo la Corte è in grado di evocare la igr Toscano “pur in assenza di un rischio di confusione tra i prodotti in questione, essendo sufficiente che si tratti di prodotti dello stesso tipo le cui denominazioni di vendita presentino una similarità fonetica e visiva dovuta alloro carattere sostanzialmente identico. Le parole Toscano e Toscoro, infatti, sono composte ciascuna di sette lettere e tre sillabe, hanno in comune le prime quattro lettere (Tosc) e la vocale di chiusura o”. Così C. CODUTI, *Indicazioni geografiche e marchi. Note a margine del caso Toscoro*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2017, p. 65. In materia di dop e igr cfr. inoltre la sentenza della Corte di giustizia Ue, sez. II, 20

Segnatamente, in tale nuovo assetto normativo l'esame da parte della Commissione si svolge con una procedura cronologicamente dimezzata: si passa da dodici a sei mesi, così come per il periodo concesso per sollevare obiezioni, che risulta ridotto nella nuova versione<sup>54</sup>. Quanto al procedimento volto ad ottenere la registrazione delle denominazioni di origine protette, indicazioni geografiche protette e specialità tradizionali garantite, esso si articola in due *steps*: nella prima fase, nazionale, si svolge l'iniziativa e la fase della prima istruttoria, mentre nella fase comunitaria si colloca la seconda parte dell'istruttoria – ciò che è tipico dei procedimenti composti – e la decisione finale. Infatti, è possibile fare luogo alla collocazione dei procedimenti di registrazione delle dop e igp nell'ambito della più ampia categoria dei procedimenti composti: essi possono essere classificati tra i procedimenti *bottom up*, che hanno cioè origine a livello nazionale e si concludono con la decisione comunitaria.

L'attenzione manifestata di recente dall'Unione europea per il settore dell'alimentazione e per la sua regolamentazione giuridica ha avuto negli ultimi anni uno sviluppo, quantitativo e qualitativo, sempre più intenso, affinandosi continuamente e pervenendo infine ad un complesso di regolamenti, direttive e principi conati pretoriamente dal Tribunale di primo grado e dalla Corte di giustizia Ue, talvolta importati dal settore della tutela ambientale, come nel caso del principio di precauzione<sup>55</sup>. Del resto, una delle peculiarità che caratterizza in

---

dicembre 2017, in causa c-393/16 *Comité interprofessionnel du vin de Champagne* e l'ordinanza 6 aprile 2017, in causa c-176/16 p, *Proforec*.

<sup>54</sup> In relazione alla necessità di rendere effettiva la protezione offerta ai prodotti di qualità, invece, può inserirsi la disposizione forse più significativa della nuova normativa, e cioè l'art. 13, par. 3, del regolamento n. 1151/2012 che impone ad ogni Stato membro di mettere in atto adeguati interventi amministrativi al fine di prevenire o fermare l'uso improprio delle indicazioni dop e igp; di conseguenza, non risulterà necessaria, come in precedenza, una denuncia di parte affinché sia attivato il processo di protezione in favore di un prodotto riconosciuto a livello comunitario. Cfr., per un commento critico all'art. 13, il contributo di A.M. GUTIÉRREZ, *Infracción de las Denominaciones Geográficas Protegidas a través de conductas evocativas: un apunte crítico*, in [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), ottobre-dicembre 2014. Infatti, nel regime precedentemente vigente, l'esclusione dell'obbligo di tutela *ex officio*, oltre a creare una possibile discriminazione sulla base della nazionalità, scaricava di fatto sulle spalle degli operatori economici interessati l'onere di assumere iniziative giudiziarie per ottenere la cessazione di comportamenti commercialmente sleali, privando la tutela accordata dal regolamento della sua dimensione unitaria e frustrandone così in larga misura le finalità.

<sup>55</sup> Per una introduzione allo studio del principio di precauzione cfr. L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004, 1. L'a. ritiene che il rapido progresso tecnologico degli ultimi decenni abbia "invocato" la necessità di un principio di tal fatta, posto che "la contrapposizione tra i rischi e i benefici derivanti dal progresso scientifico e tecnologico, che accompagna da sempre la naturale aspirazione dell'uomo all'evoluzione delle proprie conoscenze, è apparsa quanto mai evidente negli ultimi anni, sulla base del consolidamento di tendenze di sviluppo tecnologico ed industriale suscettibili non solo di danneggiare l'habitat umano, ma anche di alterare radicalmente l'equilibrio ecologico dell'intero pianeta". La dialettica tra il progresso scientifico ed i rischi per il genere umano, animale e per l'ambiente è definita come paradosso da

modo, si potrebbe forse ritenere, addirittura tipico il diritto alimentare, riguarda la stretta interconnessione del settore in esame con il diritto ambientale, che viene testimoniata per l'appunto dal denominatore comune costituito dal principio di precauzione, principio di carattere preminente emerso nella materia ambientale ben prima che si potessero cominciare a intravedere le basi di un vero e proprio diritto dell'alimentazione.

Seppure in termini assai sintetici si può forse osservare a questo punto che fondamentalmente la *distinzione* tra i principi di prevenzione e precauzione è nella circostanza per la quale mentre il principio di prevenzione comporta la messa in opera di regole e di azioni per anticipare la cautela rispetto a qualunque attività che possa recare pregiudizio all'ambiente, a fronte di un rischio già riscontrato come presente, il principio di precauzione si riferisce invece alle situazioni in cui di un rischio vi sia anche solo un sospetto, con riferimento al quale dunque v'è una incertezza scientifica<sup>56</sup>. Si può anche pensare di disegnare il rapporto tra la prevenzione e la precauzione in termini di dialettica inclusiva ed esclusiva, nel

---

M. SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Milano, 2006, spec. p. 5: "il primo paradosso consiste nel fatto che l'uomo moderno, nello sviluppare strumenti e metodi di conoscenza scientifica sempre più avanzati, ha proporzionalmente maturato altrettanti dubbi ed incertezze, proprio in relazione agli scenari e alle prospettive che tale sviluppo tecnologico gli ha disvelato". Il principio di precauzione viene codificato nell'ambito del codice dell'ambiente, dove ha trovato accoglienza sin dal 2006 nell'ambito circoscritto della disciplina del danno ambientale, in particolare nell'articolo 301, in séguito, in virtù delle modifiche del 2008 è stato dunque inserito nell'ambito dei principi generali. Va detto però che nell'ambito del diritto europeo il principio si era affermato già da qualche lustro. L'art. 3-ter del d. lgs. n. 152 del 2006, rubricato "*Principio dell'azione ambientale*" infatti accoglie il principio di precauzione nella prima parte del codice e recita: «1. La tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio « chi inquina paga » che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale». Per una valida guida all'interpretazione del principio di precauzione cfr. la Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione, 2 febbraio 2000, Com (2000). Cfr. sul tema i contributi di F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005, e ID., *Tra precauzione e ragionevolezza*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2006; E. SESSA, *Profili evolutivi del principio di precauzione alla luce della prassi giudiziaria della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, p. 635; L. BUTTI, *Principio di precauzione, Codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte Costituzionale*, *ivi*, 2006, p. 809; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e qualità dell'azione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1673; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; ID., *Prime considerazioni sul governo del territorio e principio di precauzione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, p. 951; M. ALLENA, *Principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità- prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 2016, p. 411; F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 1495; M. RENNA, *Le misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in *Jus*, 2016, p. 61.

<sup>56</sup> M. GROS, *Les principes de précaution et de prévention*, in *Leçons de droit de l'environnement*, M. Gros (a cura di), Paris 2013, 51.

senso che il principio di precauzione sembra coprire uno spazio operativo più ampio del principio di prevenzione. La precauzione ha, infatti, un «contenuto preventivo che ne costituisce il nocciolo duro» e si discosta dalla prevenzione in ordine alla soglia di valutazione del rischio che, con riferimento alla precauzione, subisce una consistente anticipazione<sup>57</sup>. La tutela anticipata e assai rigorosa trova anzi da ultimo riscontro in una pronuncia del Tribunale Ue, sez. VI, del 19 dicembre 2019, n. 211 dove si è deciso che il principio di precauzione, ormai assunto a principio generale dell'Unione, legittima la Commissione «a limitarsi a dimostrare che sussistono indizi seri e concludenti che consentono ragionevolmente di dubitare del medicinale di cui trattasi o anche dell'esistenza di un rapporto rischio/beneficio favorevole»<sup>58</sup>.

Come è agevole intuire, la gestione del rischio<sup>59</sup> rappresenta la fase più

<sup>57</sup> M. SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, cit. L'analisi del rischio viene descritta da dottrina autorevole come un procedimento volto a prendere delle decisioni in materia alimentare in un contesto di incertezza scientifica: si tratta, invero, di un procedimento amministrativo in cui si rinvergono una fase istruttoria (la valutazione del rischio da parte degli scienziati) ed una fase decisoria (la gestione del rischio affidata alla Commissione europea). Il procedimento è caratterizzato da ampia discrezionalità da parte della Commissione che difatti prende le decisioni in un contesto di incertezza scientifica; tuttavia, «la procedimentalizzazione, da un lato, e la disciplina positiva del principio di precauzione, dall'altro, consentono di evitare che la discrezionalità si trasformi in arbitrio». Così F. GIRINELLI, *La gestione del rischio alimentare: certezze consolidate e prospettive per il futuro*, cit.

<sup>58</sup> Per altre recenti pronunce dei giudici europei sul principio di precauzione v. Corte di giustizia Ue, sez. IX, 19 dicembre 2019, n. 592, Id., sez. I, 14 novembre 2019, n. 445, Id., sez. II, 24 ottobre 2019, n. 212. Cfr., per quanto riguarda una rigorosa interpretazione del principio suddetto nel diritto interno, la recentissima sentenza della Corte di Cassazione, SS.uu. civ., 4 febbraio 2020, n. 2502 che – ribadendo la necessaria applicazione del principio di precauzione negli Stati membri, – prescrive l'obbligo di attuare le misure atte ad impedire il deterioramento dello stato di tutti i corpi idrici superficiali in base anche alla direttiva 2000/60/CE ed all'art. 22, comma 4, del d.lgs. n. 152 del 1999, posto che, in considerazione del «valore preminente dell'interesse tutelato», va privilegiata un'interpretazione «di maggior tutela dell'ambiente anche alle situazioni pregresse ma non ancora definite, sicché sembra non possa mai esser consentita «un'applicazione deteriore, nemmeno ed a maggior ragione quale sanatoria o salvezza di precedenti atti basati su interpretazioni meno restrittive; pertanto, ai fini dell'interpretazione applicativa del criterio del cosiddetto 2L (in base alla quale per l'ubicazione di nuovi impianti per la produzione di energia elettrica, fatta esclusione di quelli del tipo ad acqua fluente, deve essere mantenuto esente da derivazioni un tratto di alveo posto a monte dell'opera di presa e un tratto di alveo posto a valle dell'opera di restituzione degli impianti esistenti, di lunghezza pari almeno al doppio del tratto di alveo compreso tra l'opera di presa e l'opera di restituzione degli impianti predetti), occorre tener conto pure delle confluenze nonostante eventuali differenti pareri resi in data anteriore all'adozione delle norme secondarie esplicita in tal senso».

<sup>59</sup> Per un inquadramento dogmatico più ampio, il fondatore della teoria della società del rischio è generalmente identificato in Ulrich Beck, il quale ha teorizzato la possibilità di distinguere all'interno della modernità due fasi: la prima modernità, che coincide con l'affermarsi della c.d. civiltà industriale, caratterizzata dal concetto di Stato-nazione e dal progresso galoppante; e la seconda modernità, che invece è dominata dai fenomeni della globalizzazione e della sottocupa-

complessa del procedimento di analisi ed implica la necessità di coordinare le risultanze della scienza con le necessità dell'economia. Durante la fase di gestione, la Commissione, ente politico per antonomasia, ha il compito di decidere l'*an* ed eventualmente il *quomodo* dell'intervento sul mercato finalizzato ad arginare i focolai di crisi alimentari oppure a prevenire le possibili crisi future.

Invero, laddove il principio di precauzione fosse inteso in maniera incondizionata, - quand'anche in questo specifico momento storico esso sia alla base dell'azione amministrativa e legislativa per la risposta alla pandemia - in assenza di una almeno attendibile costruzione giuridica, esso probabilmente finirebbe per porre nel nulla il principio di libera circolazione delle merci.

Proprio per scongiurare l'eventualità che l'applicazione del principio di precauzione osti perennemente allo sviluppo del mercato, il secondo paragrafo dell'articolo 7 del regolamento numero 178 del 2002 enuncia criteri assai chiari come la proporzionalità delle misure, la temporaneità con l'obbligo di revisione in tempi ragionevoli, previa acquisizione di ulteriori indagini scientifiche che facciano emergere la reale pericolosità e/o innocuità del prodotto.

In questo modo spetta ai poteri pubblici, nell'esercizio della loro discrezionalità tecnica<sup>60</sup>, la valutazione preventiva del rischio nella scelta circa l'opportu-

---

zione, nonché dall'affermazione di rischi globali derivanti dal progresso scientifico. Cfr. U. BECK, *La società del rischio*, Trieste, 2001.

<sup>60</sup> Sulla discrezionalità tecnica - tema ormai classico della dottrina di diritto amministrativo - con riferimento alla sua applicazione nel diritto alimentare, sembra riproporsi con carattere di attualità la controversa distinzione concettuale con l'accertamento tecnico, atto che implica l'utilizzo da parte della p.a. che esegue le operazioni previste dalla legge per un'indagine dei pubblici interessi (ad es., la campionatura del materiale da analizzare nel rispetto del contraddittorio con l'operatore interessato) di criteri attinti dalle scienze esatte, senza margini valutativi o di opinabilità e che, in realtà, appare più frequentemente evocato dalla normativa nazionale e comunitaria, soprattutto sulla genuinità dei prodotti. L'esercizio della discrezionalità tecnica, invece, concerne il momento del giudizio, basato su un'analisi dei fatti, sia pure complessi; tuttavia l'amministrazione non svolge alcuna comparazione tra l'interesse pubblico primario e gli interessi secondari, diversamente da quanto accade nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, che comprende anche il momento della scelta. Cfr., per una definizione di discrezionalità tecnica, come "manifestazione di un giudizio, conseguente ad accertamento di fatto, in cui rileva l'applicazione di criteri e parametri scientifici e tecnici e che viene espresso, non a seguito di una scelta, ma in applicazione di regole di natura tecnica" F.G. SCOCA, E. FOLLIERI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina*, in *Diritto amministrativo*, F.G. Scoca, a cura di, VI ed., Torino, 2019, spec. p. 176. Sull'accentuazione dei caratteri più squisitamente "tecnici" del potere discrezionale, cfr. già A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità nel quando*, Bari, 1988, p. 4. Si vedano inoltre sul tema V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007.

Quanto alla giurisprudenza sul sindacato tecnico-discrezionali prevale nettamente l'opinione secondo la quale il giudice amministrativo, salvo che in sede di giudizio di ottemperanza ad un giudicato, vede preclusa la valutazione diretta dell'interesse pubblico riconducibile all'atto impugnato.

nità di applicare il principio di precauzione adottando restrizioni al commercio ma agendo, oltre che in situazioni emergenziali, anche in tutte quelle occasioni nelle quali si possa configurare un rischio per la salute umana o per l'ambiente, ad esempio nel caso delle verifiche funzionali ad autorizzare l'immissione in circolazione di sostanze o alimenti contenenti organismi geneticamente modificati o i *novel foods*<sup>61</sup>.

Il modello europeo – diversamente da quello statunitense, che per il principio di equivalenza sostanziale, considera gli *ogm* non sostanzialmente diversi dai prodotti convenzionali e ammette limitazioni alla loro produzione e alla circolazione solo in caso di evidenti rischi “conclamati” – può dirsi pervaso dall'adozione del principio di precauzione: la sua applicazione si è tradotta nell'adozione di atti normativi che prevedono per gli alimenti geneticamente modificati “appositi procedimenti di autorizzazione preventiva per la loro immissione in commercio e il rispetto di regole di sicurezza, di salubrità degli alimenti e di tutela dei consumatori, sia con riferimento alla fase della scelta che del consumo degli alimenti”<sup>62</sup>.

### 3. *Principio di precauzione e Sistema rapido di allerta comunitario*

Al principio di precauzione si deve l'adozione di una serie di provvedimenti normativi o amministrativi che perseguono un alto livello di tutela anche al di fuori del settore specificatamente ambientale. Anzi – nella prospettiva di un ampliamento sempre più marcato, volto a conferire maggior rilievo ed efficacia all'applicazione del principio in questione – di recente la dottrina<sup>63</sup>, si è spinta ad

---

Più volte le SS.uu. della Corte di Cassazione (es. sent. n. 2312/2012) hanno rilevato che il sindacato del giudice amministrativo non può spingersi sino ad affermare la “non condivisibilità” da parte del giudice dell'apprezzamento espresso dall'organo amministrativo competente, in quanto ciò provocherebbe un sconfinamento nell'attività riservata a quest'ultima”. Da ultimo, Tar Puglia, Bari, Sez. I, sent. n. 1652/2019 in materia di giudizio di commissione universitaria. Ancora più di recente, cfr. Corte di Cassazione, SS.uu. civ., sent. 20 marzo 2019, n. 7926, che precisa un confine, superando una precedente interpretazione estensiva: «L'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile con il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione: pertanto è inammissibile il ricorso per cassazione contro una sentenza del Consiglio di stato che non investe la sussistenza ed i limiti esterni del potere giurisdizionale del giudice amministrativo, ma solo la legittimità dell'esercizio del potere medesimo». Cfr., infine, poco dopo, nello stesso senso, Cass. SS.uu. civ., sent. 25 marzo 2019, n. 8311.

<sup>61</sup> Cfr. per quest'impostazione il contributo di I. CANFORA, *Il principio di precauzione nella governance della sicurezza alimentare: rapporti tra fonti in un sistema multilivello*, cit., spec. p. 452.

<sup>62</sup> Così N. LUCIFERO, *L'immissione in commercio di alimenti geneticamente modificati*, in [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), n. 2, 2017.

<sup>63</sup> Il riferimento è a M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, cit.

affermare, condivisibilmente, che il principio dovrebbe vincolare non soltanto la pubblica amministrazione, ma anche l'attività dei soggetti privati.

A questo proposito, al fine di assicurare la protezione più ampia ed efficace della salute dei consumatori e della salubrità dell'ambiente, è stato sviluppato un metodo di comunicazioni rapide, – che vede la stretta collaborazione del livello europeo e di quello nazionale – sempre più spesso negli ultimi anni, strumento essenziale per far emergere in tempo reale rischi diretti o indiretti per la salute umana, animale e dell'ambiente, connessi al consumo di alimenti, mangimi e materiali destinati al consumo alimentare.

A tale scopo è stato istituito, sotto forma di rete, il *Sistema rapido di allerta comunitaria* di cui fanno parte la Commissione europea, gli Stati membri dell'Unione e l'Autorità per la sicurezza alimentare. Il sistema di *Allerta rapido* – volto a stabilire un sistema comunitario per lo scambio rapido di informazioni sui pericoli connessi ai prodotti di consumo – fu ideato nel 1979, su proposta del Consiglio europeo, poi sviluppato normativamente nella direttiva n. 92/59/ Cee del Consiglio europeo, relativa alla sicurezza generale dei prodotti, e, successivamente, del regolamento Ce 178/2002<sup>64</sup>, con il quale fu istituito il sistema d'allerta per alimenti e mangimi *Rapid Alert System for Food and Feed* (RASFF).

Il sistema prevede un protocollo assai rigido, che si rivela talvolta defatigante per le aziende alimentari: infatti nel caso in cui, a séguito di un controllo eseguito d'ufficio o su denuncia all'interno del mercato o presso un posto di ispezione frontaliera, nell'ambito di un autocontrollo effettuato da un operatore del settore, o di un reclamo di un consumatore, o di un episodio di infermità derivata dagli alimenti ingeriti, – venga identificato un rischio per la salute correlato ad un determinato prodotto, viene attivato il sistema di *Allerta rapido*, atto a garantire sia la completezza e la presenza in rete delle informazioni che la tempestività della comunicazione tramite apposite procedure operative che, tra l'altro, prevedono schede di notifica standard e l'utilizzo della piattaforma *on line* iRASFF.

Le schede di notifica<sup>65</sup>, trasmesse tramite la piattaforma appena citata,

---

<sup>64</sup> Ai sensi dell'articolo 51 del regolamento n. 178/2002, la Commissione adotta le misure di applicazione dell'articolo 50 del regolamento, in particolare per quanto concerne le condizioni e le procedure specifiche relative alla trasmissione delle notifiche e delle informazioni supplementari. Inoltre, l'articolo 10 del regolamento n. 178/2002 prevede l'obbligo per le autorità pubbliche di informare i cittadini, tra le altre cose, in merito ai rischi per la salute umana. A tal fine la Commissione può predisporre informazioni sintetiche sulle notifiche del RASFF trasmesse o redigere relazioni annuali che evidenzino le tendenze in materia di sicurezza alimentare notificate attraverso il RASFF e l'evoluzione della rete stessa per informare i membri, le parti interessate e i cittadini (*ex art.* 11, reg. n. 16/2011)

<sup>65</sup> Dal 31 gennaio 2011 con l'entrata in vigore del regolamento Ue n. 16/2011 (del 10 gennaio 2011 recante disposizioni di applicazione relative al sistema di allarme rapido per gli alimenti ed i mangimi) è necessario utilizzare i seguenti modelli di notifica predisposti dalla Commissione europea: modello per la trasmissione della notifica (sul mercato e per i respingimenti); modello per

vengono condivise tra i punti di contatto degli Stati membri e la Commissione europea<sup>66</sup> e, nell'ambito dei singoli Stati membri, con le autorità preposte all'effettuazione dei controlli ufficiali<sup>67</sup>. Una volta ricevute le informazioni relative ad un determinato prodotto a rischio, l'autorità competente locale (regione e ASL) provvede a vigilare sull'effettiva attuazione, da parte del produttore e di altri operatori della catena agro-alimentare eventualmente coinvolti, delle misure di ritiro e/o richiamo previste dalla normativa comunitaria per proteggere la salute pubblica. Nei casi più gravi, quando cioè il rischio sia immediato, l'autorità competente può disporre il sequestro, la restrizione o il divieto di immissione sul mercato, di importazione o esportazione di alimenti e mangimi. Nei casi concernenti anche le frodi o le sofisticazioni alimentari, può inoltre essere attivato il Comando carabinieri per la tutela della salute.

Il produttore subisce nella sua azienda accurate ispezioni del servizio di igiene pubblica con gli ufficiali di polizia giudiziaria a sfondo di indagine sanitaria ed igienica ed ha diritto ad una seconda analisi dei prodotti ritenuti causa di danno alla salute. Nel caso di esito delle analisi contrario ai suoi interessi, l'azienda dovrà sospendere sino a nuova disposizione la produzione alimentare che ne caratterizzava la presenza sul mercato, il che coincide spesso con l'uscita definitiva dell'azienda dal mercato.

In relazione allo speciale rapporto che intercorre tra *innovazione tecnologica* e alimenti, sia in relazione alla quantità dell'approvvigionamento, sia per l'aspetto "qualitativo della manipolazione, conservazione e logistica", esso appare del tutto evidente e sembra essersi sviluppato soprattutto a partire dal XIX secolo<sup>68</sup>.

I progressi tecnologici che hanno caratterizzato da ultimo il settore alimentare sono infatti sotto gli occhi di tutti. Mentre in una fase iniziale l'agricoltura si è sviluppata assai lentamente – ci sono voluti secoli perché nei campi si utilizzasse l'aratro a ruota – "oggi, invece, lo sviluppo accelerato delle conoscenze e la novità dei mezzi a disposizione di coloro che producono materie prime alimenta-

---

la trasmissione delle ulteriori informazioni aggiuntive a seguito di indagini svolte; modello per la trasmissione delle informazioni a seguito di indagini svolte con rispeditura del prodotto (Fonte: [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it)).

<sup>66</sup> La Commissione europea ha istituito sul proprio sito uno spazio per la consultazione online delle notifiche. Le autorità competenti dei Paesi membri possono consultare l'elenco delle notifiche trasmesse tramite l'applicativo CIRCABC che consente di scaricare i report settimanali, redatti dalla Commissione (*weekly overview of alert and information notifications*).

<sup>67</sup> Lo scopo è di consentire alle Autorità competenti dei vari Paesi membri di scambiare rapidamente informazioni sui prodotti pericolosi e cooperare ai fini dell'adozione di misure efficaci a tutela della salute pubblica. L'Ufficio 8 della Direzione generale della sicurezza degli alimenti e della nutrizione del Ministero della salute è il punto di contatto italiano per il sistema di allerta comunitario.

<sup>68</sup> Come ricorda F. ALBISINNI, *Scienze della vita, produzione agricola e lawmakers: una relazione incerta*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2018, p. 729.

ri o cibi trasformati causa lo spostamento dell'attenzione sulla *food safety*<sup>69</sup>, che si realizza anche attraverso controlli sempre più stringenti, in quanto soprattutto la sicurezza dell'approvvigionamento alimentare resta comunque il problema forse di più urgente soluzione a livello planetario.

Il contesto economico-sociale è infatti mutato con grande rapidità, sicché si è sviluppata la manipolazione delle materie prime con l'industria alimentare – mentre in precedenza essa si svolgeva pressoché esclusivamente in ambito domestico – così come altrettanto drasticamente sono cambiati i sistemi di distribuzione. Ciò da un lato si è tradotto in una sostanziale marginalizzazione delle scelte compiute dagli agricoltori, che han dovuto subire sistematicamente scelte maturate altrove, d'altro canto, può a ragione ritenersi che proprio l'evoluzione assai rilevante dell'innovazione tecnologica in ambito alimentare, ed in particolare nel settore vinicolo, – “il successo del vino italiano nei mercati mondiali è frutto anzitutto di innovazione tecnologica”<sup>70</sup> – abbia concorso in modo determinante al successo dei prodotti italiani.

In tal modo, l'innovazione tecnologica sempre più rapida costituisce altra, pregnante peculiarità del diritto alimentare del nuovo millennio, posto che il legislatore non può non recepire le esigenze di protezione dei consumatori a fronte di nuovi e sempre più vari tipi di cibo, come i *novel foods*, la cui disciplina è contenuta nel regolamento n. 2283 del 2015, in vigore dal 1° gennaio 2018, dove è disciplinata l'ipotesi di commercializzare anche insetti, innovando pertanto rispetto alla disciplina precedente dei *novel foods* risalente al 1997<sup>71</sup>. Va precisato, per quanto la notizia abbia suscitato perplessità in alcuni Paesi, che l'entomofagia – che prevede il consumo di insetti come proteine – riscuote da tempo l'interesse della Fao per i possibili riflessi positivi sulla *food security* e sull'ambiente. La circostanza riferita sembra voler avvertire che, in mancanza di riforme utili, non sarebbe lontano il momento nel quale tutti dovranno rassegnarsi “a raschiare il fondo del barile”.

Proprio quest'ultimo regolamento, peraltro, sembra corrispondere, più di altri, all'evoluzione assai rapida del settore alimentare; lasciando emergere l'urgenza di interventi legislativi che siano frutto della considerazione delle esigenze di protezione della popolazione dai possibili rischi legati all'entomofagia, ad esempio, e le reali possibilità che si possano integrare la nostra tradizionale dieta

<sup>69</sup> Così L. COSTATO, *Circolazione dei prodotti agro-alimentari e controlli: la ricerca di nuove regole*, Editoriale, in [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), n. 4, 2018.

<sup>70</sup> Così F. ALBISINNI, *Scienze della vita, produzione agricola e lawmakers: una relazione incerta*, cit.

<sup>71</sup> Sul tema cfr. A. VOLPATO, *La riforma del regolamento sui Novel Food: alla ricerca di un impossibile equilibrio?*, in [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), n. 4, 2015, p. 26; G. BONORA, *I Novel Foods nel Reg. (UE) n. 2015/2283 e gli insetti: una possibile evoluzione dei costumi alimentari?*, in [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), n. 1, 2016, p. 42; I. CANFORA, *Alimenti, nuovi alimenti e alimenti tradizionali nel mercato dell'Unione europea dopo il regolamento 2015/2283*, in *Dir. agroaliment.*, 2016, p. 29; V. PAGANIZZA, *Eating Insects: Crunching Legal Clues on Entomophagy*, in [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), n. 1, 2016.

occidentale con le nuove varietà di proteine animali. Il diritto infatti deve essere flessibile e sempre pronto a regolamentare nuovi fenomeni sociali, posto che i profili legati alla dieta si intersecano inevitabilmente con i profili di diritto della salute, costituzionalmente garantito<sup>72</sup>.

Il giurista è chiamato a questo punto al compito di valutare l'impatto che l'innovazione tecnologica in continua evoluzione è destinata a produrre, adattando sollecitamente le categorie giuridiche tradizionali o fornendo interpretazioni in grado di dare risposte esaurienti di fronte a problemi nuovi, emergenti nei rapporti tra compiti dell'amministrazione e diritto alla sicurezza alimentare dei cittadini, che risulta tra le branche più esposte ai venti del cambiamento.

Sicché, proprio le grandi sfide che provengono dal mercato – largamente globalizzato – dell'alimentazione, dall'innovazione tecnologica ormai espressione di sviluppo continuo, dall'intreccio insito nel settore alimentare tra una pluralità di valori di rilievo costituzionale e dalla necessità che ogni scelta in questo campo sia opportunamente bilanciata e considerata, giovano a porre il legislatore nella situazione di necessaria emanazione di nuove risposte normative, proponendo un sistema integrato di strumenti giuridici per la gestione del rischio alimentare. Del resto, la necessità di un sistema integrato di strumenti giuridici di gestione dei rischi alimentari è stata riconosciuta anche dalla giurisprudenza nazionale, sin dalla sentenza della Corte di cassazione n. 15824 del 2014<sup>73</sup>. La Corte, invero,

---

<sup>72</sup> La valutazione dei rischi è stata affidata agli scienziati riuniti nell'Autorità di garanzia per la sicurezza alimentare, ente europeo istituito con il citato regolamento n. 178 del 2002: la legislazione in materia richiede loro l'elaborazione di pareri scientifici in cui siano messi in evidenza, sulla base delle conoscenze scientifiche disponibili, i possibili rischi collegati agli agenti biologici e chimici utilizzati nella preparazione degli alimenti e dei mangimi. Il successivo regolamento n. 2015/2283 ha contribuito alla semplificazione di questa complessa procedura. Infatti la procedura è ormai del tutto centralizzata: il richiedente, colui che intenda immettere in commercio *novel foods*, indirizza la propria domanda direttamente alla Commissione e la valutazione del rischio viene sottratta alle Autorità nazionali per essere invece effettuata dall'Autorità europea per la sicurezza alimentare. Insieme alla domanda di autorizzazione, il richiedente deve produrre la documentazione e le prove scientifiche attestanti che il nuovo prodotto alimentare non presenti rischi associati alla sicurezza per la salute umana.

<sup>73</sup> Cass. sez. II civ. 10 luglio 2014, n. 15824, in *Foro it.*, 2015, I, 1716 e ss., ha ritenuto che «nel settore alimentare, dove la circolazione di merce sicura e sana contribuisce in maniera significativa alla salute e al benessere dei consumatori, l'acquirente di un alimento, operatore professionale e produttore (mediante l'utilizzazione del componente comperato) della sostanza finale destinata al consumo umano, ha l'obbligo – riconducibile al dovere di diligenza, previsto dal secondo comma dell'art. 1227 cod. civ., cui il creditore è tenuto per evitare l'aggravamento del danno indotto dal comportamento inadempiente del debitore – di attenersi al principio di precauzione e di adottare misure proporzionate in funzione delle caratteristiche del prodotto e della sua destinazione, verificando, attraverso controlli di genuinità a campione, prima di ulteriormente impiegarlo quale parte o ingrediente nella preparazione di un alimento poi distribuito su scala industriale, che il componente acquistato risponda ai requisiti di sicurezza previsti e non contenga additivi vietati e pericolosi, senza poter fare esclusivo affidamento sull'osservanza da parte del rivenditore dell'ob-

opera in questa pronuncia un'interessante estensione soggettiva del campo di applicazione della logica precauzionale, giustificata proprio dalla rilevanza degli interessi coinvolti, che consistono in beni giuridici indisponibili, quali la salute umana, la salute animale e la salubrità ambientale.

Dalla pronuncia appena citata emergono due profili degni di menzione: il primo, conforme agli orientamenti normativi e giurisprudenziali vigenti, consiste nell'individuazione dell'estensione dei doveri e delle responsabilità degli operatori del settore alimentare; il secondo, invece, risulta assai innovativo e, consistendo nell'ampliamento del campo di applicazione del principio di precauzione che, tradizionalmente limitato alla sfera di intervento delle pubbliche autorità, viene invece esteso anche nei riguardi dei professionisti privati che operano nelle filiere alimentari<sup>74</sup>. Di conseguenza sembra assai verosimile la progettazione e la realizzazione di filiere alimentari sempre più integrate tra loro, dove gli strumenti di gestione dei rischi alimentari funzionino non come monadi isolate di un sistema disorganico, bensì come mezzi complementari e coordinati, al fine di assicurare il rispetto dei valori fondamentali posti a presidio della salute degli uomini, degli animali, delle piante, dell'ambiente nel senso più ampio del termine.

#### 4. Note sul "nuovo" diritto alimentare

Quanto alle tendenze presenti nel nuovo diritto dell'alimentazione, vi sono sicuramente alcune "parole d'ordine" che (già hanno e) avranno ben presto sempre maggiore impatto nella materia: segnatamente la *sussidiarietà*, la *sostenibilità*, la *food security* ed il nuovo *approccio solidaristico*, la tendenza verso la *semplificazione* dei procedimenti, l'apertura verso la *globalizzazione* dei mercati, da un lato, e verso alcune *istanze protezionistiche*, dall'altro, con conseguente necessità di prevedere maggiori e più severi controlli e *standards* omogenei in tutto il territorio europeo, *massime* a séguito della pandemia in atto.

Su tutte queste istanze sembra tuttavia essere predominante<sup>75</sup> (e trasversale), perché fonte dei maggiori danni alla vita del pianeta in tutte le sue accezioni, l'emergenza climatica, che impone di predisporre gli strumenti atti a combattere gli effetti nefasti del *climate change* sull'agricoltura settore che, viceversa, più di

---

bligo di fornire un prodotto non adulterato né contraffatto, a meno che non abbia ricevuto, prima dell'impiego su scala industriale dell'alimento acquistato, una precisa e circostanziata garanzia».

<sup>74</sup> Così F. GIRINELLI, *La gestione del rischio alimentare: certezze consolidate e prospettive per il futuro*, cit.

<sup>75</sup> Per la centralità del tema dei cambiamenti climatici nelle politiche ambientali cfr. l'ampio studio di M.A. SANDULLI, *Cambiamenti climatici, tutela del suolo e uso responsabile delle risorse idriche*, in *Riv. giur. edilizia*, 2019, p. 291. Sul tema della tutela del suolo cfr. inoltre M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Perequazione urbanistica e risparmi di suolo. Spunti di riflessione*, in *La perequazione delle disuguaglianze tra paesaggio e centri storici*, P. Stella Richter (a cura di), Milano 2018, p. 218 e G. GUZZARDO, *La regolazione multilivello del consumo di suolo e del riuso dell'abitato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2018, p. 119.

altri può fare la differenza e può contribuire in modo determinante anche alla soluzione del problema<sup>76</sup>. In particolare le misure emergenziali riguardano la previsione di sistemi di mitigazione, cioè la determinazione di obiettivi, meccanismi e strategie per la riduzione delle emissioni di gas serra al fine di minimizzare le cause antropiche dei cambiamenti climatici e dell'adattamento<sup>77</sup>, ovvero la definizione di piani, programmi d'azione, misure e strumenti volti ad affrontare le conseguenze negative causate dai cambiamenti climatici, riducendo la vulnerabilità dei socio-ecosistemi, e incrementandone la capacità di risposta.

Sono tuttavia necessarie a tal proposito soluzioni giuridiche innovative e flessibili che consentano l'adattamento del diritto alle nuove problematiche globali, come le pandemie, che richiedono senz'altro la predisposizione di sistemi di produzione e di commercializzazione di alimenti sostenibili e resilienti.

In questo senso sembra muoversi la proposta legislativa della Commissione europea del 2018<sup>78</sup> relativa alla PAC post 2020: essa viene presentata come destinataria di un ruolo di primo piano per incrementare la sostenibilità del settore agricolo, attraverso una serie di strumenti che, contestualmente allo sviluppo sociale delle aree rurali e alla competitività delle aziende agricole, dovrebbero contribuire in maniera più efficiente al raggiungimento degli obiettivi ambientali

---

<sup>76</sup> La Banca Mondiale stima il costo dell'adattamento al cambiamento climatico dell'agricoltura nei Paesi in via di sviluppo da 2,5 a 2,6 miliardi di dollari all'anno tra il 2010 e il 2050, mentre per l'UNFCCC i flussi finanziari supplementari necessari per aumentare la "resilienza" in agricoltura in questi Paesi sarebbero di 14 miliardi di dollari all'anno fino al 2030. È poco probabile che le risorse pubbliche o private da sole siano sufficienti: la sfida pertanto è quella di trovare metodi innovativi di finanziamento.

La FAO ha sviluppato il concetto di "*climate-smart agriculture*", che consente di gestire queste molteplici sfide con mezzi coerenti e integrati.

<sup>77</sup> Come nota M. A. SANDULLI, *Cambiamenti climatici, tutela del suolo e uso responsabile delle risorse idriche*, cit., nell'ambito delle misure di adattamento, è stata approvata la Strategia nazionale di adattamento ai cambiamenti climatici (decreto del Ministero dell'Ambiente del 16 giugno 2015), "volta a definire le azioni e gli indirizzi per fronteggiare gli impatti dei cambiamenti climatici, considerati gli effetti che potranno determinare sulle risorse idriche, sul territorio e sugli ecosistemi. Lo strumento per dare impulso alla Strategia nazionale di adattamento ai cambiamenti climatici è stato individuato nel "Piano nazionale di adattamento ai cambiamenti climatici", il quale, tuttavia, non è stato ancora approvato".

<sup>78</sup> La nuova proposta della Commissione [COM(2018) 392 *final* del 1.6.2018]] stabilisce grande flessibilità tra i diversi pilastri e pertanto entro il 1° agosto 2020 gli Stati membri possono decidere di trasferire fino al 15% degli importi massimali annui per i pagamenti diretti (FEAGA) alla dotazione per lo sviluppo rurale (FEASR) e viceversa. Tale flessibilità tra pilastri è uno strumento facoltativo già previsto nell'attuale programmazione che ha comportato uno spostamento di risorse dai pagamenti diretti allo sviluppo rurale pari a 7,1 milioni di euro e di 3,4 miliardi di euro dal secondo pilastro al primo pilastro, con un effetto netto a favore del FEASR di 3,8 miliardi di euro. L'art. 90 della proposta stabilisce inoltre che la percentuale di risorse trasferite può essere aumentata fino ad un ulteriore 15% a condizione che tali somme vengano destinate ad interventi relativi agli obiettivi ambientali e climatici.

e climatici. Viene a tal proposito valorizzata la funzione indispensabile degli agricoltori come *tutori*<sup>79</sup> e gestori di ecosistemi, degli *habitat* e del paesaggio e la necessità di aumentare l'efficacia degli interventi in questi ambiti. In particolare, tra gli obiettivi prioritari v'è la mitigazione dei cambiamenti climatici e l'adattamento a essi, come pure all'energia sostenibile; la promozione dello sviluppo sostenibile e di un'efficiente gestione delle risorse naturali, come l'acqua, il suolo e l'aria; tutelare la biodiversità, migliorare i servizi ecosistemici e preservare gli *habitat* e i paesaggi<sup>80</sup>. Pertanto, può ritenersi rilevante osservare che, di recente, il 1° giugno 2019, dando seguito alla propria Comunicazione "Il futuro dell'alimentazione e dell'agricoltura"<sup>81</sup>, la Commissione europea ha presentato le proposte legislative per la riforma della Politica agricola comune valida per il periodo 2021-2027<sup>82</sup>. A

---

<sup>79</sup> Sull'etimologia del termine "tutore", in riferimento ai valori tutelati nelle norme di cui all'art. 9 della Costituzione, cfr. l'interessante contributo di F. APERIO BELLA, *La tutela del paesaggio "piega" le regole procedurali. Riflessioni a margine dell'Adunanza Plenaria n. 13/2017*, in *Riv. giur. edilizia*, 2018, p. 1022. Infatti: "Il lemma "tutela", così come "tutore" viene da *tueor, tueris*: "difendo". Il tutore è chi difende e protegge qualcuno o qualcosa. Specificamente, nel linguaggio giudiziario romano e ancora nel nostro, è colui al quale è affidato l'orfano: colui che non ha più padre". L'attribuzione di un titolo storico e di una funzione amministrativa precisa a ciascun agricoltore europeo in disparte ogni valore retorico, sembra finalmente correttamente inquadrare l'operatore del settore agricolo nella più responsabile e ad un tempo più nobile attività, quella di assicurare una produzione alimentare idonea a fronteggiare i bisogni di cibo di tutta l'umanità, senza pregiudicare, anzi difendendo, in qualità di tutore, il terreno, lo strumento della soddisfazione dei bisogni alimentari di base, che deve "produrre" sempre ed essere trasmesso alle generazioni di agricoltori successive.

<sup>80</sup> Viene ribadita la necessità di consolidare il ruolo dell'agricoltura nel perseguimento degli obiettivi dell'Accordo di Parigi e dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, proponendo di dedicare il 40% del bilancio complessivo della PAC (FEAGA e FEASR) ad interventi rilevanti per i cambiamenti climatici e di destinare almeno il 30% di ciascuna dotazione nazionale per gli impegni ambientali. Tali proposte intendono permettere alla PAC di affrontare più efficacemente le sfide attuali e future, quali i cambiamenti climatici o il ricambio generazionale, pur continuando a sostenere gli agricoltori europei per promuovere un settore agricolo sostenibile e competitivo. Sicché la programmazione appena disegnata appare pragmatica, moderna e a lungo termine (infatti il periodo di riferimento è 2021-27), in grado di rispondere alle questioni centrali per i cittadini europei. La Commissione tuttavia propone di ridurre moderatamente, di circa il 5%, i finanziamenti destinati alla PAC, tenendo conto dei minori contributi versati in una futura Unione a 27 (fonte: *europa.eu.int*).

<sup>81</sup> [COM(2017)713], pubblicata il 29 novembre 2017.

<sup>82</sup> Va segnalato che sono previste numerose modifiche e integrazioni ai regolamenti del 2013 ad opera del regolamento Ue 2017/2393 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2017 "che modifica i regolamenti (UE) n. 1305/2013 sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR), (UE) n. 1306/2013 sul finanziamento, sulla gestione e sul monitoraggio della politica agricola comune, (UE) n. 1307/2013 recante norme sui pagamenti diretti agli agricoltori nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, (UE) n. 1308/2013 recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e (UE) n. 652/2014 che fissa le disposizioni per la gestione delle spese relative alla filiera alimentare, alla salute e al benessere degli animali, alla sanità delle piante e al materiale riproduttivo vegetale".

Sembra che le preoccupazioni per la condizione degli agricoltori, tutt'altro che florida anche a

fronte di un insoddisfacente quadro legislativo attualmente vigente, si propone una PAC più aggiornata e semplificata, atta nelle intenzioni della Commissione a rispondere alle sfide che attendono nei prossimi anni l'agricoltura e in generale le zone rurali<sup>83</sup>, contribuendo nel contempo a conseguire le priorità strategiche ideate dalla Commissione, in particolare in tema di crescita e occupazione, nonché di sviluppo sostenibile, verso un bilancio europeo incentrato sui risultati, sulla semplificazione e sulla sussidiarietà.

Tra le priorità da affrontare si registra l'incremento dell'obiettivo del contrasto ai cambiamenti climatici, alla luce dell'accordo di Parigi del 2015 (Cop 21), mentre il tema della competitività e dell'orientamento al mercato, che era sempre stato sottoposto alle regole del Wto, si delinea come un obiettivo meno rilevante rispetto al tema dell'occupazione, a tal fine lo stimolo della produzione agricola, tramite pagamenti accoppiati, acquisisce maggiore rilievo rispetto al passato<sup>84</sup>.

---

causa dei cambiamenti climatici, oltre che degli effetti della grande crisi economico-finanziaria mondiale, sia al centro della legislazione sulla PAC: infatti nel considerando n. 6 si afferma che "Attualmente gli agricoltori sono esposti a rischi economici crescenti per effetto degli sviluppi del mercato. Tuttavia, tali rischi economici non incidono su tutti i settori agricoli in uguale misura. Di conseguenza, gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità, in casi debitamente giustificati, di aiutare gli agricoltori mediante uno strumento di stabilizzazione del reddito specifico per settore, in particolare per i settori interessati da un brusco calo del reddito, che avrebbe un impatto economico significativo per una specifica zona rurale, purché il calo del reddito sia superiore a una soglia minima del 20 %".

<sup>83</sup> In questa prospettiva, infatti, al fine di raggiungere l'obiettivo della coesione territoriale, si segnala che l'Italia ha adottato –per il periodo di programmazione 2014-2020– la strategia nazionale per le aree interne volte a migliorare e promuovere la crescita dei territori interni del nostro Paese che attualmente sono a rischio di spopolamento. La nuova strategia, volta a superare la logica del mero assistenzialismo per le aree interne, mira in particolare a rendere le suddette aree maggiormente attrattive e competitive, implementando uno sviluppo sostenibile del territorio e valorizzando in particolar modo i beni e servizi ambientali. Tra le aree di intervento individuate possono annoverarsi, segnatamente, la tutela del territorio, la valorizzazione delle risorse naturali e culturali e turismo sostenibile, i sistemi agro-alimentari, la pratica del risparmio energetico e quella delle filiere locali di energie rinnovabili, del saper fare e tutto l'artigianato. Cfr. su questo tema il prezioso contributo di R. DIPACE, M. D'ORSOGNA, L. GIANI, *Coesione, sostenibilità e sviluppo territoriale: valorizzazione delle aree interne e prospettiva macroregionale*, i *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione*, G. Colombini, M. D'Orsogna, L. Giani, A. Police, (a cura di), Napoli, 2018, p. 1087; mentre, per una prospettiva multidisciplinare, cfr. *Le politiche comunitarie di coesione economica e sociale. Nuovi strumenti di sviluppo territoriale in un approccio multidimensionale*, S. Cimini, M. D'Orsogna, a cura di, Napoli, 2011, contenente i risultati della ricerca di rilevante interesse nazionale su "Le politiche comunitarie di coesione economica e sociale. Aspetti giuridici dell'evoluzione degli obiettivi, dell'architettura istituzionale, dei profili attuativi e delle modalità di finanziamento, in una logica di multi-level governance per il periodo 2007-2013" e *Politiche di coesione e integrazione europea. Una riforma difficile ma possibile*, G. Colombini, a cura di, Napoli, 2011. V. inoltre P.L. PORTALURI, G. DE GIORGI CEZZI, *La coesione politico territoriale: i rapporti con l'Europa e coordinamento Stato-autonomie*, in *La coesione politico territoriale*, P.L. Portaluri, G. De Giorgi Cezzi, a cura di, vol. II, nella Collana *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, L. Ferrara, D. Sorace, a cura di, Firenze, 2016, p. 9 e F.F. TUCCARI, *Politiche europee di coesione territoriale e processi di unificazione amministrativa nazionale*, in *La coesione politico territoriale*, P.L. Portaluri, G. De Giorgi Cezzi, a cura di, cit., p. 59.

<sup>84</sup> Un nuovo obiettivo invece emerge su tutti nella sua drammatica urgenza, quello del cibo,

Cionondimeno, il punto di forza del *new CAP delivery model* proposto dalla Commissione è basato su un'alternanza di misure "verdi" volontarie e obbligatorie per raggiungere con maggiore efficacia gli obiettivi ambientali e climatici<sup>85</sup>, secondo un approccio più mirato, ma al tempo stesso flessibile, adottato nell'ambito di un quadro meno burocratico e meno centralizzato rispetto a quello adoperato sino ad oggi<sup>86</sup>. La proposta vuole così riconfigurare le modalità con cui le misure vengono disegnate, implementate e valutate, affidando – secondo un'interpretazione rinnovata del principio di *sussidiarietà* – agli Stati membri un margine più ampio di flessibilità nella programmazione e attuazione delle strategie nazionali, al fine di individuare e perseguire traguardi realistici e adeguati. In tal guisa la definizione degli obiettivi generali – *target-setting* – ed il monitoraggio saranno stabiliti a livello Ue, mentre gli Stati membri saranno responsabili della progettazione e dell'implementazione; i piani strategici nazionali verranno successivamente esaminati e approvati dalla Commissione, al fine di garantirne il controllo e la congruenza con gli obiettivi stabiliti a livello europeo.

In questa rinnovata fiducia nell'operato degli Stati, sembra affidato ai futuri piani strategici nazionali il compito di inglobare strategie complesse capaci di coniugare condizionalità, congruenza con le politiche ambientali dell'Ue, appetibilità per gli agricoltori, integrazione con i soggetti "gestori del territorio" e conseguimento di risultati misurabili, configurandosi non più misure di mero sostegno all'assunzione di impegni ambientali svincolati dal quadro complessivo delle politiche del territorio e dell'Unione, ma strategie più complesse. Inoltre, la nuova pianificazione pare collocarsi nel solco della semplificazione, posto che il piano suddetto ingloberà i tre sistemi amministrativi che oggi regolano le sovvenzioni dirette, lo sviluppo rurale e le misure di mercato considerate parti di un unico sistema.

---

tanto che nel 2016 il primo dibattito sul futuro della PAC *post 2020* ha riguardato il tema "*Food of the future – the future of food*".

<sup>85</sup> Le proposte della Commissione europea risultano molto ambiziose sul fronte dell'ambiente e dei cambiamenti climatici. Sono a tal uopo previsti requisiti obbligatori e facoltativi, tra i primi figurano: la tutela dei suoli ricchi di carbonio tramite la protezione delle zone umide e delle torbiere; uno strumento obbligatorio di gestione dei nutrienti per migliorare la qualità dell'acqua e ridurre i livelli di ammoniaca e di protossido di azoto; la rotazione delle colture invece della diversificazione. In aggiunta, gli agricoltori avranno la possibilità di dare un ulteriore contributo e di essere ricompensati se andranno oltre i requisiti obbligatori ed i Paesi membri potranno elaborare regimi ecologici volontari per sostenere e incoraggiare gli agricoltori ad adottare pratiche agricole benefiche per il clima e l'ambiente.

<sup>86</sup> Cfr. la relazione del Commissario per l'Agricoltura e lo Sviluppo rurale Phil Hogan nell'ambito della Conferenza tenutasi a Bruxelles il 30 gennaio 2018 "*The Future CAP: towards a performance based delivery model*". Nel 2019 il nuovo Commissario Wojciechowski, come il suo predecessore, sembra continuare a sostenere la necessità di una PAC più flessibile, che possa rispettare la diversità del settore nei vari Stati membri; inoltre egli si è impegnato a lavorare per il sostegno ai redditi agricoli, il ricambio generazionale, la resilienza del settore e la sicurezza alimentare.

Altra innovazione riguarda il coinvolgimento attivo di soggetti “collettivi” come Enti Parco, Enti gestori di Natura 2000, Consorzi di bonifica, Consorzi di tutela, Distretti, Gal, Unioni di Comuni, Organizzazioni di produttori, ecc.<sup>87</sup> Aver previsto questa più accentuata sussidiarietà nell’ambito dei piani strategici nazionali riflette e risponde all’esigenza di rappresentare in modo più strategico, secondo le necessità dei territori dei singoli Stati membri, gli interventi da programmare. In tal guisa, il disegno della Commissione propone di lasciare agli Stati la libertà di definire le regole dettagliate che meglio rispondano ai bisogni del proprio territorio, limitandosi a definire a livello comunitario un quadro di massima europeo con obiettivi comuni<sup>88</sup>.

Secondo alcuni studiosi<sup>89</sup>, anzi, è possibile sostenere che l’Accordo di Parigi costituisca per il diritto internazionale dell’ambiente la fine dell’approccio *top-down*, rappresentando, al contrario, la nascita di un nuovo schema, basato su un approccio *bottom-up*, che si sostanzia in un modello di *governance* condivisa, dove ampia autonomia è concessa agli Stati in merito al *come* agire nella lotta internazionale contro i cambiamenti climatici, nell’ambito di un quadro di riferimento dello stesso Accordo e dalla Convenzione-quadro sui cambiamenti climatici.

Nella prospettiva volta a rinvenire nuovi e più efficaci strumenti – giuridici e non – per contrastare il *climate change* si deve infine considerare il progetto dell’EFSA sul “Cambiamento climatico come motore dei rischi emergenti per la sicurezza di alimenti e mangimi, la salute delle piante, la salute degli animali e la qualità nutrizionale” (CLEFSA). Il progetto sembra utilizzare le precedenti esperienze di valutazione dei rischi legati al cambiamento climatico e adoperare le reti già consolidate con *partners* nazionali e internazionali, la comunità scientifica e altri portatori di interesse sui rischi emergenti e i loro fattori trainanti, sviluppando in tal modo metodi e strumenti per individuare e definire i rischi emergenti legati al cambiamento climatico. In particolare paiono significativi il

<sup>87</sup> Tali soggetti dovrebbero quindi coordinare la spesa e la programmazione delle risorse in un dato territorio, anche attraverso l’attuazione di una strategia capace di fare leva su un ventaglio più ampio di strumenti messi a disposizione dalla programmazione PAC (misure per formazione, consulenza, comunicazione, marchi di qualità, studi ambientali, cooperazione, etc.) oltre quelli classici e quelli nuovi dedicati alla sostenibilità.

<sup>88</sup> Il rischio tuttavia che viene segnalato da parte di alcuni europarlamentari è quello di una rinazionalizzazione della PAC e di una compromissione della concorrenza nel mercato interno.

<sup>89</sup> Cfr. sul punto M. MONTINI, *Riflessioni critiche sull’Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, in *Riv. dir. internaz.*, 2017, p. 719. L’a. ritiene che alla base di questa nuova concezione di *governance*, basata sulla sussidiarietà, vi sia una spiegazione di ordine geopolitico; infatti, mentre all’epoca del Protocollo di Kyoto era prevalso l’interesse delle parti ad avere un sistema centralizzato ai fini di una maggiore uniformità di obblighi e controlli, alla base dell’Accordo di Parigi, viceversa, vi è un sistema flessibile condizionato dal mutato quadro geopolitico, dove alcune economie emergenti sono ormai quasi allo stesso livello dei Paesi ritenuti tradizionalmente sviluppati. In virtù di ciò il nuovo sistema supera la rigida distinzione tra parti contraenti e sembra più flessibile ed adattabile anche per eventuali futuri mutamenti socio-economici del pianeta.

(nuovo) coinvolgimento dei cittadini europei tramite procedure di *crowdsourcing* – intendendosi con questo anglicismo i contributi volontari di chiunque – per raccogliere segnali da una varietà di fonti di informazione; l'estensione della rete del sapere agli esperti delle agenzie internazionali dell'Ue e dell'Onu; la progettazione di strumenti di “analisi decisionale a più criteri” per definire i rischi in materia di sicurezza alimentare, sicurezza dei mangimi, salute delle piante, salute degli animali e qualità nutrizionale.

In definitiva, sembra che il diritto agroalimentare post 2020 costituirà quella fucina volta alla produzione di nuove soluzioni giuridiche, accompagnate da strumenti anche economici, che negli anni '90 è stato il diritto dell'ambiente, che ha infine consentito l'affermazione di nuovi principi giuridici, modelli procedurali e istituti innovativi.

##### 5. *La prospettiva della sostenibilità nel diritto alimentare in linea con Agenda 2030 e con il Green new deal*

Tra le prospettive del diritto alimentare *post* pandemia sembra potersi annoverare *in primis* la necessaria risposta alle istanze volte al potenziamento delle misure di sostenibilità nell'intero settore alimentare. Il *Green new deal* – e l'indispensabile trasformazione digitale – dovrebbero, infatti, essere al centro del rilancio dell'economia nei prossimi anni, come hanno di recente sottolineato i deputati del Parlamento europeo.

Il diritto alimentare infatti deve apprestare strumenti che consentano il controllo di talune criticità ambientali che – oltre alle crisi che potrebbero originare da future pandemie – coinvolgono la produzione<sup>90</sup> e commercializzazione dei prodotti alimentari: si pensi alle problematiche relative al consumo di suolo agricolo, allo sfruttamento delle risorse patrimoniali locali, alla tutela della biodiversità, del suolo, delle acque, dell'atmosfera, oltre che alla difesa del paesaggio<sup>91</sup>. È assai recente, al proposito, uno studio condotto dall'Università di Harvard<sup>92</sup> che ha rinvenuto un collegamento diretto tra zone esposte a significativo inqui-

---

<sup>90</sup> Com'è accaduto nella tristemente nota vicenda relativa alla “terra dei fuochi”, dove la crisi ambientale ha comportato nefaste conseguenze sui territori e sui prodotti alimentari, tra l'altro protetti da marchio dop. Ed infatti “il terreno invaso dalla diossina degli scarichi industriali estesi era quello dei pascoli dei bufali campani e la crisi economica della mozzarella di bufala non ha tardato a manifestarsi sul mercato quale conseguenza diretta dell'inquinamento ambientale”, come nota M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Note minime su beni comuni e funzione amministrativa*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2017, spec. p. 99.

<sup>91</sup> S. MANSERVISI, *Verso un uso sostenibile dell'energia, il miglioramento dell'efficienza energetica e la creazione di modelli di produzione di consumo sostenibili anche nel settore alimentare*, in *Riv. dir. agr.*, 2017, p. 297.

<sup>92</sup> Studio del *Center for Climate, Health and Global Environment at Harvard University*, in *www.bbc.com*.

namiento dell'atmosfera negli ultimi 15-20 anni e maggior numero di morti per coronavirus, posto che il fenomeno legato alla presenza di “*air pollution is also known to weaken the immune system*”. Tutte le emergenze e prossime pandemie potrebbero essere infatti assai verosimilmente riconducibili ad una (mancata) corretta gestione delle problematiche ambientali.

Quanto alle possibili convergenze, similitudini e/o conflitti, è opportuno indagare brevemente sul rapporto potenzialmente collidente tra diritto alimentare e tutela dell'ambiente<sup>93</sup>. Il diritto alimentare, pur fondandosi su una matrice che lo accomuna al diritto dell'ambiente, infatti, può facilmente evidenziare ambiti di “tensione”, specialmente ove si pensi alla vicenda degli organismi geneticamente modificati, che evoca le problematiche assai note tra obiettivi di tutela della salute umana, ambientale e del paesaggio e gli opposti interessi propri della filiera agroalimentare<sup>94</sup>.

La dottrina ha ormai individuato una multifunzionalità<sup>95</sup> dei compiti dell'agricoltura, che si mostra “utile” anche ai fini ambientali – del resto negli ultimi regolamenti europei in materia, agli agricoltori viene assegnata, come abbiamo visto, l'alta funzione di *tutori* dell'ambiente – sicché la coltivazione agricola non è più limitata alla produzione del *food*, ma tutta l'attività dell'operatore agricolo deve anche operare per la salvaguardia idrogeologica, il miglioramento della qualità ambientale e paesaggistica, la produzione dell'energia necessaria alla città, di attivazione di sistemi economici, soprattutto nel *food* a base locale (c.d. ettaro zero), comunque di reti non troppo estese “di produzione e consumo, anche riducendo la purezza ecologica quando essa deve sopportare la localizzazione e la chiusura non solo dei cicli dell'alimentazione, ma soprattutto quella dei rifiuti solidi urbani e dell'energia (pannelli solari che usurpano il terreno coltivabile, pale eoliche di difficile e costosa rimozione e stoccaggio, dannose per il paesaggio, preziose per la produzione di energia pulita)”<sup>96</sup>. Anzi, il diritto agrario – pur costituendo la

<sup>93</sup> Ed infatti, come nota G. ROSSI (*Diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione*, cit. spec. p. 7): “Fra le varie interazioni che ha la tematica ambientale, quella con l'alimentazione è la più marcata: entrambe attengono al rapporto fra l'uomo e la natura e le sue trasformazioni. Il problema dell'ambiente ha origine da un eccessivo e sbagliato consumo del creato e quello dell'alimentazione attiene al consumo dei beni della terra o collegati alla terra. Ciò posto, è sbagliato dedurre che la soddisfazione di entrambi gli interessi abbia carattere sinergico”. Secondo l'a., proprio la crescita della popolazione mondiale e il consumo di acqua ai fini alimentari sembra essere il primo elemento di contrasto con le esigenze di tutela ambientale.

<sup>94</sup> Cfr. sul punto G. A. PRIMERANO, *Ambiente e diritto agroalimentare. Organizzazione, regolazione e controlli*, cit.

<sup>95</sup> Sul concetto di agricoltura multifunzionale e sul rapporto tra questa e la tutela dell'ambiente cfr. R. ROTA, *La multifunzionalità agricola nel rapporto ambiente-società*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2017, p. 7; G.A. PRIMERANO, *Il carattere multifunzionale dell'agricoltura tra attività economica e tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 837.

<sup>96</sup> Così V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Interventi sul territorio extraurbano. Ecomusei, paesaggi, periferie*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 11, 2019. L'a, in particolare, evidenzia efficacemente il nuovo ruolo dell'agricoltura

disciplina giuridica della produzione di esseri viventi vegetali o animali, – deve la sua vitalità proprio alla “capacità di intercettare nuove prospettive e oggetti di studio corrispondenti all’evoluzione dell’agricoltura, alla sua multifunzionalità”<sup>97</sup>; l’agricoltura così concepita può ben assurgere al ruolo di protagonista, con un ruolo di primo piano nella protezione dell’ambiente, nell’ambito della rinnovata scena mondiale che è ormai tutta protesa verso l’affermazione del modello dello sviluppo sostenibile. Invero, il rapporto tra agricoltura e tutela dell’ambiente si palesa tutt’altro che lineare e semplice, assume piuttosto le sembianze di una continua corsa concitata del legislatore che intende disciplinare e dunque mettere a sistema una realtà assai complessa, in costante divenire, che vede la tutela dell’ambiente talora in posizione ostativa a tipi esistenti di sviluppo accelerato della produzione agricola: “un binomio in movimento, dove il costante fluire di un suo elemento si riflette nelle rinnovate sembianze che inevitabilmente assume l’altro”<sup>98</sup>.

A questo proposito non può negarsi che, ad esempio, gli organismi geneticamente modificati abbiano provocato una vera e propria rivoluzione in materia di agricoltura, di alimentazione ed anche di tutela dell’ambiente, generando l’allarme nei consumatori mano a mano che cresceva la diffidenza verso gli effetti non ancora conosciuti derivanti dall’ingestione e/o dall’immissione nell’ambiente di sostanze contenenti ogm, cui seguiva un tentativo di risposta del legislatore. Del resto, è innegabile che le nuove istanze ambientali, così come i fenomeni sociali sempre più pressanti, come l’urbanizzazione inarrestabile, hanno comportato l’emersione di nuove forme di agricoltura, ad esempio gli orti urbani, il *vertical farming* importato da oltre oceano, fino ad applicazione, non ancora su larga scala, di vera e propria agricoltura periurbana.

Negli ultimi strumenti normativi dell’Unione – i regolamenti Ue del Parlamento europeo e del Consiglio nn. 1305, 1306 e 1307 del 2013<sup>99</sup> - sembra evidente la tendenza a valorizzare i profili ambientali nell’ambito del disegno della Politica agricola comune. Invero, è insito nella riforma della PAC del 2013 il programma di incremento della competitività del settore agricolo, promuovendo l’innovazione e l’agricoltura sostenibile, la crescita e l’occupazione nelle aree rurali e dedicando l’assistenza finanziaria verso il traguardo dell’uso produttivo della terra.

Segnatamente il regolamento n. 1307 del 2013 che disciplina il fondo euro-

---

“quando si faccia luogo alla pianificazione del territorio ed a misure di salvaguardia ambientale”.

<sup>97</sup> In questo senso cfr. il contributo di M. BROCCA, *Paesaggio e agricoltura a confronto. Riflessioni sulla categoria del “paesaggio agrario”*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, p. 1.

<sup>98</sup> Così N. FERRUCCI, *Agricoltura e ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2014, p. 323.

<sup>99</sup> Attualmente in vigore, ma destinati ad essere presto sostituiti dalla nuova PAC *post 2020* come già preannunciato nel paragrafo precedente.

peo agricolo di garanzia (FEAGA) reca norme sui pagamenti diretti agli agricoltori nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla Politica agricola comune e sembra voler perseguire lo scopo di dettare sia norme comuni sui pagamenti concessi direttamente agli agricoltori, sia norme speciali, ad esempio relative a pagamenti in favore degli agricoltori che applichino pratiche agricole compatibili con il clima e l'ambiente; inoltre incentivi facoltativi a favore degli agricoltori delle zone soggette a vincoli naturali, dei giovani agricoltori che iniziano a esercitare l'attività agricola, ecc. Si segnala in particolare l'introduzione di una componente obbligatoria di inverdimento dei pagamenti diretti agli agricoltori<sup>100</sup> che si realizza mediante tre tipologie di pratiche cd. *greening*: la diversificazione delle colture, la realizzazione sulla superficie agricola di un'area di interesse ecologico<sup>101</sup> e il mantenimento del prato permanente<sup>102</sup>.

La diversificazione si rivela misura atta a favorire proprio la biodiversità – una delle più rilevanti situazioni cui è affidata, come è noto la sopravvivenza del pianeta – essa presuppone la presenza contemporanea di due o tre colture all'interno dell'azienda e non considera invece l'avvicendamento delle colture stesse; quanto alla misura volta ad ottenere un prato permanente, anche questo obiettivo può leggersi in chiave di tutela della biodiversità, poiché “la sua concimazione

---

<sup>100</sup> Prevista nelle disposizioni di cui al capo III del regolamento, intitolato “*Pagamento per le pratiche agricole benefiche per il clima e l'ambiente*”. Infatti, il regolamento Ue n. 1307/2013 prevede, in aggiunta al pagamento base, a partire dal 1° gennaio 2015, l'erogazione da parte degli Stati membri a favore degli agricoltori che hanno diritto a un pagamento nell'ambito del regime di pagamento di base o del regime di pagamento unico per superficie, di un ulteriore pagamento annuo, per ettaro ammissibile di superficie agricola, condizionato al rispetto di una serie di obblighi di connotato spiccatamente ecologico dove la finalità di tutela della biodiversità è assolutamente pregnante. Per beneficiare del pagamento c.d. ecologico, ai sensi dell'art. 43 del regolamento Ue n. 1307/2013, gli agricoltori sono tenuti ad applicare su tutti i loro ettari ammissibili ai sensi dell'articolo 32, par. da 2 a 5, la trilogia di pratiche agricole indicate dal regolamento medesimo come benefiche per il clima e per l'ambiente, o le c.d. pratiche equivalenti.

<sup>101</sup> Ai sensi dell'art. 46 “Quando i seminativi di un'azienda coprono più di quindici ettari, l'agricoltore provvede affinché, a decorrere dal 1° gennaio 2015, una superficie corrispondente ad almeno il 5 % dei seminativi dell'azienda dichiarati dall'agricoltore a norma dell'articolo 72, paragrafo 1, primo comma, lettera a), del regolamento (Ue) n. 1306/2013 e, se considerate aree di interesse ecologico dallo Stato membro ai sensi del paragrafo 2 del presente articolo, comprendente le superfici di cui a detto paragrafo, lettere c), d), g) e h), sia costituita da aree di interesse ecologico”.

<sup>102</sup> Per prato permanente si possono intendere i terreni utilizzati per la coltivazione di erba o di altre piante erbacee da foraggio, non compresi nell'avvicendamento delle colture dell'azienda da almeno cinque anni. Le relative disposizioni obbligano gli agricoltori a non convertire o arare prati permanenti sensibili sotto il profilo ambientale. Ed inoltre, il regolamento all'art. 4, p. 1, l. h) aggiunge che “può comprendere altre specie, segnatamente arbustive e/o arboree, che possono essere utilizzate per il pascolo purché l'erba e le altre piante erbacee da foraggio restino predominanti, nonché, ove gli Stati membri decidano in tal senso, terreno pascolabile che rientra nell'ambito delle prassi locali consolidate, qualora nelle superfici di pascolo non siano tradizionalmente predominanti erba e altre piante erbacee da foraggio”.

naturale ad opera del bestiame che trae da esso l'alimentazione foraggera, favorisce la biodiversità, vegetale e animale, degli insetti e dei relativi predatori"<sup>103</sup>.

È prevista, oltre alle tre pratiche ecologiche suindicate, la possibilità di considerare, ai fini dei pagamenti diretti, anche pratiche equivalenti, quelle che recano un beneficio per il clima e l'ambiente di portata equivalente o superiore rispetto a quello generato da una o più delle pratiche appena accennate. Naturalmente vengono ricomprese tra le pratiche analoghe che si definiscono genericamente benefiche per l'agricoltura anche l'adozione di sistemi di certificazione ambientale nazionali o regionali, e delle certificazioni concernenti il rispetto della legislazione ambientale nazionale.

Largo spazio viene dunque concesso ad obiettivi volti al conseguimento dello sviluppo sostenibile, promuovendo il sostegno di pratiche agricole benefiche per il clima e l'ambiente, applicabili in tutta l'Unione, anche se l'attuazione della politica agricola comune, con l'introduzione del relativo regime dei contributi erogati al fine di incrementarla, costituisce un sistema complesso e spesso farraginoso, che se prevede l'attribuzione, a favore degli agricoltori, di diverse forme di aiuto, al contempo, pone vincoli e restrizioni stringenti in capo agli stessi, quanto alle scelte colturali che caratterizzano l'attività diversificata e autonoma di ogni azienda.

Anche le misure di sostegno allo sviluppo rurale, contenute nel regolamento Ue 1305/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) sembrano ispirate alla tutela ambientale<sup>104</sup>.

La dichiarazione di Cork 2.0 del 2016 sullo sviluppo rurale, ad esempio, promuove una politica agricola e rurale innovativa, integrata e inclusiva, fondata su una visione strategica e di lungo periodo, che valorizza lo sviluppo sostenibile, coinvolgendo i cittadini nella definizione attiva delle politiche, attraverso iniziative di sviluppo locale dal basso verso l'alto e garantendo la sussidiarietà, una maggiore trasparenza e semplificazione nell'attuazione di tali strategie.

Non mancano enunciazioni prettamente politiche nei confronti degli agricoltori interessati: essi infatti vengono sollecitati dalle norme europee a promuovere la prosperità delle aree rurali, rafforzare le catene di valori rurali, investire nella redditività e nella vitalità delle aree, preservare l'ambiente rurale, gestire le risorse rurali, incoraggiare gli interventi a favore del clima, stimolare la conoscenza e l'innovazione, potenziare la *governance* rurale, incentivare l'attua-

---

<sup>103</sup> N. FERRUCCI, *Agricoltura e ambiente*, cit.

<sup>104</sup> Il regolamento n. 1305 prende le mosse dall'assunto secondo il quale l'obiettivo dello sviluppo rurale non può essere conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri, in considerazione dei legami tra lo sviluppo rurale e gli altri strumenti della PAC, "delle ampie disparità esistenti tra le varie zone rurali e delle limitate risorse finanziarie di cui dispongono gli Stati membri nell'Unione allargata".

zione e la semplificazione delle politiche, migliorare le prestazioni e aumentare la responsabilità<sup>105</sup>.

Tuttavia, mentre sono evidenti i segnali di una chiara e pregnante integrazione delle disposizioni ambientali nell'ambito della PAC, non di rado si è manifestato e continua a riproporsi un effetto per così dire perverso: talvolta, in alcuni particolari ambiti, come quello delle energie alternative o dei biocarburanti, "l'affanno di tutelare l'ambiente si traduce in un pregiudizio per l'agricoltura con inevitabili ripercussioni negative sullo stesso ambiente"<sup>106</sup> che si intendeva proteggere nelle intenzioni originarie.

In realtà è noto che sussistono problematiche coinvolgenti profili giuridici ed economici di grande rilievo,<sup>107</sup> come, anzitutto, nella relazione complessa tra energia<sup>108</sup>, approvvigionamento dei prodotti alimentari e sviluppi in materia di sicurezza, in relazione ad esempio ai biocarburanti di prima generazione<sup>109</sup>. Nella necessaria mediazione imposta dalla suddetta relazione, non può negarsi che siano stati conseguiti sinora risultati insoddisfacenti. Sembra di poter considerare, a questo punto della ricerca, che lo sviluppo di tecnologie che consentano la produzione di biocarburanti derivanti da rifiuti agricoli o dalle alghe, in modo da rendere del tutto autonoma dal settore alimentare la generazione di bioenergia potrebbe conseguire risultati concreti. Infatti, l'Europa fortemente incoraggia la produzione di biocarburante di quarta generazione, che sarà attuata sostanzialmente in laboratorio, con la produzione di batteri in grado di produrre al meglio più energia pulita, evitando di sottrarre cibo ad una popolazione mondiale in costante crescita, dunque in cerca di alimenti sempre più scarsi, in attuazione

<sup>105</sup> Cfr. il sito [enrd.ec.europa.eu](http://enrd.ec.europa.eu).

<sup>106</sup> Così N. FERRUCCI, *Agricoltura e ambiente*, cit. Cfr. sullo stesso argomento l'interessante contributo di S. VILLAMENA, *Fonti rinnovabili e zone agricole (ovvero della destinazione di suolo agricolo per la produzione di energia)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, p. 157.

<sup>107</sup> Come si è affermato anche in una risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2013 *Sulla tabella di marcia per l'energia 2050, un futuro con l'energia*, P7\_TA (2013) 0088.

<sup>108</sup> Per un approfondimento sulla strategia energetica proposta dallo Stato italiano, cfr. *Annuario di diritto dell'energia 2019. La strategia energetica nazionale: "governance" e strumenti di attuazione*, L. Carbone, G. Napolitano, A. Zoppini, a cura di, Bologna, 2019.

<sup>109</sup> Sono considerate di prima generazione i carburanti derivati da colture di origine alimentare o grassi animali, ottenuti da colture oleaginose (colza, palma, soia, ricino), olii esausti, canna e barbabietola, cereali, biomassa umida, reflui e residui organici, bioetanolo. I biocarburanti di seconda generazione derivano da colture naturali ligno-cellulosiche e da colture oleaginose, da rifiuti organici e da microalghe, sono considerati invece meno impattanti perché non richiedono superfici coltivate aggiuntive. Diversamente i biocarburanti di terza generazione risultano del tutto svincolati dalle pratiche agricole tradizionali, e si ottengono dall'uso di alghe, piante geneticamente modificate e trattamenti particolari delle biomasse tradizionali, mentre i biocarburanti di quarta generazione sono ancora in fase di studio e prevedono microorganismi creati e modificati geneticamente in laboratorio. Per una esauriente rassegna sui biocarburanti e sul loro impatto ambientale cfr. S. MANSERVISI, *Verso un uso sostenibile dell'energia, il miglioramento dell'efficienza energetica e la creazione di modelli di produzione di consumo sostenibili anche nel settore alimentare*, cit.

dell'obiettivo 7 di Agenda 2030, che riguarda l'accesso ad un'energia sostenibile, affidabile, competitiva, a prezzi accessibili e dell'obiettivo 12, relativo al conseguimento di modelli sostenibili di produzione e consumo.

Cionondimeno, non possono non segnalarsi gli inevitabili, almeno allo stato, contrasti tra le esigenze di approvvigionamento energetico – che in particolare emergono da ultimo nella direttiva Ue n. 2015/1513 relativa alla qualità della benzina e del combustibile a gasolio per le auto con motore *diesel* – e le istanze provenienti dal settore dell'agroalimentare. Nella direttiva appena citata si pone in generale un limite ai biocarburanti di prima e anche in parte di seconda generazione, sia per esigenze legate alla *food security* – intesa come possibilità di accesso al cibo da parte del consumatore europeo in quantità adeguate ed a prezzi accessibili<sup>110</sup> – sia per contrastare i fenomeni di *land grabbing* in palese violazione dei principi dello sviluppo sostenibile<sup>111</sup>. Il fenomeno dell'accaparramento di terre o *land grabbing* si riferisce, infatti, alle acquisizioni di terre che vengono talvolta effettuate in violazione di diritti umani e senza il preventivo consenso delle comunità locali – trattasi spesso di popoli indigeni – che ignorano l'impatto sociale, economico e ambientale degli accordi miranti ad ottenere le loro terre, che si svolgono inoltre in assenza di validi strumenti di partecipazione democratica.

Nello stesso senso sembra potersi leggere un rapporto dell'Onu nel quale si guarda criticamente all'impatto delle bioenergie sul settore agroalimentare, affermando una probabile dannosità della produzione di biocombustibili per le esigenze dell'approvvigionamento alimentare, considerato che verrebbero sottratte terra, acqua ed altre risorse preziose alla produzione alimentare e pertanto “a meno che non vengano varate nuove politiche per proteggere il territorio,

---

<sup>110</sup> F. ALBISINNI, *Il Trattato di Lisbona e la food security*, in F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Torino, 2015, p. 451.

<sup>111</sup> Per gli effetti del mondo globalizzato sul cibo cfr. S. LIBERTI, *I signori del cibo*, Roma, 2016, libro- inchiesta che mira a sottolineare come il modello odierno di agricoltura industriale sfrutti troppo rapidamente il territorio, rivelandosi, in una prospettiva vicina, addirittura insostenibile. Inoltre, si stima che presto questo fenomeno così antidemocratico e contrario alle logiche di tutela dell'ambiente ormai imperanti, possa subire una forte accelerazione, in virtù del fatto che – considerando che nel 2050 sulla Terra vivranno più di 9 miliardi persone-, la FAO ritiene che presumibilmente sarà necessario produrre almeno un miliardo di tonnellate in più di cereali e altri beni alimentari base. Di conseguenza, Paesi come Arabia Saudita, Emirati Arabi, Libia, Corea del Sud, India e Cina, che dispongono di risorse, ma non di spazi sufficienti per garantire la sicurezza alimentare ai propri abitanti, hanno cominciato ad affittare o a comprare terreni agricoli nei Paesi in via di sviluppo: soprattutto in Africa e in Asia. V. per queste interessanti notazioni il contributo di L. GIACOMELLI, *Il cibo come bene fondamentale e il ruolo innovativo delle urban food policies*, in *Dir. e soc.*, n. 4, 2017, p. 877. L'a. rileva che una recente ricerca del *Land Matrix Partnership* (reperibile all'indirizzo web <http://www.land.matrix.org/en/>) ha confermato l'estensione sconcertante di questo fenomeno, per il quale “Nei Paesi in via di sviluppo, dal 2001 ad oggi circa 227 milioni di ettari di terre, un'area grande quanto l'Europa Orientale, sono state vendute o affittate a investitori internazionali”.

assicurare un uso accettabile della terra, e guidare lo sviluppo delle bioenergie in una direzione sostenibile, il danno sociale in alcuni casi potrebbe superare i benefici”<sup>112</sup>.

Tra le conseguenze della globalizzazione del mercato alimentare si profila dunque la necessità di approntare un sistema di controlli – trattati più avanti – che richiede un costante affinamento a fronte dei continui ritrovati della scienza e che, se da un lato consente di ottenere varie soluzioni per incentivare la produzione, d’altro canto rischiano di avere effetti dannosi per la salute dell’intero ecosistema. La circolazione dei prodotti agricoli e alimentari implica, infatti, incognite e problematiche molto maggiori rispetto a quelle che si profilavano anche in un passato recente, in virtù di mutamenti che si riverberano sia sul dato quantitativo, - posto che la popolazione mondiale era nettamente minore e, conseguentemente, anche la circolazione degli alimenti era minore perché basata su un ventaglio più esiguo di strumenti a disposizione per trasportare questi prodotti, – sia sul profilo qualitativo, per le conquiste recenti cui è approdata l’innovazione tecnologica in campo alimentare “per la enorme variabilità dei prodotti stessi proprio nella loro composizione anche in micro sostanze”<sup>113</sup>. Sicché, in considerazione di questa ampia gamma di possibilità, mutano – sia pure in parte – anche le figure dell’agricoltore e dell’allevatore, divenendo esse configurabili alla stregua di soggetti che, “sfruttando le capacità biologiche di accrescimento di piante e di animali, dispongono non più solo di mezzi semplici e poco impattanti sull’ambiente, ma di uno strumentario vastissimo e poderoso, il cui uso può avere effetti molto estesi sul terreno, sui consumatori del bene prodotto ma anche su moltissimi altri, umani, animali o piante”<sup>114</sup>.

Negli ultimi interventi normativi infatti si rileva una tendenza del legislatore europeo che, muovendo dai due versanti dell’agricoltura e dell’alimentazione, si caratterizza per il tentativo di integrazione fra regole di prodotto e regole di produzione, fra prodotti ed attività, verso la costruzione di un modello sistemico di diritto agro-alimentare, con meccanismi di circolazione e di scambio più sofisticati.

Si deve inoltre ricordare che il trattato di Lisbona sembra aver valorizzato in modo evidente le esigenze di tutela della *food security*, conferendo nuove competenze e poteri in tal senso, mediante le disposizioni contenute nell’art. 43, p. 3 del Tfu, dunque facendo emergere la necessità di apprestare politiche e strumenti volti al perseguimento della *securitas* degli approvvigionamenti in agricoltura, tematica forse troppo presto accantonata, ma che, com’era prevedibile, si sta riproponendo all’attenzione dell’agenda politica mondiale, in virtù del frenetico processo di globalizzazione dei mercati e che si sta drammaticamente ripropo-

<sup>112</sup> *Sustainable Bioenergy: A Framework for Decision Makers*, UNEnergy, aprile 2007.

<sup>113</sup> L. COSTATO, *Circolazione dei prodotti agro-alimentari e controlli: la ricerca di nuove regole*, cit.

<sup>114</sup> L. COSTATO, *Circolazione dei prodotti agro-alimentari e controlli: la ricerca di nuove regole*, cit.

nendo, per far fronte ai nuovi poveri che molto probabilmente presto saranno generati dalla pandemia di Covid-19.

Anzi, oltre all'obiettivo della *food security*, si può sicuramente registrare da ultimo un vero e proprio cambiamento di rotta quanto ai metodi di produzione e alle stesse finalità della produzione agricola, nel senso del perseguimento di una "agroecologia"<sup>115</sup> – ossia quell'approccio scientifico che guarda all'ambiente naturale in una prospettiva olistica e lo considera sotto il profilo della produzione agricola, inclusiva della sua dimensione economica, sociale e culturale – che comporti un adeguato equilibrio tra ambiente e agricoltura, senza trascurare, tuttavia, la dimensione sociale e culturale degli interventi, del tutto in linea con gli obiettivi della sostenibilità proposti da Agenda 2030.

Uno strumento giuridico rappresentativo di questa visione olistica di ambiente, agricoltura e cultura sembra concretarsi nella disciplina delle dop e igr, che testimoniano la possibilità di una tutela giuridica diretta della garanzia del valore culturale, posto che nei prodotti dop e igr non viene indicata soltanto la mera origine e la qualità geografica dei prodotti, ma si tende ad allegare al messaggio principale un contenuto volto a richiamare i contesti culturali, sociali e il valore identitario e di tutela ambientale dei prodotti oggetto di trattamento e di commercio.

Malgrado ciò, si deve aggiungere che il carattere storico o ambientale non costituiscono requisiti formali per la registrazione di una dop o igr, salvo che tali condizioni non siano imposte direttamente dalla legislazione degli Stati membri, altrimenti la registrazione resta soltanto eventuale. Pertanto, solo nel caso in cui i disciplinari contengano *plus-elements* intesi a preservare interessi generali o comunque non commerciali si potrebbe intravedere nella disciplina delle indicazioni di qualità una vera e propria funzione di tutela giuridica delle colture tradizionali e dell'ambiente, che con tutta evidenza resta al momento ancora da sviluppare. Si tratterebbe della funzione di protezione dell'ambiente che, sebbene apertamente dichiarata nei regolamenti Ue, viene in realtà lasciata alla discrezio-

---

<sup>115</sup> "Per l'agro-ecologia, nell'accezione di scienza della gestione sostenibile dell'ambiente — quest'ultimo da intendersi come inclusivo delle risorse naturali e della dimensione economica e sociale della produzione agricola — si può invero parlare della 'nascita' o 'emersione' di un nuovo paradigma, il cui segno qualificante è dato dal distacco dalla matrice fornita dall'ecologia' di un'autonoma branca scientifica che integra nel campo d'indagine accanto alla nozione di 'ambiente' quella di 'società' e 'agricoltura', in quanto attività di produzione primariamente umana, e che privilegia l'agricoltura tradizionale realizzata secondo le tecniche tradizionali disponibili nella comunità territoriale elevando tale paradigma a criterio-guida dei movimenti per la salvaguardia delle economie rurali". Così R. PALMA, *Agro-ecologia e indicazioni geografiche tra magia e razionalità nel diritto dell'ue e dell'omc: 'reinventare' le designazioni d'origine per preservare l'economia rurale, il patrimonio culturale e l'ambiente*, in *Riv. dir. industriale*, 2017, p. 265. Cfr., in precedenza, più in generale, M. ALTIERI, *Agroecology: the science of natural resource management for poor farmers in marginal environments*, in *Agriculture, Ecosystem and Environment*, 2002, p. 1.

nalità dei produttori. In altre parole, allo stato dell'arte del diritto dell'Unione, – nel preambolo del regolamento n. 1151/2012 la sostenibilità ambientale si mostra quale criterio implicito o intrinseco e in termini non obbligatori, quale scelta facoltativa che i produttori possono adottare- sicché “il carattere ‘storico’ o ‘tradizionale’ dei prodotti e finanche una consolidata reputazione (ad eccezione delle IGP registrate sul presupposto di una affermata reputazione legata all'area di origine) non costituiscono requisiti formali imprescindibili ai fini della registrazione”<sup>116</sup>. Sembra proprio necessario pertanto un ripensamento della normativa a livello nazionale con iniziative volontarie degli operatori suscettibili di incrementarne il valore aggiunto sui mercati e la capacità di creare reddito, mantenendo altresì produzioni di rilievo culturale e ambientale per il territorio.

Quanto alle prospettive del diritto alimentare e alle prossime norme europee che, come è ormai noto, stanno per essere emanate per concorrere a delineare una nuova fisionomia più moderna ed in linea con i *must* del diritto internazionale, come l'agricoltura sostenibile prevista da Agenda 2030 e il *Green deal* varato a fine 2019 dalla Commissione europea, – che delinea una nuova strategia di crescita per ridurre le emissioni e pervenire ad un impatto climatico pari a zero nel 2050, al fine di migliorare il benessere delle persone e lasciare un pianeta sano alle generazioni future – vanno considerate le regole dell'Unione europea sulla produzione biologica e l'etichettatura di prodotti biologici.

Il regolamento n. 2018/848 del Consiglio – che entrerà in vigore il primo gennaio 2021, abrogando il regolamento n. 834 del 2007 – mira infatti a modificare e rafforzare le norme sulla produzione biologica e l'etichettatura di prodotti biologici con riferimento a sistemi di controllo, regimi di scambio e norme di produzione, tendendo a preservare condizioni di parità per gli operatori del settore, armonizzando e semplificando la normativa; aumentando la fiducia dei consumatori nei prodotti biologici e nel logo Ue riservato alla produzione biologica.

Il regolamento – è questo il suo pregio maggiore – innanzitutto amplia l'ambito di applicazione della legislazione sulla produzione biologica, includendo prodotti strettamente legati all'agricoltura come il sughero, il sale, gli oli essenziali, il cotone, la lana; peraltro, tra i principi che presidiano il regolamento possono annoverarsi il rispetto dei sistemi e dei cicli naturali, l'obbligo di preservare gli elementi costitutivi del paesaggio naturale, quello di assicurare un impiego responsabile dell'energia e delle risorse naturali, di tutelare l'integrità della produzione biologica in tutte le sue fasi, di garantire l'assenza di organismi geneticamente modificati, di utilizzare metodi basati sulla valutazione del rischio, di escludere la clonazione animale, garantendo, viceversa, il benessere degli animali<sup>117</sup>.

<sup>116</sup> R. PALMA, *Agro-ecologia e indicazioni geografiche tra magia e razionalità nel diritto dell'ue e dell'omc: 'rein-ventare' le designazioni d'origine per preservare l'economia rurale, il patrimonio culturale e l'ambiente*, cit.

<sup>117</sup> L'agricoltura biologica, tra l'altro, ha il compito di mantenere e potenziare la fertilità del

## 6. *Solidarietà e food security tra globalizzazione e Covid-19*

Di interesse notevole, in quanto sembra costruire un approccio più moderno e solidaristico, – anche nell’era della globalizzazione dei mercati e della (tendenziale) prevalenza del duro gioco della concorrenza su altri valori – si può qualificare la normativa di cui alla legge 19 agosto 2016, n. 166, intitolata “Disposizioni concernenti la donazione e la distribuzione di prodotti alimentari e farmaceutici a fini di solidarietà sociale e per la limitazione degli sprechi”<sup>118</sup>. Tendenza consolidata pare, infatti, quella di conferire un assetto “solidaristico” alla materia, che si traduce negli ultimi anni in una concreta introduzione di canoni del risparmio di cibo, per esigenze di *food security*, che involgono, come accennato, anche profili di solidarietà nei confronti delle future generazioni; la legge del 2016, c.d. legge Gadda, prevede dunque a questo fine degli strumenti giuridici per muovere la sensibilità e la donazione da parte dei cittadini.

Più in generale, va fatto un cenno al più ampio tema del diritto al cibo definito dal diritto internazionale<sup>119</sup> in svariate fonti, talune di valore meramente

---

suolo, utilizzare sementi e animali con un grado elevato di diversità genetica, di resistenza alle malattie e di longevità, nella scelta delle varietà vegetali tener conto di ciascun sistema di produzione biologica, dando priorità ai risultati agronomici, alla resistenza alle malattie, così come nella scelta delle razze animali, praticare una produzione animale adatta al luogo di allevamento e legata alla terra.

<sup>118</sup> La legge 19 agosto 2016, n. 166 è stata introdotta in Italia per agevolare la cessione gratuita delle eccedenze alimentari in modo da contrastare il dispendio dei prodotti non acquistati e favorire un loro riutilizzo. Vanno inoltre segnalate molteplici leggi regionali nello stesso senso, talune precedenti alla legislazione nazionale, così come altre successive. Per un approfondimento del tema si rinvia a: L. COSTANTINO, *La problematica degli sprechi nella filiera agroalimentare. Profili introduttivi*, Bari, 2018; A. DI LAURO, *Lo spreco alimentare: il ruolo della “norma” sulle determinanti personali e sociali dei comportamenti alimentari*, *Atti del convegno, XV World Congress of Agricultural Law*, Umaw, Poznan, 2018, 432; P. LATTANZI, *Gli ostacoli di ordine giuridico alla riduzione dello spreco alimentare*, in *Riv. dir. agr.*, 2014, p. 273; G. MACCIONI, *La lotta allo spreco alimentare tra strategie di regolazione e governance*, in *Riv. dir. agrario*, 2017, 633; ID., *Spreco alimentare. Regole e limiti nella transizione verso modelli agroalimentari sostenibili*, Torino, 2018; F. PEPE, *Approvata la legge contro lo spreco alimentare*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, n. 3, 2016, 56 s.; G. STRAMBI, *Limiti e regole nella distribuzione delle eccedenze alimentari*, in *Nutridialogo, Il Diritto incontra le altre scienze su Agricoltura, Alimentazione ed Ambiente*, a cura di A. Di Lauro, Pisa, 2016, p. 35.

<sup>119</sup> La letteratura sul tema del diritto al cibo è amplissima, cfr. : A. ADINOLFI, *Alimentazione e commercio internazionale nel rapporto del 2009 del relatore speciale delle Nazioni Unite sul diritto al cibo*, in DUDI, 2010, p. 125; P. ALSTON, K. TOMASEVSKI (eds.), *The Right Food*, 1985, Leiden-Boston; C. CHRISTENSEN, *The Right to Food: How to Guarantee*, New York, 1978; M. CUTAZZO, *Il diritto all'alimentazione*, in S. de Bellis (a cura di), *Studi su diritti umani*, Bari, 2010, p. 63; ID., *Alimentazione*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, vol. I, Napoli, 2009, p. 278; A. DI STEFANO, *La crisi alimentare mondiale e il diritto al cibo nelle conclusioni della FAO High-Level Conference on World Food Security*, in DUDI, 2008, p. 657; M. FASCIGLIONE, *La tutela del diritto all'alimentazione in situazioni di crisi economico-finanziaria: alcune riflessioni*, in DUDI, 2014, p. 429; J. INGRAM, P. ERICKSEN, D. LIVERMAN (eds.), *Food Security and Global Environmental Change*, London-Washington, 2010; A.M.G. LUPONE, C. RICCI, A. SANTINI,

programmatico, talaltre vincolanti, come diritto ad avere accesso regolare, permanente e libero, ad un'alimentazione che sia non soltanto quantitativamente, ma anche qualitativamente adeguata e sufficiente<sup>120</sup>, indicando dunque il diritto alla libertà dalla fame,- propugnato anche enfaticamente da Rodotà<sup>121</sup> – da un lato, e il diritto ad un'alimentazione corretta, dall'altro. Negli ultimi anni, soprattutto dopo l'affermazione, a livello internazionale, del principio dello sviluppo sostenibile<sup>122</sup>, a séguito della Conferenza di Rio de Janeiro nel 1992, il concetto di

---

(eds.), *The right to safe food towards a global governance*, Torino, 2013; T. MARSDEN, R. LEE, A. FLYNN, S. THANKAPPAN, *The New Regulation and Governance of Food: Beyond the Food Crisis?*, London-New York, 2010; F. PIZZOLATO, *Il diritto all'alimentazione*, in *Agg. Soc.*, 2015, p. 131; C. RICCI, *Il diritto a un cibo sicuro nel diritto internazionale. Spunti di riflessione*, Roma, 2012; B.M.J. VAN DER MEULEN, *The Global Arena of Food Law*, in *Erasmus Law Review*, 2010, p. 217.

<sup>120</sup> Come afferma C. MORINI, *Il diritto al cibo nel diritto internazionale*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, gennaio 2017, p. 35. Nel contributo appena citato l'a. ricorda tra le tante fonti internazionali di riferimento la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948) che, all'art. 25, par. 1, riconosce che «ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari»; mentre anni dopo l'art. 11 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (1966) riconosceva, con forza giuridica vincolante, che: «Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo ad un livello di vita adeguato per sé e per la propria famiglia, che includa un'alimentazione, un vestiario, ed un alloggio adeguati, nonché al miglioramento continuo delle proprie condizioni di vita». Al par. 2 è poi cristallizzato «il diritto fondamentale di ogni individuo alla libertà dalla fame», nonché l'obbligo per gli Stati – al fine di realizzare tale diritto – di adottare, individualmente e attraverso la cooperazione internazionale, tutte le misure necessarie. Dopo il 1966, il diritto al cibo è stato oggetto di riconoscimento e protezione in molteplici documenti internazionali sia di natura vincolante che non vincolante. L'ultimo strumento internazionale fondamentale in materia di diritto al cibo e assistenza alimentare è la *Food Assistance Convention*, firmata a Londra nel 2012 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2013. A questo proposito è significativo che nella Convenzione venga assicurato pienamente il diritto al cibo, che viene qualificato come almeno “adeguato, sicuro e nutriente”, come recita l'art. 1: “*The objectives of this Convention are to save lives, reduce hunger, improve food security, and improve the nutritional status of the most vulnerable populations by: (a) addressing the food and nutritional needs of the most vulnerable populations through commitments made by the Parties to provide food assistance that improves access to, and consumption of, adequate, safe and nutritious food; (b) ensuring that food assistance provided to the most vulnerable populations is appropriate, timely, effective, efficient, and based on needs and shared principles; and (c) facilitating information-sharing, cooperation, and coordination, and providing a forum for discussion in order to improve the effective, efficient, and coherent use of the Parties' resources to respond to needs*”.

<sup>121</sup> Il cibo, nella sua accezione di bene primario, è funzionale alla realizzazione del “diritto di ciascuno di emanciparsi dalla miseria, dalla fame”, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2015, p. 128.

<sup>122</sup> Il principio dello sviluppo sostenibile è stato – come è noto – recepito nel nostro ordinamento ad opera del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, nelle norme di cui all'art. 3 *quater*, che sostanzialmente attuano gli approdi del diritto internazionale e della giurisprudenza in materia. In realtà, a questo proposito va almeno menzionata la dottrina che ha rimarcato la circostanza per cui la distinzione tra il termine bisogno (riferito alle generazioni presenti) e possibilità (riferito alle generazioni future) potrebbe indicare una maggior concretezza per i bisogni dell'*hic et nunc*, e una

adeguatezza sembra non poter prescindere dal riferimento alla sostenibilità, che concerne l'obbligo di preservare la possibilità di nutrirsi anche per le generazioni future; inoltre "l'eccedenza che diventa spreco e poi rifiuto, infatti, ha un costo per l'intera collettività e per il pianeta"<sup>123</sup>.

A questo proposito si ricorda che, al contrario, l'approccio inizialmente utilizzato per configurare un diritto al cibo aveva trascurato del tutto la prospettiva delle future generazioni, atteso che dopo il secondo conflitto mondiale la preoccupazione degli Stati era prevalentemente quella di assicurare a tutti occupazione ed equi salari: tale garanzia avrebbe dovuto portare conseguentemente alla sicurezza di un'adeguata alimentazione e di un'abitazione per tutti. Ma questa prospettiva inadeguata e in parte miope ha mostrato tutti i suoi limiti, in particolare a séguito della grande crisi economico-finanziaria mondiale, che ha evidenziato un desolante vuoto normativo a livello di legislazioni statali attuative dei principi internazionali. Pertanto, il compito degli Stati, nella nuova prospettiva che può definirsi più lungimirante e in applicazione della normativa e dei principi sovranazionali, dovrebbe ora orientarsi nella direzione di *fulfill the right to food*, assicurando la protezione del diritto al cibo a livello statale mediante appropriate norme interne di attuazione<sup>124</sup>.

Al difficile compito degli Stati di assicurare il cibo sufficiente per tutti si aggiunga da ultimo la necessità di affrontare la drammatica sfida per il settore alimentare, sopraggiunta a séguito della recente pandemia di Covid-19, che già sta ferendo in modo significativo l'intero sistema agroalimentare, considerato che i limiti alla circolazione all'interno e tra i Paesi possono ostacolare i servizi logistici legati ai prodotti alimentari, portando conseguenze catastrofiche sulle

---

sorta di astrattezza per quelli delle prossime generazioni (N. LUGARESI, *Commento all'art. 3 quater, in Nuovo codice dell'ambiente con commento e giurisprudenza*, N. Lugaresi e S. Bertazzo, Sant'Arcangelo di Romagna, 2009, p. 76). Tuttavia, ad avviso di chi scrive, si tratta solo di una traduzione infelice, mentre occorre riferirsi alla fonte internazionale dove è il concetto di needs quello cui si fa riferimento in entrambi i casi (v. Rapporto Brundtland). Sul tema la letteratura è ormai molto estesa, cfr. per un approccio più ampio al tema G. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, p. 209; G.C. GARAGUSO e S. MARCHISIO (a cura di), *Rio 1992: vertice per la terra*, Milano, 1993, 65; M. MAROTTA, *Aspetti e tendenze dell'azione internazionale per la protezione dell'ambiente. Influenza sull'evoluzione del diritto ambientale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1992, p. 19; A.C. KISS, *Dix années après Stocholm, une décennie de droit international de l'environnement*, in *Annuaire français de droit international*, 1982, p. 783; F. SALVIA, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, 234; R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella «società del rischio»*, in *Dir. e soc.*, 2006, p. 525; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; ID., *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA, diretto da, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2012, vol. I, p. 559; M. RENNA, *I principi in materia di tutela ambientale*, in *RQDA*, 2012, p. 62.

<sup>123</sup> V. L. GIACOMELLI, *Il cibo come bene fondamentale e il ruolo innovativo delle urban food policies*, cit., p. 870.

<sup>124</sup> Cfr. C. MORINI, *Il diritto al cibo nel diritto internazionale*, cit., spec. p. 38.

intere catene di approvvigionamento alimentare e incidendo di conseguenza sulla effettiva disponibilità di cibo<sup>125</sup>. I problemi derivanti dalla necessità di provvedere al cibo per tutta la popolazione mondiale in tempo di pandemia (e oltre) si scontra con la realtà di un mondo che è invece sempre più globalizzato; ebbene proprio la globalizzazione del cibo rende inevitabilmente tutti i Paesi maggiormente esposti e vulnerabili agli *shock* che involgono la filiera alimentare. Si profilano ineluttabilmente, in aree di libero commercio come l'Ue, la minaccia di chiusura delle frontiere che, oltre ad alterare equilibri socio-economici, mette a rischio valori e diritti fondamentali e causa danni ingenti ai Paesi esportatori<sup>126</sup> di derrate alimentari nel mondo globalizzato, provocando d'altra parte problemi di carenza di cibo per Paesi che sono altamente dipendenti dalle importazioni. Né possono trascurarsi gli effetti nefasti per le aziende nazionali conseguenti all'adozione di blocchi, a misure di contenimento o all'annullamento delle commesse tra Stati membri o extra Ue: proprio a tal fine si rende più che mai necessario un maggiore coordinamento a livello europeo, per evitare forme di concorrenza sleale, garantire la libera circolazione delle merci e sostenere tutti gli attori che operano nella filiera. In tal senso si può menzionare la Comunicazione del 23 marzo della Commissione europea<sup>127</sup> in cui si traccia la strada relativa alle modalità di implementazione delle linee guida sul controllo delle frontiere pubblicate il 16 marzo<sup>128</sup>. Il documento assume un importante valore di coordinamento

<sup>125</sup> In queste settimane, il *World Food Programme* da un lato sta monitorando i prezzi delle derrate alimentari in numerosi Paesi, dato che in alcuni casi (come il riso in Thailandia, Vietnam e Myanmar) sono aumentate del 10-15%, dall'altro sta negoziando con i governi di vari Paesi per evitare che la chiusura delle frontiere possa impedire alle popolazioni in emergenza di ricevere aiuti umanitari (cfr. [www.affarinternazionali.it](http://www.affarinternazionali.it)).

<sup>126</sup> La pandemia di Covid-19 potrebbe naturalmente avere ripercussioni significative anche per l'intera filiera alimentare italiana. Anche se al momento, secondo la Coldiretti, il nostro Paese ha scorte sufficienti per più di due terzi delle materie prime nazionali e i tre milioni di lavoratori della filiera alimentare insieme alle 740 mila aziende agricole e le 70 mila imprese di lavorazione alimentare continuano a garantire continuità alle forniture di cibo e bevande alla popolazione. Restano tuttavia molto a rischio le esportazioni, posto che l'Italia esporta più del 70% della produzione (in particolare verso Francia, Germania, Regno Unito e Usa), cfr. [www.affarinternazionali.it](http://www.affarinternazionali.it).

<sup>127</sup> Comunicazione del 23 marzo 2020 C (2020) 1897 final. In essa si sottolinea che “*The Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services*1 adopted by the European Commission on 16 March 2020, stress the principle that all EU internal borders should stay open to freight and that the supply chains for essential products must be guaranteed”. Inoltre, si combattono le chiusure predisposte dagli Stati a causa della pandemia, in virtù dell'esigenza primaria di assicurare, in sicurezza, la possibilità di far giungere gli approvvigionamenti di cibo in tutta Europa “*Member States should act immediately to temporarily suspend all types of road access restrictions in place in their territory (week-end bans, night bans, sectoral bans, etc.) for road freight transport and for the necessary free movement of transport workers*”.

<sup>128</sup> Va infatti fatto sintetico riferimento al documento costituito a livello europeo dalle “*Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services*” pubblicate il 16 marzo 2020 e che definiscono un approccio integrato volto ad a una gestione effi-

dei commerci, ma anche di garanzia per la salute umana, consentendo la libera circolazione delle merci nell'Unione anche durante la pandemia; a tal fine gli Stati sono tenuti ad istituire, come accennato *supra*, delle vere e proprie corsie preferenziali – definite dal regolamento europeo n. 2020/466 “*green lanes*” – per l'attraversamento dei confini per far sì che eventuali controlli anche di tipo sanitario sulle merci trasportate – inclusi i prodotti alimentari – non debbano durare più di 15 minuti.

Tuttavia, si può presumibilmente affermare – a quanto pare – che “le conseguenze dei limiti alla circolazione della manodopera agricola e della fornitura di *input* porranno presto sfide critiche alla produzione alimentare, mettendo a repentaglio la sicurezza alimentare di tutti, e soprattutto delle popolazioni dei paesi più poveri”<sup>129</sup>. Sicché, al fine di garantire il buon funzionamento delle catene alimentari e di favorire la produzione e la disponibilità di alimenti diversificati, sicuri e nutrienti per tutti, paiono necessari maggiori sforzi per i Governi e per gli imprenditori del settore, nella prospettiva di assicurare l'obiettivo prioritario della tutela della salute dei consumatori e dei lavoratori, attenendosi dunque a misure di sicurezza come *test* clinici, distanziamento sociale e altre pratiche igieniche<sup>130</sup>. Nella dichiarazione dei Ministri dell'Agricoltura del G20 infatti si sostiene che l'impatto del Covid-19 sull'economia conferma la necessità di investimenti che scongiurino future epidemie di queste malattie infettive, riconoscendo le interconnessioni tra persone, animali, piante e il loro ambiente condiviso, seguendo la metodologia “*One Health*”<sup>131</sup>, che farebbe propendere verso un approccio *olistico* e

---

cace delle frontiere per tutelare la salute preservando, nel contempo, l'integrità del mercato interno. In realtà le linee guida, concernenti il trasporto di merci, stabiliscono che il settore dei trasporti e della mobilità è essenziale per garantire la continuità economica e che le misure di controllo – alle frontiere – non dovrebbero compromettere la continuità dell'attività economica e dovrebbe essere preservato il funzionamento delle catene di approvvigionamento. Il trasporto di merci non deve essere ostacolato perché fondamentale per mantenere la disponibilità di tutti i beni, in particolare (ma non limitatamente) di quelli essenziali (come il cibo, attrezzature e forniture mediche e protettive vitali). Inoltre, in questa prospettiva, anche i viaggi professionali per garantire il trasporto di merci e servizi dovrebbero essere assicurati. Tuttavia è importante garantire che gli spostamenti dei lavoratori nel settore dei trasporti, compresi gli autotrasportatori, avvenga in sicurezza per la loro salute.

<sup>129</sup> Secondo quanto affermato nell'ambito della Dichiarazione congiunta sull'impatto del Covid-19 sulla Sicurezza alimentare e sulla nutrizione, in occasione del Vertice Straordinario dei Ministri dell'Agricoltura del G20, in *www.unric.org*, cit.

<sup>130</sup> Per agevolare i controlli in condizioni di sicurezza per il personale è stata adottata dalla Commissione europea in data 30 marzo 2020 un regolamento di esecuzione n. 2020/466 in virtù del quale i controlli veterinari e fitosanitari su animali, piante, alimenti e mangimi possono essere effettuati in via eccezionale utilizzando persone specificamente designate (ad esempio laddove il personale delle autorità competenti non può raggiungere il luogo in cui dovrebbe essere effettuato il controllo, a causa delle restrizioni di movimento volte a prevenire la diffusione del virus).

<sup>131</sup> Si profila a questo punto necessaria una costante attenzione per rafforzare la resilienza dei sistemi alimentari rispetto a tali epidemie, ma anche a future ed eventuali altre crisi.

quanto più possibile comune ai temi della salute pubblica dei cittadini, degli animali e dell'ambiente in tutti i Paesi del mondo. Alla luce di un siffatto metodo – riconosciuto ufficialmente dal Ministero della Salute italiano, dalla Commissione europea e da tutte le organizzazioni internazionali quale strategia rilevante in tutti i settori che beneficiano della collaborazione tra diverse discipline (medicina, veterinaria, tutela ambientale, economia, sociologia ecc.) – occorre implementare un approccio multidisciplinare e collaborativo per affrontare i rischi potenziali che hanno origine dal contatto tra ambienti umani e animali, di vita e di lavoro ed ecosistemi ed, al fine di migliorare l'efficacia di tale criterio, occorre pertanto stabilire un migliore equilibrio e una sistematica interazione tra i gruppi professionali, potenziando l'efficienza delle reti esistenti, in particolare tra veterinari e medici, e per aumentare la partecipazione degli operatori ambientali e del settore faunistico, così come di sociologi, architetti, decisori istituzionali ed esperti dello sviluppo sostenibile.

Inoltre, tra gli effetti negativi della pandemia va considerato un altro profilo di criticità, legato all'inevitabile crisi economica che condurrà assai verosimilmente ad una riduzione dei redditi e alla perdita di posti di lavoro, oltre che al fatto che ciò andrà a riverberarsi *in primis* proprio sulla possibilità di accesso al cibo, pertanto gli sforzi per affrontare le conseguenze della pandemia dovrebbero concentrarsi supportando l'accesso al cibo per i non abbienti e per i soggetti vulnerabili, nonché per coloro il cui reddito è stato maggiormente colpito dalla pandemia<sup>132</sup>.

Tornando alla disamina della legge del 2016 – pur lungi dal costituire la soluzione a quello che appare come l'infinito problema della sicurezza alimentare – essa rappresenta un primo passo verso un radicale cambio di approccio alla problematica della solidarietà in materia di cibo, assicurando almeno una parziale risposta alle istanze di *food security*. A tal fine, il legislatore sollecita i Comuni ad offrire alle imprese alimentari, ai cittadini ed in particolare ai ristoranti una riduzione della tassa sui rifiuti urbani (Tari), proporzionata alla donazione di cibo eseguita ed opportunamente documentata.

È chiaro tuttavia che non esiste una soluzione unica per migliorare la sicurezza alimentare e che, anzi, diversi sono i fattori che possono giocare un ruolo

---

<sup>132</sup> Sicché, nella dichiarazione si auspica per fornire un'adeguata risposta al Covid-19 l'implementazione rapida di adeguate misure di protezione sociale, come i trasferimenti di denaro contante e l'investimento in sforzi di ripresa per salvare vite umane e mezzi di sussistenza. Alla luce di quanto appena affermato è infatti chiaro che in questo momento appare decisivo pensare ad "interventi collettivi per garantire che questa pandemia non minacci la sicurezza alimentare e la nutrizione, e per migliorare la resilienza alle crisi future. A tal proposito segnaliamo il Vertice sui Sistemi Alimentari del 2021 come opportunità per interventi trasformativi e contribuire al Decennio di Azione delle Nazioni Unite per raggiungere gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (SDGs) entro il 2030". Se tutte queste misure verranno opportunamente garantite raggiungendo i più bisognosi della terra si potrà sperare di evitare un'ulteriore diffusione della povertà e della fame.

fondamentale nel raggiungimento di tale obiettivo: innanzitutto il miglioramento della produttività agricola, soprattutto da parte delle superstiti famiglie contadine o di un'industria agricola consapevole dei suoi compiti e dei rispetti cui è tenuta, la crescita economica inclusiva e infine l'espansione della protezione sociale<sup>133</sup>.

Del resto, anche gli obiettivi dello sviluppo sostenibile previsti dall'Agenda 2030 devono necessariamente essere conseguiti dall'Unione europea: segnatamente l'obiettivo numero 2 "lotta alla fame" che è volto al conseguimento dell'accesso al cibo sicuro, al miglioramento della nutrizione ed alla promozione di un'agricoltura sostenibile entro il 2030, ma anche all'esigenza di raddoppiare entro la stessa data la produttività agricola e il reddito dei produttori di cibo su piccola scala, le donne in agricoltura, le famiglie di agricoltori, i pastori, gli allevatori e i pescatori.

Infine, sempre nel 2015 – in concomitanza con Agenda 2030 quindi – anche nell'accordo di Parigi del 12 dicembre, trattato internazionale giuridicamente vincolante sui cambiamenti climatici, adottato al termine della COP 21, si valorizzava l'esigenza di tutela della *food security*. Sulla base di questo Accordo ciascuno dei centonovantacinque Paesi coinvolti assume impegni di mitigazione e di adattamento ai cambiamenti climatici, con l'obiettivo di ridurre le emissioni di gas a effetto serra in modo da contenere l'incremento della temperatura del pianeta al di sotto dei 2°C<sup>134</sup>.

Un altro possibile strumento concreto per rendere effettivo il diritto al cibo a livello della comunità statale è costituito dalle norme contenute nella legge 3 ottobre 2014 n. 152, di ratifica ed esecuzione dell'accordo che permetterà anche agli individui o a gruppi di individui, sottoposti alla giurisdizione italiana, di presentare una comunicazione contro lo Stato per violazione dei diritti economici, sociali e culturali riconosciuti in sede internazionale nel Patto del 1966<sup>135</sup>.

Nella prospettiva solidaristica può agevolmente essere ascritta anche la

---

<sup>133</sup> Come evidenziato nel 2015 nel rapporto della FAO che, proprio in seguito al *Summit* del 1996, ha il merito di pubblicare annualmente un fondamentale rapporto concernente la situazione alimentare mondiale: *The State of Food Insecurity in the World*.

<sup>134</sup> Con l'impegno di operare attivamente per un ulteriore abbassamento della soglia a 1,5°C, rispetto ai livelli pre-industriali. Per quanto riguarda l'Italia, la legge di ratifica ed esecuzione dell'Accordo di Parigi è entrata in vigore l'11 novembre 2016 (legge 4 novembre 2016, n. 204). Cfr. sul punto L. ARISTEI, *L'Accordo di Parigi: obiettivi e disciplina*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, p. 73.

<sup>135</sup> Il 5 maggio 2013 è entrato in vigore sul piano internazionale il Protocollo facoltativo relativo al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, adottato a New York il 10 dicembre 2008. Tuttavia, un ruolo importante in materia di immediato godimento del diritto al cibo è sempre più svolto dai giudici nazionali, i quali, «costituiscono la via più efficace alla attuazione dei diritti umani in quanto essi[i] sono compost[i] da giudici indipendenti rispetto agli esecutivi; operano secondo un procedimento percepito come legittimo dai cittadini e dalle vittime di violazioni dei diritti umani; per la loro familiarità con il contesto nel quale operano, sono in grado di offrire quelle soluzioni giurisprudenziali che risultano politicamente più accettabili e giuridicamente più efficaci rispetto all'intervento di corti di rango internazionale».

recente direttiva Ue n. 633 del 17 aprile 2019 sulle pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese nella filiera agroalimentare, volta a minimizzarne i profili di vulnerabilità, cercando di proteggere le imprese più deboli sul mercato: in tal caso si tratterebbe di solidarietà nei confronti di imprese – e non di cittadini – più deboli<sup>136</sup>.

Infatti, l'impresa debole si trova in una condizione di vulnerabilità in quanto per raggiungere un numero sufficientemente ampio di consumatori finali ai quali vendere i propri prodotti non ha alternativa concreta ed è, pertanto, costretta ad accettare condizioni contrattuali ingiustificatamente sfavorevoli. Si direbbe di conseguenza che le tecniche di tutela previste nella direttiva 633/2019 sono volte a scongiurare il conflitto mediante un'attività di controllo ispirata a principi di mediazione e talvolta di deterrenza in grado di operare *ex ante* al fine di proteggere l'identità dell'imprenditore agricolo rispetto a comportamenti intimidatori della parte forte della relazione commerciale<sup>137</sup>.

In applicazione, pertanto, delle norme di cui agli artt. 38-42 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea si è cercato di contrastare la supposta debolezza concedendo una deroga in materia di concorrenza. Se gli agricoltori risultano infatti in grado di pervenire a forme di concentrazione – se pur non generale – dell'offerta, organizzandosi attraverso associazioni di produzione, essi dovrebbero versare nella condizione di gestire più efficacemente il rapporto con le industrie alimentari, superando per tal via anche il problema strutturale della piccola dimensione e continuando a mantenere, dunque, autonomia giuridica<sup>138</sup>. Sembra in altre parole che si possano intravedere ormai solide fondamenta giuridiche per la costruzione della strada che condurrà ad assicurare l'effettività delle

<sup>136</sup> La direttiva 633/2019 integra i confini di tutela presi in esame nella direttiva Ue dell'11 maggio 2005, n. 29, cui è stata data attuazione nell'ordinamento nazionale con i decreti legislativi rispettivamente 2 agosto 2007, n. 145 sulla pubblicità ingannevole e 6 settembre 2007, n. 146 sulle pratiche commerciali scorrette fra imprese e consumatori, decreto quest'ultimo che ha modificato gli artt. 18 e seguenti del Codice del consumo. V. sul punto F. LEONARDI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali e la funzione di controllo nella tutela della vulnerabilità dell'impresa agricola*, in *www.rivistadga.it*, n. 5, 2019.

<sup>137</sup> I. CANFORA, *Organizzazione dei produttori agricoli*, in *Digesto disc. priv.*, 2018, p. 355, si sofferma sul ruolo di intermediazione delle O.P. nelle trattative contrattuali; ID., *Le regole del gioco nelle filiere agroalimentari e i riflessi sulla tutela del lavoro*, in *Agriregionieuropa.unipm.it*, 2018; G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/CE*, in G. De Cristofaro (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e Codice del consumo*, Torino, 2008; A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 762 ss.; V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette (attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE)*, A. Genovese, a cura di, Padova, 2008; G. GUIZZA, *Il Divieto delle pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obblig.*, 2010, p. 1125.

<sup>138</sup> A livello nazionale, il d.lgs. 27 maggio 2005, n. 102 ha contribuito alla regolazione del mercato agroalimentare mediante il sostegno di organizzazioni di produzione, sotto forma di società di capitali, società cooperative e società consortili, oltre ad intese di filiera allo scopo di concentrare l'offerta e negoziare i prezzi di commercializzazione.

disposizioni in materia di diritto al cibo, soprattutto per la solidarietà infragenerazionale (riferita agli imprenditori più deboli) e interclasse (riferita ai meno abbienti); viceversa, sarà forse più difficile provocare cambiamenti sociali, economici e giuridici radicali, che oltretutto implicano investimenti finanziari assai cospicui, tali da assicurare il diritto al cibo alle generazioni future (intergenerazionale).

Una tendenza giurisprudenziale recente sembra infine confermare l'*imprintig* solidaristico nei confronti dei produttori agricoli, oltre che valorizzare il ruolo di primo piano assunto da ultimo dalla politica agricola comune.

Ciò risulta agevolmente dalla lettura della sentenza della Corte di giustizia europea, Grande Sezione, del 14 novembre 2017<sup>139</sup>, che ha consentito, in deroga alle regole sulla concorrenza, “la concertazione sui prezzi e sui quantitativi da immettere in commercio all’interno di un’organizzazione dei produttori agricoli (op) e delle associazioni di tali organizzazioni (aop). Al di fuori di questo contesto, queste pratiche costituiscono intese contrarie al diritto della concorrenza”. In altre parole, scambi di informazioni strategiche, coordinamento del volume di prodotti agricoli immessi sul mercato e coordinamento della politica tariffaria dei singoli produttori agricoli, sono stati ritenuti alla stregua di prassi che rientrano nel perseguimento degli obiettivi assegnati dalla legislazione europea ai produttori agricoli, che pertanto possono costituire *–jure–* un’eccezione al divieto, sinora inderogabile, delle intese astrattamente contrarie alla libera concorrenza.

La sentenza conferma che, in forza del trattato sul funzionamento dell’Unione europea, la politica agricola comune sembra acquistare eccezionalmente una posizione di preminenza rispetto agli obiettivi della concorrenza. La decisione della Corte, che risponde a un caso sollevato da alcune organizzazioni francesi di produttori di indivia, era particolarmente attesa in quanto il principio dell’eccezione della politica agricola comune alle applicazioni delle norme di tutela della concorrenza è recepito dalle modifiche alla PAC apportate dal cosiddetto regolamento *omnibus*.

È innegabile, in conclusione, che sia stata aperta un’ampia breccia nell’edificio della tutela della concorrenza, che involge la Commissione e i garanti dei singoli Stati membri, con una norma di chiara natura politica, lasciando “passare avanti” pratiche di concertazione sui prezzi dei prodotti agricoli, dei tipi di produzione da privilegiare ecc., allo scopo di razionalizzare, mediante gli accordi tra i produttori agricoli, la PAC e migliorarne decisamente i risultati.

## 7. Tendenze protezionistiche e libera concorrenza

Tra le altre sfide con prevedibili proiezioni future di interesse del diritto alimentare si può invece ritenere altrettanto verosimilmente che il diritto europeo

---

<sup>139</sup> Nella causa c-671/15 *Président de l’Autorité de la concurrence/ Association des producteurs vendeurs d’endives (APVE)* e a.

dovrà celermente tentare di colmare alcuni (gravi) vuoti di regolazione, al fine di garantire un sistema di tutela e regolazione omogeneo su tutto il territorio Ue<sup>140</sup> e per evitare dunque “giochi” nazionali – già in atto – volti a ripristinare sostanzialmente il – tradizionale, del resto – protezionismo in materia alimentare. In realtà, non sono nuovi nella storia dell’integrazione europea i ritorni in senso sovranista, anzi, le riserve verso l’unificazione europea sembrano essere iniziate con l’unificazione stessa e si può dire che con il processo di globalizzazione esse si siano esacerbate, divenendo assai più nette durante la crisi economico-finanziaria e con le misure di austerità imposte a molti Paesi dalle istituzioni europee e sovranazionali<sup>141</sup>.

Di certo, si può registrare una certa ventata protezionistica spirante inizialmente da oltre Atlantico – ma da ultimo determinata in modo più deciso dalla reazione alla pandemia – che sembra dal canto suo suggerire aspirazioni “sovraniste”, anche in ambito europeo<sup>142</sup>. Si fa riferimento a questo punto almeno alla recente tendenza a riscoprire accordi commerciali bilaterali e regionali, quali strumenti idonei a contrastare, pur con riferimento ad una dimensione territorialmente e tematicamente più ristretta rispetto a quella propria degli accordi di Marrakech, talune tendenze protezionistiche e di chiusura dei mercati che si vanno diffondendo anche in Paesi tradizionalmente aperti al commercio internazionale. Sicché, (anche) in questa prospettiva di ritorno ad ambizioni sovraniste per il tramite di accordi più ristretti, può ben dirsi che il diritto alimentare possa identificarsi quale “diritto della condivisione e contaminazione, dei modelli e degli istituti, così come dei bisogni e delle criticità che hanno dato origine a tali modelli ed istituti”<sup>143</sup>.

<sup>140</sup> Per le prospettive problematiche di diritto comune insiste nel rapporto tra il mercato unico europeo e il consumatore, anche negli aspetti di tutela in giudizio, cfr., A. CALDERALE, *Il mercato unico europeo e il consumatore*, in *Istituto italo-brasilero de direito privado e agrário comparado. Revista doutrinaria*, Rio de Janeiro, 2001, p. 3-25, studio approfondito, con in più una dotazione di riferimenti dottrinari preziosa.

<sup>141</sup> Cfr., sul tema dei rapporti tra sovranismi e liberismo, il prezioso contributo di L. FERRAJOLI, *L'alleanza perversa tra sovranismi e liberismo*, in *Costituzionalismo.it*, 23 aprile 2019. In particolare Pa. si sofferma su tre aspetti: il ruolo delle misure antisociali; la funzione delle politiche isolazioniste; l’influenza del populismo e della sovranità dei mercati nella negazione della sovranità dei diritti. Cfr., inoltre sul tema AL. MASTROPAOLO, AN. MASTROPAOLO, *Sovranismi*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2019.

<sup>142</sup> “Tuttavia la verità consiste nel fatto che, oramai, le economie dei diversi paesi del mondo sono fortemente correlate, e se solo si pone mente al fatto che spesso gli europei mangiano mele cilene, aglio argentino, che negli USA si consumano olio d’oliva e vino italiano, così come le autovetture assemblate nei vari Stati sono composte da pezzi prodotti nei territori più diversi del globo (gli esempi potrebbero essere moltiplicati per enne volte), si può comprendere che tornare all’autarchia o al protezionismo – che in realtà sono, di fatto, sinonimi – appare un traguardo irraggiungibile e non auspicabile”. Cfr. L. COSTATO, *Protezionismo e accordi bilaterali: l’emergere di nuovi modelli di regolazione nel commercio internazionale dei prodotti alimentari*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, gennaio 2017, p. 1.

<sup>143</sup> L. COSTATO, *Protezionismo e accordi bilaterali: l’emergere di nuovi modelli di regolazione nel commercio internazionale dei prodotti alimentari*, cit.

In questo senso, va fatto riferimento all'introduzione –di certo non rassicurante per le sorti della libera e leale circolazione degli alimenti – di una misura appena varata dalla Repubblica francese, volta ad introdurre un'etichetta “a semaforo” sul valore nutrizionale degli alimenti<sup>144</sup>. Essa potrebbe coincidere con una decisa inversione di tendenza verso le produzioni nazionali, penalizzando in modo evidente la competizione a livello europeo e il principio di parità delle armi, corollario del più ampio principio di libera concorrenza. Tuttavia, se si provasse che una misura di tal genere provoca l'effetto di creare un ostacolo alla concorrenza, anche potenziale, per l'immissione in commercio ad esempio in Francia di prodotti di altri Stati membri, questa potrebbe essere configurata come violazione dei trattati<sup>145</sup>.

Uno strumento così concepito infatti avrebbe per effetto quello di consentire una sorta di denigrazione degli alimenti stranieri e di ostacolare alla fine l'ingresso degli stessi.

Inoltre, si consideri che i Paesi che potrebbero subire un particolare pregiudizio a seguito dell'introduzione di questa misura – il decreto *Nutriscore*<sup>146</sup> costituisce modello ufficiale di etichettatura nutrizionale dall'ottobre 2017 –

---

<sup>144</sup> Il regolamento europeo n. 1924 del 2006, concedeva tre anni di tempo alla Commissione Ue per approvare e pubblicare, entro il 19 gennaio 2009, i criteri per stabilire i profili nutrizionali degli alimenti, cioè i valori massimi di zuccheri, grassi e sale che un cibo può contenere per poter essere definito sano. Se fossero stati definiti i profili nutrizionali questa circostanza avrebbe impedito già da dieci anni di utilizzare nell'etichetta e nelle pubblicità frasi che vantano, talvolta enfaticamente, benefici nutrizionali – come “Ricco di vitamine”, “Fonte di calcio”, “Aiuta a crescere” – per alimenti con un alto contenuto di grassi, zucchero e sale.

<sup>145</sup> La dottrina ha proposto a questo proposito di la possibilità di riunire “un team di esperti, più ancora tecnologi alimentari che giuristi, per studiare attentamente nelle loro implicazioni commerciali gli articolati criteri di applicazione del “semaforo” francese, e per individuare (ammesso che vi siano) tutti i casi nei quali esso possa anche solo indirettamente, od anche solo in potenza (secondo l'insegnamento della giurisprudenza *Dassonville*) tradursi in un ostacolo ingiustificato all'immissione in commercio in Francia di prodotti di altri Stati membri, cioè in una violazione dei Trattati”. Così P. BORGHI, *Rosso, giallo o verde? L'ennesima etichetta alimentare “a semaforo”, l'ennesimo segno di disgregazione*, in [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), n. 2, 2017.

<sup>146</sup> Il sistema *Nutriscore* è un logo che esprime la qualità globale degli alimenti in modo chiaro e immediato attraverso cinque colori, dal verde al rosso, e serve ad aiutare il consumatore a percepire immediatamente le caratteristiche nutrizionali dei prodotti. Il punteggio *Nutriscore* ha una base scientifica molto solida (oltre 40 studi pubblicati su riviste internazionali sottoposti a *peer review*, incentrati in particolare sulla prevenzione delle malattie croniche). Si presenta con un formato a 5 colori (dal verde al rosso) abbinato a 5 lettere (dalla A alla E) e assegna un punteggio, per 100 grammi di prodotto, nel quale si rappresenta, mediante una lettera e un colore determinato – il contenuto di nutrienti e alimenti da promuovere (fibre, proteine, frutta e verdura) e da limitare (energia, acidi grassi saturi, zuccheri, sale). È stato adottato da Francia (ottobre 2017), Belgio (aprile 2018), Spagna (novembre 2018), Germania (settembre 2019) e Olanda (novembre 2019) ed è in discussione in molti altri Paesi europei. Un sistema simile può rinvenirsi nel Regno Unito, dove la *Food Standards Agency* ha sviluppato un sistema semplificato, a “semaforo” con cibi a luce rossa, gialla e verde (fonte: [www.ilfattoalimentare.it](http://www.ilfattoalimentare.it)).

sono proprio quelli contigui, come l'Italia che condivide radici e cultura simile, prodotti dell'agricoltura e dieta mediterranea e che, al contrario, avrebbero tutto l'interesse a presentarsi uniti, sia in sede europea che sui mercati globalizzati<sup>147</sup>.

Tuttavia, ciò che va rimarcato è che se queste etichette hanno ormai preso piede nel nord Europa, in Paesi come Gran Bretagna, Germania, Francia e Belgio, la circostanza sembra dipendere da un sostanziale vuoto normativo lasciato dalle norme europee, considerato che nel regolamento n. 1924 del 2006 si rinviava ad una futura regolazione di profili nutrizionali degli alimenti, che avrebbe consentito la predisposizione di un unico strumento di valutazione nutrizionale degli alimenti, con la conseguenza di bloccare iniziative di tipo autonomo e con risvolti potenzialmente volti a ristabilire il protezionismo da parte dei singoli Stati.

Si segnala comunque da ultimo una possibile svolta costituita dalla proposta formulata da parte dell'Italia di un diverso sistema di etichettatura nutrizionale, c.d. a batteria, che verrà vagliato dopo uno studio d'impatto dalla Commissione europea<sup>148</sup>, nell'ambito della strategia *Farm to Fork*. La strategia risulta parte importante dell'*European Green Deal* e costituisce un piano decennale messo a punto dalla Commissione per guidare la transizione verso un sistema più equo, sano e sostenibile, tramite la riduzione dell'uso di pesticidi chimici e fertilizzanti entro il 2030, in linea con gli obiettivi indicati da Agenda 2030. Infatti, la crisi ha provato l'estrema vulnerabilità del settore agroalimentare e l'importanza di ripristinare l'equilibrio tra l'attività umana e la natura. In tal modo, con la strategia sulla biodiversità e con la strategia "Dal produttore al consumatore" si tenta di realizzare concretamente il *Green Deal*, verso un nuovo e migliore equilibrio fra natura, sistemi alimentari e biodiversità, proteggendo la salute e il benessere delle persone e, al tempo stesso, rafforzando la competitività e la resilienza dell'Ue.

## 8. *La semplificazione nella più recente normativa in materia alimentare*

Proprio la prospettiva della globalizzazione dei mercati e la nuova concorrenza sul piano mondiale impongono di tenere nella giusta considerazione quelle istanze volte a rendere più celeri e semplificate le procedure autorizzative, fattore assolutamente determinante per il buon funzionamento del mercato europeo,

<sup>147</sup> "Attualmente, a Francia e Italia assieme fa capo più del 37% del totale delle DOP e delle IGP riconosciute a prodotti agricoli e alimentari" (dati ricavati da Database DOOR), e più del 68% di tutte le DOP e le IGP dei vini (dati ricavati dal database *E-Bacchus*); così P. BORGHI, *Rosso, giallo o verde? L'ennesima etichetta alimentare "a semaforo", l'ennesimo segno di disgregazione*, cit.

<sup>148</sup> Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Una strategia dal produttore al consumatore per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente", Com/2020/381 *final*.

posto che ogni ritardo può comportare significative riduzioni dei profitti e perdita di competitività.

In tal modo va ricordato che il diritto alimentare negli ultimi interventi normativi ha mostrato di privilegiare le esigenze della semplificazione, cui si uniscono anche quelle della razionalizzazione, in particolare nel regolamento sui controlli ufficiali lungo la filiera alimentare.

Il regolamento n. 2017/625<sup>149</sup>, che, come è noto, introduce un unico sistema integrato dei controlli, è stato approvato soprattutto per semplificare e razionalizzare i controlli di fronte alla eccessiva pluralità delle fonti, dopo l'introduzione del Pacchetto igiene e delle successive integrazioni.

La dottrina<sup>150</sup> che se ne è occupata ha inteso definire quello appena citato alla stregua di un regolamento “della *complessità* e della *globalizzazione*”: la differenziazione corrisponde alle dimensioni e alla numerosità crescente delle aree interessate dalla nuova disciplina sia nel merito che sotto il profilo meramente istituzionale, ma per le stesse complesse finalità assunte, poiché il nuovo regolamento sin dalle premesse investe insieme “la sicurezza alimentare, l'integrità e la salubrità”. Sintomatico a tal proposito può ritenersi il potere attribuito alla Commissione europea di istituire di Centri di riferimento dell'Unione per l'autenticità e l'integrità della catena agroalimentare, oltre che di laboratori di riferimento dell'Unione europea intesi ad assicurare qualità, uniformità ed affidabilità delle analisi, prove e diagnosi ed a migliorare ed uniformare le attività dei laboratori nazionali senza trascurare i Centri di riferimento dell'Unione europea per il benessere degli animali.

Per sottolineare la particolare ampiezza – forse eccessiva – delle finalità in tal guisa assunte va ricordato che il significato del termine *wholesomeness* è il più ampio possibile, perché rimanda all'idea di interezza, integrità, finanche moralità. Sicché appare agevole la constatazione per la quale la caratteristica cui gli alimenti debbono tendere debba essere d'ora in avanti non soltanto la non nocività, ma, in positivo, la loro salubrità, accompagnata da una dimensione che valorizzi la ricchezza e diversità, ma anche l'onestà sulle informazioni del prodotto, in ordine a quanto in esso contenuto<sup>151</sup>.

In altre parole, il regolamento propone in modo chiaro la necessità che venga privilegiato per la prima volta un approccio olistico al tema dei controlli.

D'altro canto, sembra corretto definire il nuovo complesso di norme

---

<sup>149</sup> M. GIOIA, *Prime note sul regolamento n. 625/2017*, *www.rivistadga.it*, n. 4, 2017; F. ALBISINNI, *Il Regolamento (UE) 2017/625: controlli ufficiali, ciclo della vita, impresa e globalizzazione*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, n. 1, 2018, pag. 11.

<sup>150</sup> F. ALBISINNI, *Il Regolamento (UE) 2017/625: controlli ufficiali, ciclo della vita, impresa e globalizzazione*, cit.

<sup>151</sup> V. per questa precisazione il contributo di F. ALBISINNI, *Il Regolamento (UE) 2017/625: controlli ufficiali, ciclo della vita, impresa e globalizzazione*, cit.

europee “regolamento della globalizzazione”, non soltanto in riferimento alla dimensione geografica connessa al mercato, agli scambi nel mercato interno e nel mercato globale, ma anche quanto all’oggetto assai ampio, così come è estremamente ampio e in continuo incremento il ventaglio dei destinatari, e più in generale il perimetro, tematico e istituzionale del fenomeno.

Oltre a prevedere l’istituzione di organi con compiti di vigilanza frontaliera, il regolamento Ue n. 625 introduce l’adozione di sistemi informatici unificati per il trattamento delle informazioni e forme più ampie di collaborazione tra Stati membri, ivi comprese le attività di formazione congiunta.

In realtà, già la disciplina dei controlli ufficiali – contenuta nel regolamento Ce 882/2004, in vigore dal 2006, – aveva dimostrato solidità e capacità innovativa, basata su di un approccio integrato ed orizzontale: tuttavia si sono inevitabilmente resi necessari, con il rapido evolversi delle tecnologie, alcune correzioni di percorso in relazione a tematiche particolari.

I principi generali della nuova disciplina possono agevolmente essere rinvenuti nella semplificazione, nell’armonizzazione, nell’efficienza, nella trasparenza, nell’approccio *risk-based* e nell’approccio integrato lungo la filiera presente nello specifico mercato.

Il suo campo di applicazione sembra notevolmente ampliato, estendendosi alla sanità delle piante, ai materiali di riproduzione delle piante, ai sottoprodotti animali, al controllo dei residui. Molto più spazio, inoltre, viene dedicato alle procedure volte ad assicurare la trasparenza (art. 11), ai piani di controllo nazionali pluriennali, che prevedono il conseguimento di obiettivi strategici, indicatori di performance e livello minimo di controlli, ai piani coordinati di controllo che, *ex art.* 112, hanno l’obiettivo di rendere più attivo il sistema di controllo comunitario.

Il vero punto di forza risulta il nuovo sistema informatico (Imsoc), previsto negli artt. 131/136, che ha integralmente modificato *in melius* la gestione delle informazioni sui controlli e delle altre attività ufficiali<sup>152</sup>. Naturalmente i vantaggi ipotizzati dalla messa a regime del nuovo sistema di controlli dipenderanno dall’implementazione effettiva del sistema e dai suoi eventuali ritardi, oltre che dall’accordo sull’*e-certificazione*. Inoltre, in questo rinnovato quadro giuridico, anche le sanzioni sembrano essere più severe, proporzionate e potenzialmente più efficaci che nel passato, nella prospettiva di garanzia della effettività delle disposizioni appena approvate.

---

<sup>152</sup> In particolare, il sistema Imsoc attiva elettronicamente la maggior parte delle disposizioni del regolamento 625, consente lo scambio tra gli SM di tutti i documenti e i dati necessari per i controlli ufficiali, attua l’assistenza amministrativa e la cooperazione (AAC) e unifica i sistemi in relazione ai rischi per la salute umana, vegetale e animale, consente la comunicazione a/da i Paesi terzi, migliora in altre parole notevolmente l’efficacia dei controlli.

## 9. *Spunti ricostruttivi*

La strada per la nuova concezione del diritto alimentare può dirsi senz'altro segnata a livello internazionale da Agenda 2030, che nei suoi obiettivi, da raggiungere entro un lasso di tempo di quindici anni, introduce quella che ormai viene definita come agricoltura sostenibile, da un punto di vista ambientale, sociale ed economico.

Nella stessa direzione va anche la politica europea, considerata la recente approvazione da parte della Commissione del *Green new deal*, il piano che consta di una nuova strategia per contrastare il cambiamento climatico e promuovere gli investimenti in tutti i settori dell'economia, dall'energia all'edilizia, dall'industria alla mobilità, dall'agricoltura all'alimentazione, valorizzando le pratiche agricole più sostenibili, il metodo biologico anzitutto. Si tratta di un documento avanzato, che segna un cambio di paradigma assai significativo, ma che potrà ottenere gli sperati risultati soltanto se tutti gli sforzi politici – anzitutto – e normativi saranno orientati verso l'obiettivo della sostenibilità e se si affermerà l'impegno e la partecipazione generale nell'ambito di ogni Comunità nazionale.

In considerazione di queste nuove istanze, ormai irrinunciabili, l'agricoltura va, dunque, verso una nuova "rivoluzione" che dovrebbe consentirle, da un lato, "di alimentare gli abitanti della terra, molti dei quali soffrono la fame, di utilizzare il terreno senza sfruttarlo...mettendo a rischio la sua fertilità, attraverso tecniche che si stanno affermando sia nella lotta agli insetti dannosi<sup>153</sup>, sia in quella nei confronti delle erbe infestanti o nell'uso dell'acqua d'irrigazione"<sup>154</sup>.

Molta strada è stata percorsa dal diritto europeo in materia alimentare, posto che si deve al livello europeo la predisposizione di una regolamentazione che può definirsi omogenea – e ormai abbastanza soddisfacente – sugli alimenti, oltre alla formulazione di principi giurisprudenziali che sembra abbiano consentito il contemperamento delle ragioni economiche con la necessità primaria di tutela della salute umana e dei consumatori.

Eppure appare chiaro che le ultime sfide del diritto alimentare pongono nuovi problemi giuridici: il riferimento è alle necessità di regolamentare i nuovi ambiti, nuovi oggetti e pericoli per la salute umana direttamente collegati, ad esempio, all'innovazione tecnologica sempre più rapida in campo alimentare,

---

<sup>153</sup> La crisi attuale nel settore dell'apicoltura conferma la grave perdita di biodiversità – a causa dei cambiamenti climatici – alla quale stiamo assistendo, con ricadute sicuramente negative su ambiente ed economia. La Lombardia, che ha subito nel 2019 un forte calo produttivo del 75% rispetto alla media, con un sostanziale azzeramento nelle fasce collinari e in montagna, ha approvato il piano annuale per il settore dell'apicoltura, mettendo a disposizione 740.000 euro di fondi ministeriali per l'attuazione di misure atte a migliorare la produzione e la commercializzazione dei prodotti nel settore che, in questa regione, incide per il 12% sul patrimonio apistico nazionale.

<sup>154</sup> Così L. COSTATO, *Editoriale*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, n. 1, 2019.

proprio alla luce del processo di globalizzazione, per il quale ormai l'integrazione e l'interdipendenza dei mercati internazionali si avviano a divenire realtà (e che, come accennato, hanno probabilmente concorso alla rapida diffusione del Covid-19).

Si avvia tuttavia inesorabilmente anche una nuova fase che – proprio a séguito della necessità di rispondere alla pandemia tuttora in corso – non potrà prescindere dall'apprestare e potenziare sempre più un approccio olistico tra le varie discipline: il riferimento è alla nuova strategia conosciuta come “*One Health*”, che mira a riconoscere la stretta interconnessione tra la salute delle persone, degli animali e degli ecosistemi e promuove l'applicazione di un approccio collaborativo, multidisciplinare, intersettoriale e coordinato per affrontare i rischi potenziali o già esistenti che hanno origine dall'interfaccia tra uomo, ambiente, animali ed ecosistemi.

Cresce inoltre, come conseguenza della pandemia, il bisogno di assicurare il cibo per tutti, che probabilmente non sarà garantito anche a causa di un ulteriore impoverimento delle fasce più deboli della popolazione mondiale, ma allo stesso tempo le esigenze di igiene e qualità del cibo sembrano altrettanto importanti, acquisendo un'indubbia nuova rilettura nelle istanze dei cittadini ormai sempre più informati e preoccupati per i pericolosi effetti dei cibi insalubri sulla salute umana (si pensi alla richiesta di molteplici associazioni ambientaliste volte a garantire la chiusura dei *wet market* in Cina per evidenti esigenze sanitarie).

L'emergenza attuale impone una serie di riflessioni, anche (ma non soltanto) del giurista, su come proteggere i sistemi alimentari nazionali e mondiali da crisi globali, al fine non solo di ripensare gli attuali modelli di distribuzione, logistica e consumo, ma anche investire in politiche che favoriscano l'imprenditoria agricola giovanile, improntata a criteri di sostenibilità. Più che in ogni altro momento storico, mai come ora è determinante cercare di guardare oltre il breve periodo e cercare di adottare una visione strategica, fare nuovi investimenti, innovare, tentando l'adattamento infine a una lunga convivenza con la minaccia pandemica.

D'altra parte, non si può negare che alla pandemia subentrerà sicuramente un cambiamento nella stessa concezione di cibo come valore identitario, del resto “il cibo si pone all'origine della società, del pensiero della religione e persino delle differenze culturali e di classe”<sup>155</sup> – in quanto segno di appartenenza a gruppi o tribù alimentari e connotato etnico, posto che la rinascita dei confini e le limitazioni alla circolazione delle persone per motivi sanitari e di salute pubblica e il forte ma inevitabile rallentamento del turismo proveniente dall'estero potrebbero favorire l'etnocentrismo (la preferenza accordata ai cibi nazionali) e l'autarchia produttiva. Sicché, in considerazione di questi mutamenti socio-economici le filiere di produzione, divenute lunghe per effetto della globalizzazione, potrebbero tornare ad accorciarsi e, in aggiunta a ciò, anche i prodotti tradi-

<sup>155</sup> L. GIACOMELLI, *Il cibo come bene fondamentale e il ruolo innovativo delle urban food policies*, cit., p. 869.

zionali e a indicazione di origine protetta, dop igr e stg, molto verosimilmente potrebbero subire un pregiudizio per la diminuzione del turismo estero.

Quindi sempre maggior richiesta di cibi sicuri da parte di un consumatore quasi sempre informato e consapevole, oltre che rilevanza del profilo della sicurezza di approvvigionamento alimentare per tutti. Sembra che a fronte della crisi provocata dalla pandemia l'attenzione del diritto alimentare possa e debba evolvere sulla sicurezza del cibo sia in senso qualitativo (*food safety*), sia in senso quantitativo (*food security*).

Nella disciplina dei *novel foods*, esemplificativamente, l'ordinamento europeo ha dovuto considerare, a causa della probabile e progressiva diminuzione delle fonti tradizionali di proteine animali a fronte del costante aumento della popolazione mondiale, anche la possibilità di commercializzare e dunque di ingerire insetti (entomofagia), innovando rispetto alla precedente regolamentazione del 1997. L'evoluzione del settore alimentare è dunque assai rapida, ed altrettanto rapidamente è necessario che il diritto appresti le soluzioni di tutela preventiva per la salute umana più opportune: ad esempio, nel caso dei *novel foods*, è necessario considerare i rischi legati all'entomofagia e le reali possibilità che si possano integrare le diete occidentali con la nuova forma di proteine animali, comunque apprestando una legislazione di tutela *infortiata* per la salute umana dei consumatori e predisponendo, per questa materia, principi giuridici particolarmente elastici ed efficaci.

Ma, se l'innovazione tecnologica appare in questo ambito particolarmente efficace e qualificante, è pur vero che anche l'ordinamento di settore reagisce apprestando strumenti giuridici di opportuna tutela, sicché anche *l'innovazione giuridica* che il diritto alimentare propone di continuo nella sua fisiologica evoluzione sembra assumere assoluto rilievo. Di conseguenza, come ulteriore elemento caratterizzante del settore giuridico dell'alimentazione si segnala la circostanza per la quale esso può costituire un emblema dell'innovazione giuridica innovativa, che sperimenta nuovi istituti, introduce controlli, istituisce nuove *Authority*, nuovi rapporti tra centro e periferia, infine si avvale di quel particolare tipo di procedimenti amministrativi – anch'essi relativamente nuovi e qualificati dalla dottrina come composti – in cui si realizza una stretta collaborazione tra Commissione e Stati membri, atteso che il momento decisionale si alterna tra livello europeo e nazionale.

Sembra di poter osservare che è proprio nei nuovi ritrovati della scienza che si cela la spinta verso l'innovazione giuridica che, con norme flessibili, tende ad ottenere risultati all'altezza dell'innovazione tecnologica, accompagnando i consumatori, parallelamente al processo scientifico, verso una costante fiducia nel *nomos*: infatti l'innovazione alimentare può essere accettata, garantendo altresì il corretto funzionamento del mercato, soltanto se sussista chiarezza e conseguentemente certezza del diritto<sup>156</sup> che la regola.

---

<sup>156</sup> Sull'importanza del rispetto di questi principi, costituzionalmente garantiti e fra loro interconnessi, cfr. A. SANDULLI, *Constitutional imperatives: legal Certainty, Participation, Transparency*, in *Revue Européenne de droit public*, 2015, p. 1105.

In definitiva, – lungi dal fare a meno dei lacci e laccioli che il rispetto della normativa ambientale prevede (come invece accade sistematicamente in periodi di recessione economica<sup>157</sup>)- l'unica via percorribile, che proprio la pandemia sembra aver evidenziato, sembra essere quella della sostenibilità, prevedendo la costruzione di sistemi alimentari sostenibili e resilienti, che risultino in linea con le norme poste a tutela dell'ambiente e che assicurino il cibo per tutti, rivelandosi abbastanza forti e organizzati in modo da reggere la sfida di eventuali ritorni pandemici o catastrofi ambientali negli anni a venire.

---

<sup>157</sup> Ed infatti sovente accade che le c.d. *bad practices* prendano il sopravvento e che “qualsiasi stagione, anche breve, di crisi economica rappresenti fatalmente un rischio per l'innocentissimo ambiente: infatti, è – troppo spesso ormai – a suo carico che verranno conseguiti i risparmi dell'imprenditore pubblico o privato. Le buone ma costose pratiche dello smaltimento secondo legge e regolamento del rifiuto industriale vengono ben presto trascurate fino alla loro completa obliterazione: lo stato di necessità economica impone infatti rinunce e sacrifici, molti dei quali, tuttavia, da trasferire sostanzialmente per intero a carico della collettività”, come osserva M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Note minime su beni comuni e funzione amministrativa*, cit., spec. p. 98.

In ordine alla tutela offerta dalla giustizia amministrativa rispetto alle conseguenze spesso devastanti di una crisi economica cfr. invece M.A. SANDULLI, *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in *La domanda inerasa: la verifica delle teorie economiche che condizionano la Costituzione europea e quella italiana*, Bologna, 2016. V., più in generale sulla giustizia amministrativa recentemente F.G. SCOCA, a cura di, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2018; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XIII ed., Torino, 2019; P. M. VIPIANA, V. FANTI, M. TRIMARCHI, *Giustizia amministrativa*, Padova, 2019. Nel processo amministrativo tuttavia si riflettono le debolezze dell'amministrazione italiana, sicché sovente il giudice assume non solo un ruolo di controllo, ma anche di guida e di supplenza rispetto all'amministrazione, con conseguenti effetti nefasti per l'incertezza e la frammentazione che in tal modo vengono originate, come nota L. TORCHIA, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 189. Del resto, da ultimo è stato autorevolmente evidenziato da S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 1, come il diritto amministrativo sembri essere ormai dominato solo da due tensioni, quella tra legge e amministrazione e quella tra giudice e amministrazione. Al contrario, la giustizia – sempre secondo S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e processo civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 141, – dovrebbe essere vista come un servizio ai cittadini, invertendo definitivamente la rotta rispetto ad un passato in cui si tollerava un assetto autoritario dei rapporti tra p.a. e cittadini.

V., infine, per una disamina della giurisprudenza della Corte di giustizia sui diritti sociali e la sua evoluzione conseguente alla crisi e alle relative politiche di *austerità* che porta sovente alla compressione di quei diritti, in virtù della necessità di privilegiare le istanze economiche su quelle più squisitamente politiche, F. SALMONI, *Le politiche di austerità e i diritti sociali nel processo di integrazione europea*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2020.

### **Abstract**

Il saggio intende indagare i caratteri peculiari del diritto alimentare, quale complesso sistema multilivello, e i principi che lo reggono, evidenziandone al contempo le prospettive di sviluppo nel prossimo futuro. È infatti noto che la pandemia da Covid 19, che ha colpito in modo assai grave il settore agroalimentare, abbia comportato inevitabili chiusure dei mercati, con il conseguente rallentamento del processo di globalizzazione ormai in atto da tempo.

Si rivelerà pertanto fondamentale il ruolo dell'Unione europea nel coordinamento della reazione alla crisi, anche in relazione alla tutela del valore della concorrenza, da un lato, e della sostenibilità ambientale e sociale, dall'altro.

Food Law and Environment. Perspectives of Food Law facing challenges of Globalization and Covid-19

by Giovanna Mastrodonato

This paper aims to address peculiar features of Food Law, as a complex multi-level system, and principles that underpin it, while highlighting its prospects for development in the near future. In fact, it is well known that Covid-19 pandemic, which has affected the agri-food sector in a substantial way, has led to inevitable market closures, with a resulting slowdown in the globalization process that has been going on for some time. EU's role will be crucial in coordinating responses to crisis, including in relation to protecting the value of competition, on the one hand, and environmental and social sustainability, on the other.



# Un “terzo paesaggio” per le periferie: abbandono, rammendo, pianificazione

di Clara Napolitano

*«Terzo Paesaggio rimanda a Terzo stato (non a Terzo mondo).  
Spazio che non esprime né potere, né sottomissione al potere.*

*Fa riferimento al pamphlet di Sieyès del 1789:*

“- Che cos’è il Terzo stato?

- Tutto.

- Cos’ha fatto finora?

- Niente.

- Cosa aspira a diventare?

- Qualcosa”»

G. CLÉMENT, *Manifesto del Terzo paesaggio*

SOMMARIO: 1. Periferia come «anticità». – 2. Il rammendo e il suo fallimento.– 3. Le iniziative di «rigenerazione urbana» e il loro legame strategico con le periferie. – 4. Il recupero della pianificazione. – 5. L’esperienza pugliese.

## 1. *Periferia come «anticità»*

Pur ancora distante da una precisa definizione giuridica<sup>1</sup>, il concetto di periferia riesce comunque a far vibrare «tutte le corde dell’ordinamento»<sup>2</sup>: esso – come meglio si vedrà nel prosieguo di questo contributo – è un concetto sviluppato in negativo, in antitesi alla nozione più consolidata di città-*urbs*.

Se infatti la periferia è genericamente intesa nel senso di «anti-città», quale nucleo che si contrappone al “centro” nelle politiche di sicurezza urbana<sup>3</sup>, è pur vero che istanze di diverso tenore si moltiplicano se si guarda a quelle politiche

---

<sup>1</sup> Così M. MAZZAMUTO, *Esiste una nozione giuridica di periferia?*, in questa *Rivista*, 2016, 1, 5 ss.

<sup>2</sup> M. MAZZAMUTO, *op. cit.*

<sup>3</sup> Per G. TROPEA, *Periferie e sicurezza urbana*, in questa *Rivista*, 2017, 1, 5 ss., «l’ossessione securitaria fa sovente perdere di vista il vero, o comunque più strutturale, problema: non siamo più di fronte al tradizionale binomio centro/periferia; alla città (come “bene pubblico”, luogo di aggregazione e appartenenza allo spazio urbano), si contrappone l’anti-città (caratterizzata da degrado delle infrastrutture, dei servizi, degli edifici, perdita degli scambi sociali e culturali, predominio delle mafie)», cit. p. 5. V. anche S. BOERI, P. DESIDERI, D. MODIGLIANI, *L’intelligenza delle periferie*, in *Limes (Rivista italiana di geopolitica)*, numero monografico *Indagine sulle periferie*, 2016, 4, 27 ss., citati in proposito dallo stesso A.

europee<sup>4</sup> che aspirano *in votis* a una città organica, comprensiva della dimensione centrale e di quella periferica.

L'ordinamento fonda sul concetto di periferia alcuni suoi snodi fondamentali di normazione.

L'edilizia<sup>5</sup>, anzitutto: trasmigrata da un'idea espansiva della costruzione di quartieri per lo più monofunzionali a quella – più orientata verso la tutela di valori ambientali e di coesione sociale – del contenimento dell'uso di suolo con riadeguamento dell'edificato a esigenze sociali emergenti. Necessità, questa, che ha un forte impatto proprio sulla conformazione delle periferie e sulla quale s'intende basare la nuova vita delle zone più affette da degrado tramite la c.d. rigenerazione, la quale restituisce vita a quelle parti di territorio un tempo utilizzate, ma ormai in stato di abbandono.

La sicurezza urbana<sup>6</sup>, di poi: oggetto di una congerie legislativa che assomma in sé aspetti interventistici di portata circoscritta e profili, invece, più programmatici e diluiti nel tempo. Sicché a disposizioni che promuovono la lotta all'esclusione sociale e al disagio giovanile si affiancano programmi che intendono realizzare sistemi integrati di sicurezza delle città attraverso incentivi alla collaborazione pubblico-privata e sostegni finanziari e istituzionali agli enti di prossimità. Il ruolo di questi ultimi, peraltro, è essenziale, stante il profondo legame che s'instaura tra sicurezza urbana e qualità dell'amministrazione pubblica, laddove «l'insicurezza delle comunità locali deriva dal cattivo esercizio di poteri amministrativi, dall'inadeguata erogazione di prestazioni e dall'inidonea gestione di servizi pubblici»<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Per una compiuta analisi v. G. DE GIORGI CEZZI, *La ciudad como lugar de cohesión económica, social y cultural en las políticas comunitarias*, in *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, a cura di J. Gifreu Font, M. Bassols Coma, A. Menendez Raxach, Madrid, 2016, 267 ss.

<sup>5</sup> La questione delle periferie involge infatti la più ampia tematica dell'urbanistica nel suo senso di «disciplina di conformazione dei suoli» (P. URBANI, *L'urbanistica: oltre il culto dei piani*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2017, 6, 367) la quale sta andando incontro a progressive riconfigurazioni del suo contenuto a causa della rinnovata esigenza di ridurre il consumo di suolo: se ne parlerà più diffusamente *infra*.

<sup>6</sup> Sulla quale v. G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, 2010, spec. p. 61. L'A. rimarca l'evoluzione del concetto di sicurezza urbana, che da meramente *descrittivo* dell'ordine pubblico è diventato *programmatico* e genetico di politiche d'inclusione sociale: centrale, in quest'evoluzione, il ruolo della legislazione delle Regioni.

<sup>7</sup> V. ANTONELLI, *La sicurezza delle città tra diritti ed amministrazione*, Padova, 2018, 35: servizi «che vanno dalla pianificazione urbanistica ai servizi abitativi, dall'erogazione dei servizi pubblici locali alla cura delle infrastrutture, dalla mobilità alla gestione dei rifiuti, dalla protezione del territorio alla regolazione del traffico veicolare, dall'assistenza sociale all'integrazione culturale, dalla regolazione delle attività commerciali alla promozione delle iniziative culturali e turistiche, dalla tutela dell'ambiente alla promozione della salute delle persone»; per l'A., in ultima analisi, «dalla qualità dell'amministrazione dipende la qualità della nostra cittadinanza».

Le periferie urbane offrono poi un tessuto socio-culturale sul quale s’inestano progetti d’inclusione sociale, mossi dall’intento di combattere la ghettizzazione tramite la diffusione della cultura e la sensibilizzazione di una fascia problematica di società verso l’arte, la letteratura e il cinema. Valorizzare e sfruttare il patrimonio artistico e culturale consentendone una maggiore accessibilità in contesti socialmente difficili (tramite agevolazioni all’accesso, ampliamento degli orari di fruizione, rimozione delle barriere fisiche o sensoriali, creazione di scaffali multietnici nelle biblioteche, azioni di sensibilizzazione nelle scuole, negli ospedali, nelle carceri, nei quartieri periferici) è solo la premessa di progetti più ambiziosi che si propongono in modo esplicito di superare esclusione e marginalizzazione<sup>8</sup>.

Il tema delle periferie intercetta, inoltre, quello ormai noto dello sviluppo sostenibile: i quartieri liminari sono spesso assunti come luoghi e spazi che fungono da laboratorio per la sperimentazione di azioni orientate alla sostenibilità. Si tratta di *policies* che prevedono una cooperazione interdisciplinare per conseguire obiettivi variegati<sup>9</sup>, facendo sì che nei quartieri di periferia degradata, funzionalizzati alla sola residenza, nascano attività commerciali, luoghi nuovi del tempo libero e iniziative produttive d’interesse economico e occupazione.

---

<sup>8</sup> La cultura è uno dei più rilevanti fattori di inclusione sociale: essa può contribuire, per esempio, a risolvere i conflitti interetnici in un quartiere, come nel progetto “Sul tappeto volante”, promosso dal Castello di Rivoli e dalle scuole di San Salvario; offrire opportunità di formazione, di aggregazione e di avvicinamento alla dimensione creativa per i giovani a rischio di devianza, abbandono scolastico ecc., come a Scampia. I progetti, se incardinati in aree periferiche, coniugano la funzione inclusiva con quella della diffusione della cultura tra soggetti socialmente deboli. Cfr. *Quaderni dell’Osservatorio di Fondazione Cariplo, Periferie, cultura e inclusione sociale*, 2009, 1, spec. p. 8.

Buona parte delle iniziative culturali ha il suo cuore nella compartecipazione tra pubblico e privato, nei cc.dd. partenariati, spesso assistiti da manovre di finanza pubblica sostenibile (c.d. finanza a impatto sociale): si consenta qui il rinvio, tra gli altri, a C. NAPOLITANO, *Il partenariato pubblico-privato nel diritto dei beni culturali: vedute per una sua funzione sociale*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2019, 2; v. anche, più in generale, ID., *Il Social Impact Bond: uno strumento innovativo alla ricerca del suo diritto*, in questa *Rivista*, 2018, 3, 565 ss.; nonché C. MIGNONE, *Investimento a impatto sociale: etica, tecnica e rischio finanziario*, in *Rassegna di diritto civile*, 2016, 3, 924 ss.

<sup>9</sup> V. in proposito C. CALVARESI, *Periferie e politiche pubbliche*, in [www.che-fare.com/periferie-e-politiche-pubbliche](http://www.che-fare.com/periferie-e-politiche-pubbliche), 2 febbraio 2018: «trattare la questione delle periferie implica assumere un approccio che faccia convergere più settori di politiche (urbanistiche, per la sostenibilità, sociali, culturali, del lavoro, della mobilità) su aree di intervento multiproblematiche. Promossa già con gli *Urban pilot projects* della Commissione Europea negli anni Novanta, è poi transitata nelle esperienze dei programmi Urban e, in Italia, nei Contratti di quartiere». Quest’ultima forma di gestione del territorio – risalente agli anni ’90 – delinea, oggi in maniera più avvertita, uno schema nuovo, caratterizzato dall’«aspirazione a porsi come modello generale – sia pure embrionale – di un modo di concepire la pianificazione urbanistica: intesa non più attraverso dinamiche sempre più inadeguate degli strumenti tradizionali, ma [...] mediante la distinzione tra piani strutturali e piani operativi» (P.L. PORTALURI, *Le funzioni urbanistiche «necessarie» dei soggetti privati: aspetti di diritto interno e comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, 1, 119 ss., spec. p. 152).

La sostenibilità è intesa dunque in senso ampio: ambientale ma anche sociale, finanziaria, culturale. Còlta nel suo nucleo fondativo ed essenziale quale cura *intergenerazionale*, quale tutela delle generazioni a venire: una curva sociale migliorativa e ascensionale.

Ne deriva che l'intervento pubblico – esclusivo o condiviso con la cittadinanza – si orienta non soltanto all'edilizia e alla disciplina delle *res* presenti sul territorio periferico, ma anche alla creazione di attività generatrici d'interessi e mobilità sociale.

Si pensi alla regolazione delle attività commerciali. Lasciate all'ambito privatistico e del diritto comune della libertà d'iniziativa economica privata, esse sono state gradualmente oggetto – dapprima – di una regolazione statalistica forte, poi nuovamente liberalizzate: ma pur sempre guidate, tramite i cc.dd. piani commerciali. I quali ne disciplinano l'installazione e giocano pur sempre un ruolo servente rispetto alla pianificazione urbanistica, la quale assume invece una funzione regolativa e programmatica d'indiscussa primazia<sup>10</sup>: tipica espressione di una gerarchia non istituzionale, bensì funzionale.

Si pensi, infine, ai servizi pubblici: la cui capillarità diventa essenziale man mano che ci si sposti dal centro alla periferia delle città. Questa rarefazione dei servizi lede il principio di universalità dell'accesso, in forza del quale gli erogatori devono «garantire a chiunque l'effettiva prestazione del servizio, qualunque sia la collocazione geografica della domanda del servizio, e a condizione eque e non discriminatorie»<sup>11</sup>. La domanda periferica è indubbiamente differente – e forse più antieconomica da fronteggiare – rispetto a quella proveniente dal centro: tuttavia anche (se non sopra tutto) li i servizi essenziali – quale per esempio quello di assistenza sanitaria<sup>12</sup> – mantengono il loro carattere d'imprescindibilità.

La questione dei quartieri urbani periferici è attraversata dunque da interessi

<sup>10</sup> Il territorio come terminale naturale di tutti gli interessi della comunità insediata comporta che le Amministrazioni debbano svolgere funzioni che vanno al di là, ovviamente, della mera edilizia o pianificazione urbanistica. Si v. in proposito P.L. PORTALURI, *Primauté della pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2012, 6, 233 ss.

<sup>11</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 287: la vicenda concerneva la garanzia di universalità del servizio da parte di Poste Italiane S.p.A., la quale aveva ridotto i punti di accesso nelle zone economicamente meno vantaggiose. Su ricorso proposto dall'ente di prossimità, il Consesso supremo ha ribadito che anche i concessionari privati del servizio pubblico devono soggiacere al principio di universalità, prescindendo da quelli che – in una lettura esclusivamente privatistica e commerciale – sono i fallimenti del mercato. Sul punto, v. la disamina di C. MIGNONE, *Una via costituzionale all'impact investing*, in *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi*, Atti del Convegno di Lecce, 17-19 maggio 2018, a cura di M. Francesca, C. Mignone, Napoli, 2019.

<sup>12</sup> Per garantire l'universalità dei servizi in periferia è ritenuto utile il modello per partenariati: cfr. C. BASEGGIO, *L'utilizzo del partenariato pubblico-privato per l'erogazione di servizi integrati in ambito sanitario*, in *Sanità pubblica e privata*, 2019, 2, 5 ss.; più specificamente sul problema della connessione tra sanità e periferie v. il contributo di V. MOLASCHI, *La tutela della salute nelle periferie: problemi e prospettive di intervento*, in questa *Rivista*, 2016, 3, 455 ss.

e tensioni tipici della relativa materia di competenza legislativa concorrente *ex art.* 117 Cost.: il governo del territorio. Materia che, come noto, racchiude non soltanto i profili relativi all’urbanistica (la quale, anzi, ne costituisce il nucleo almeno storicamente fondativo<sup>13</sup>), ma anche quelli – più in generale – della vita (attuale e futura) che su di esso si svolge: cosicché il territorio può essere ormai concepito come un bene «capace di esprimere una funzione sociale e di incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura intergenerazionale»<sup>14</sup>.

Quindi le tensioni – d’ordine economico-sociale anzitutto, poi giuridico – che connotano la materia del governo del territorio conoscono dunque una decisa accentuazione quando si tratti dei tessuti urbani periferici: dove al concentrarsi dei corpulenti interessi che già condizionano le scelte del decisore pubblico si aggiungono questioni da sempre irrisolte come la ghettizzazione (inevitabile esito negativo della gentrificazione delle aree urbane più centrali), la sicurezza sociale, l’immigrazione e la criminalità (anche di minore spessore).

Ora, come detto in apertura il concetto di periferia nasce per opposizione, presuppone un *centro*: la periferia si colloca ai margini di quel centro, ne costituisce l’“intorno”<sup>15</sup>.

Prima ancora che all’ambito giuridico, questo dualismo appartiene all’analisi politica<sup>16</sup> e alle scienze sociali<sup>17</sup>: la collocazione del centro e della periferia in

<sup>13</sup> La storia costituzionale della materia «governo del territorio» è sin troppo nota, per cui se ne ripercorrono pertanto solo le tappe fondamentali: essa è stata inserita dalla l. cost. n. 3 del 2001 all’interno delle materie di legislazione concorrente, dove il testo previgente dell’art. 117 Cost. collocava invece la materia «urbanistica» tra quelle attribuite alle Regioni nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato. Il problema della definizione della materia, nella giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V, ha quindi investito anche la definizione della relazione tra le due espressioni. La sentenza della Consulta n. 303 del 2003 ha esplicitamente ricondotto l’urbanistica alla materia del governo del territorio: «appare del tutto implausibile che dalla competenza statale di principio su questa materia [il governo del territorio, n.d.r.] siano stati estromessi aspetti così rilevanti, quali quelli connessi all’urbanistica, e che il governo del territorio sia stato ridotto a poco più di un guscio vuoto». Argomentazione poi testualmente ripresa dalla sentenza n. 362 del 2003, che, «nella medesima prospettiva», ha ricondotto anche l’edilizia alla materia governo del territorio. Infine, con sentenza n. 196 del 2004 – resa su questioni attinenti questa volta al condono edilizio – la Consulta ha definito il proprio apporto sul tema, statuendo in un *obiter dictum* che l’intera disciplina del governo del territorio è «comprensiva, in linea di principio, di ‘tutto ciò che attiene all’uso del territorio e alla localizzazione di impianti o attività’ (cfr. sentenza n. 307 del 2003)».

<sup>14</sup> Corte Costituzionale, 16 luglio 2019, n. 179. Sulla portata innovativa di questa pronuncia circa il significato di «territorio» che oggi merita d’esser assunto a riferimento, intendendo questo non solo come terminale di attività urbanistica ed edilizia ma anche come risorsa comune da salvaguardare per le generazioni future, v. P.L. PORTALURI, *Spunti su diritto di ricorso e interessi superindividuali: quid noctis, custos?*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2019, 5, 401 ss.

<sup>15</sup> L’etimo greco περιφέρω (lett. «portare intorno; girare») indica proprio l’essere al margine, all’estremo opposto rispetto al centro.

<sup>16</sup> Cfr. R. ROSE e D.W. URWIN, *Territorial differentiation and political unity in Western Nations*, London-Beverly Hills, 1975.

<sup>17</sup> Cfr. J. GOITMAN, *The evolution of the concept of territory*, in *Social science information*, 1975, XIV, 29-47.

luoghi fisicamente “distinti e distanti” è di per sé neutra, ininfluyente; è invece la dimensione per così dire *assiologica* dell’assetto territoriale a far oscillare le «corde ordinamentali» cui si è fatto cenno<sup>18</sup>.

La tensione centro-periferia riassume quindi il grado di distanza sia geografica sia sociale rispetto all’asse principale di una comunità: una distanza psicologica, oltre che fisica, «che può ingenerare, nella periferia, sentimenti di dipendenza verso quei luoghi e gruppi sociali che diffondono i valori e le norme dominanti della società, e viceversa sentimenti di superiorità tra coloro che vivono al centro»<sup>19</sup>. Tutto, insomma, si costruisce attorno al “centro” quale perno economico-sociale, *standard* di riferimento di valori e consuetudini, mentre la periferia è *altro*: ineluttabilmente distante da quei parametri dettati dal dominio gentrificato.

Quella lontananza fisica e psicologica, e la conseguente minorità personale e sociale nei confronti del “valore” racchiuso nel centro, hanno condotto a un’accezione di periferia che è ancora più ampia, quasi disincarnata: le periferie dell’anima, dell’esistenza, del mondo, sono oramai metafore comuni intrise di negatività, di abbandono, di oscurità, e che pur tuttavia recano i sintomi di un grande, non eludibile bisogno di contatto e di inclusione.

La periferia diventa così “il residuo”: non ha un significato preciso, ma racchiude in sé tutto ciò che non è il centro. Diventa, cioè, un «terzo paesaggio»<sup>20</sup>, privo d’identità o – meglio – la cui identità è costituita proprio dall’ammasso residuale: non è completamente città, non è completamente terreno rurale. Più che di una dialettica centro-periferia, si può allora parlare di una tensione fra città e anticittà: secondo cui gli spazi periferici sono tali non in base al criterio spaziale-localizzativo – il diffondersi pulviscolare delle conurbazioni<sup>21</sup>, il c.d. *sprawl*, li ha infatti resi spesso indistinguibili dal centro – ma a motivo del disagio di chi li vive.

L’anticittà è quindi l’ecosistema umano degradato nelle infrastrutture, nei servizi alla persona e negli edifici anche non pubblici: donde pure lo smarri-

<sup>18</sup> Come afferma J. GOTTMAN, *op. cit.*, il territorio è un concetto politicamente neutro, ma diventa politicamente significativo in virtù dell’interpretazione e del valore attribuitigli da una collettività e, di conseguenza, diventa «un concetto creato dalla gente che organizza lo spazio per i propri scopi».

<sup>19</sup> D.W. URWIN, *Centro e periferia*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Treccani, 1991.

<sup>20</sup> G. CLÉMENT, *Manifesto del terzo paesaggio*, Macerata, 2005.

<sup>21</sup> Si devono segnalare, tuttavia, i tentativi – ancora embrionali – della normazione nazionale e regionale per arginare il consumo di suolo secondo il noto criterio della sostenibilità: v. in proposito F. FOLLIERI, *Lo “sviluppo urbano sostenibile”. Considerazioni de iure condito e de iure condendo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2018, 14. Si può parlare, in questo senso, di «città sostenibile»: per G. DE GIORGI CEZZI, *La coesione politico-territoriale nella dimensione del governo del territorio*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016, 24 essa è «terminale di obiettivi e strumenti propri delle nuove politiche territoriali (assicurare spazi pubblici di alta qualità, modernizzare le reti infrastrutturali e migliorare l’efficienza energetica, individuare strumenti innovativi, preservare la qualità e la sicurezza dei paesaggi culturali urbani, riqualificare i quartieri degradati, migliorare l’ambiente urbano, la mobilità ed il mercato del lavoro locale)» (p. 4).

mento degli spazi connettivi vocati agli scambi sociali e culturali, che sono storia e spirito dell'*urbs-civitas*. Dove il concetto assiologico di città implica luoghi di aggregazione per costruire l'appartenenza anche identitaria della società insediata rispetto all'ambiente urbano di pertinenza: un nuovo, immateriale bene comune e pubblico<sup>22</sup>.

Sicché è intento di chi scrive – dopo aver profilato solo alcuni tra gli interrogativi che questi luoghi sollevano nelle scienze giuridiche e sociali – analizzare gli interventi legislativi e amministrativi a sostegno delle periferie, valutandone la portata e le ricadute anzitutto quanto alla possibilità di “legare” le zone periferiche a quelle centrali, restituendo alle prime il bacino di potenzialità che, nei lunghi anni dell'abbandono, sembravano ormai destinate all'azzeramento.

La prospettiva che qui s'intende adottare è quella di una contrapposizione tra interventi puntuali – singoli e specifici progetti – che domandano un'attiva partecipazione dei privati già in fase d'individuazione dei bisogni del territorio; e interventi invece più organici, forse meno flessibili ma di raggio più ampio, che si attuano con lo strumento pianificatorio: indubbiamente tradizionale, decaduto nel tempo a seguito di non pochi insuccessi, ma che ancora esibisce la paternità di scelte che investono interessi pubblici non negoziabili.

Entrambe le strategie sono accomunate da un intento migliorativo del territorio periferico dal punto di vista edilizio e sociale, con un'attenzione per la sostenibilità nel tempo delle scelte strategiche: gli interventi puntuali sono spesso atomistici e il loro non esser frutto di una visione d'insieme potrebbe ridurne nel tempo l'efficacia. Un recupero responsabile della pianificazione – oggi arricchita di funzioni ulteriori rispetto a quelle di mera espansione dell'edificato – potrebbe offrire un disegno organico degli interventi su zone territoriali indubbiamente sensibili, degradate, e pur tuttavia feconde di potenzialità ancora inesprese.

## 2. *Il rammendo e il suo fallimento*

Se la distanza dal centro caratterizza – è ovvio – la periferia nella sua accezione comune, tuttavia quella lontananza non equivale di per sé a una *deminutio* assiologica.

La periferia fisica può divenire infatti centro di disimpegno di alcune funzioni urbane specifiche, per esempio quelle connesse agli scambi nel mercato dei capitali: la *Défense*, pur lontana dal nucleo storico della capitale francese, è il quartiere finanziario e affaristico più grande d'Europa, esteso anche più della *City* londinese.

Così come, capovolgendo l'impostazione nel suo simmetrico opposto, la periferia è presente – se di essa s'intende solo l'aspetto del disvalore – anche in

---

<sup>22</sup> L. CARACCILO, *Il fragile equilibrio delle nostre banlieues*, in [www.eddyburg.it](http://www.eddyburg.it), 9 maggio 2016.

quei luoghi che costituiscono il cuore di una città: a Napoli, il quartiere Forcella, un dedalo di viuzze che sbucano nel centro borghese, direttamente collegate alla centrale e ben più ariosa via Toledo, eppur costituenti una monade problematica, pressoché invisibile dalle vie del passeggio<sup>23</sup>. Un gomito di strade – direbbe Ungaretti – nelle quali il sole fatica persino a comparire; dove l’umidità e spesso la ristrettezza degli spazi non costituiscono una nota poetica di folklore, ma una causa prosaica di rischi igienici.

Ingannevole è pertanto l’equazione fra periferia e insediamento “difficile”: Forcella, tornando sull’esempio, è certamente una parte del tessuto urbano e sociale di non facile gestione; ma non è priva di un certo carattere identitario, che così la allontana dall’idea ricevuta di periferia, e cioè l’essere anticittà nel senso prima richiamato.

D’altra parte sono stati notati anche impropri riferimenti ad altri quartieri periferici: a Milano, il Giambellino. Considerato come periferia, quel quartiere è invece centrale e ben collegato: costituisce dunque prova «dell’inadeguato sistema categoriale che in Italia si continua a usare, contro ogni evidenza empirica, per interpretare la dimensione urbana»<sup>24</sup>. Della periferia, insomma, il Giambellino non ha nulla: non ha l’isolamento, la ghettizzazione; al contrario, presenta caratteri ben integrati con il resto della metropoli, che invece vuole distinguersi dall’*hinterland*. Le periferie emergono con l’espansione territoriale e metropolitana, inglobando piccoli centri e facendone zone monofunzionali il cui esito di vita è finisce per essere quello della marginalizzazione.

Risiede qui, forse, la ragione del successo che *non* ha arriso alla proposta, riferibile a Renzo Piano, di “rammendare”<sup>25</sup> le periferie.

<sup>23</sup> Si veda in proposito, A. ALISON, *La dialettica dell’insediamento urbano: Napoli fra introiezione e proiezione*, in [www.academia.edu](http://www.academia.edu).

<sup>24</sup> A. CALAFATI, *Le periferie delle metropoli italiane*, in *Critica liberale*, 2017, vol. XXIV, n. 232, aprile-giugno, anche su [www.antonio-calafati.it](http://www.antonio-calafati.it), p. 6, per il quale «definire il Giambellino [...] “periferia” è paradossale: un errore evidente o un espediente retorico per circoscrivere il centro di Milano – la minuscola parte della città che si vuole globale nelle forme e nelle pratiche». E ancora. «Nel Giambellino ci sono edifici e isolati in condizioni di degrado per insufficiente manutenzione e per incongrue pratiche d’uso del capitale privato, collettivo e pubblico. Ci sono isolati o singoli edifici nei quali si stanno consolidando il carattere multi-etnico e un abitare povero accanto a isolati o singoli edifici con canoni qualitativi del modello europeo di città. Il Giambellino è un’area in transizione, verso una maggiore complessità e varietà di attori e pratiche. Ma anche verso un’integrazione ancora più profonda con il centro di Milano (e della metropoli) in seguito all’estensione verso ovest delle dinamiche di rigenerazione lungo gli assi di Via Solari, Via Savona, Via Tortona».

<sup>25</sup> R. PIANO, *Il rammendo delle periferie*, in *Il Sole 24 ore*, 26 gennaio 2014.

Sotto altro profilo, v. G. CLÉMENT, *Manifesto del terzo paesaggio*, cit. Come detto, nota 20, il sintagma *terzo paesaggio* rimanda per Clément non solo ai luoghi connotati da valore positivo (come le aree forestali, i parchi conservazionisti, *etc.*); ma anche quelli – anche di estensione minima – non ancora antropizzati, ovvero dai quali l’uomo si è ritratto o che ha abbandonato al degrado al più completo.

Clément ne sottolinea l’importanza in una lettura teorica che li considera connessi all’interno di un quadro complessivo fondamentale addirittura per lo stesso perpetuarsi dei fenomeni biologici.

Quell’idea sintetizza in negativo il completo fallimento delle politiche urbanistiche<sup>26</sup> finora adottate nel nostro Paese, tutte incentrate – lo conferma la storia farragginosa dell’evoluzione della disciplina di settore – su bisogni teorizzati dall’alto, immaginati da un legislatore lontano e, soprattutto, sottratti al divenire sociale e relazionale<sup>27</sup>. «Un fallimento originato dalla distinzione – sempre presente nei piani regolatori, ancor più dopo il 1972 del passaggio alle Regioni delle competenze in materia urbanistica – tra un centro storico rigido e imm modificabile e una periferia (“post-storica”, per Alexandre Kojève) al contrario flessibile e modificabile, correlando infine il tutto con un’integrazione di funzioni più o meno variamente articolate, ma sempre studiate in modo da far salvo il principio che la flessibilità della moderna periferia post-storica possa compensare la rigidità del centro storico. Tutto ciò col risultato d’aver unificato centro storico e periferia post-storica in un comune degrado. Quello oggi sotto gli occhi di tutti»<sup>28</sup>.

La proposta di Renzo Piano appare più convincente nella sua parte analitica, dove ravvisa nelle periferie le città del futuro, avendo registrato il dato per cui in Italia oltre il 60% della popolazione vive fuori dai centri cittadini, nei tessuti urbani più estesi e frutto di edilizia, spesso, di pura speculazione.

Meno persuasiva quella proposta si mostra – come pure è stato fatto notare – se si pensa che questi microprogetti, volti a tramutare i “vuoti” in “luoghi”, a riammagliare lembi di zone metropolitane altrimenti separati, si sono rivelati poco più che palliativi: hanno sì riqualificato dal punto di vista edilizio qualche frantume urbano dismesso, ma non hanno potuto dare risposta ai problemi sociali delle periferie, “non rammendabili”<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Come notato anche da A. CALAFATI, *Le periferie delle metropoli italiane*, cit., 2: «il fallimento dell’urbanistica come pratica si è manifestato nell’incapacità di conciliare l’espansione della città fisica con il mantenimento di un equilibrio tra vecchie e nuove parti. L’espansione ha assunto la forma di periferie: insediamenti residenziali disconnessi dai punti focali della città, senza qualità nelle architetture e nel disegno urbano, senza la possibilità di svolgervi i processi urbani elementari».

<sup>27</sup> V. l’efficace ricostruzione di P.L. PORTALURI, *Dal diritto delle costruzioni nelle città al governo del territorio*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2019, 19, spec. p. 8: l’urbanistica è stata vittima del grosso equivoco di costituire esclusivamente il *diritto delle città*, dell’insediamento antropico, della costruzione, dell’edilizia, della cementificazione; né il sintagma nato con la riforma costituzionale del 2001, il governo del territorio, è riuscito a modificare questa radicata concezione *antropocentrica*. Sicché l’A. ne ripropone una lettura assiologicamente orientata in termini *biocentrici*, volta alla considerazione complessiva del suolo e del territorio come terminale di interessi variegati i quali devono accettare una gerarchizzazione recessiva rispetto al prevalente interesse alla conservazione della biodiversità e del rispetto del territorio quale bene rivale ed esauribile. Concorrono a questa visione le competenze costituzionali, appannaggio del legislatore statale, in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e di tutela dell’ambiente e dell’ecosistema.

<sup>28</sup> B. ZANARDI, *Rammendare le periferie secondo Renzo Piano. Ma anche no*, in [www.artapartoculture.net/2015/03/09/rammendare-le-periferie-secondo-renzo-piano-ma-anche-no](http://www.artapartoculture.net/2015/03/09/rammendare-le-periferie-secondo-renzo-piano-ma-anche-no), 9 marzo 2015.

<sup>29</sup> C. CELLAMARE, *Le periferie romane*, in [www.eddyburg.it](http://www.eddyburg.it); deve tuttavia darsi atto della positiva attenzione di alcune sedi universitarie rispetto al progetto di Renzo Piano, tra le quali – da ultimo

Il rammendo può agevolare i flussi sociali tra centro e periferia, ma la soluzione del problema posto dalle periferie non può prescindere da una visione organica del tema: dunque da un disegno pianificatorio.

### 3. *Le iniziative di «rigenerazione urbana» e il loro legame strategico con le periferie*

È come riscontro a questi nodi problematici che sono state avviate iniziative – legislative e amministrative<sup>30</sup> – di rigenerazione urbana. Senza cadere nell’equivoco, segnalato dalla dottrina<sup>31</sup>, di costringere i problemi della periferia nel solo grande imbuto della rigenerazione urbana (come se questa fosse l’unica risposta utile, quand’anche non necessariamente focalizzata su quelle maglie territoriali), non si può tacere il fatto che – ad oggi – queste iniziative si rivelino senz’altro più fruttuose per il “risveglio” dei quartieri periferici.

Tra gli interventi legislativi sul tema è meritevole di segnalazione un’ampia rassegna<sup>32</sup> che già dagli anni ’70 guarda alla rigenerazione nelle sue declinazioni

---

– l’Università di Palermo, che fa parte oggi di una rete che elabora interventi sui luoghi periferici più significativi della città.

<sup>30</sup> Sulla commistione di competenze legislative e amministrative anche nell’ambito della gestione della questione “periferie” con obiettivi di coesione sociale, intestata ai diversi livelli di governo che si relazionano tra loro in ossequio al principio di leale collaborazione, v. P.L. PORTALURI, *La coesione politico-territoriale: rapporti con l’Europa e coordinamento Stato – autonomie*, in *www.federalismi.it*, 2016, 22: «Il concetto di coesione si fonda su di una particolare idea di territorio, che all’accezione tradizionale di spazio fisico identificato da confini politico-amministrativi affianca più nuove forme di spazialità: i c.d. *soft spaces*, che ne comportano la ricomposizione sulla base di obiettivi, programmi, piani, progetti e temi specifici; ora la declinazione in senso geografico, localizzativo-relazionale, zonale, funzionale e valoriale. Ne consegue sul piano sistemico la progressiva dissoluzione o comunque ibridazione del concetto di sovranità statale a causa sia dell’avanzare delle realtà locali intese come risposta alla globalizzazione, sia dell’emergere di spinte policentriche provenienti dal basso in direzione di una ridemocratizzazione dell’ordinamento. [...] La coesione territoriale opera su due livelli, europeo e nazionale, dando vita a un sistema multidimensionale fondato sulla sussidiarietà verticale e orizzontale, declinata quale canone di attribuzione di competenze concorrenti che, insieme con i principi di decentramento e di autonomia, trova applicazione flessibile mediante strategie integrate a più livelli di governo, tra i quali di volta in volta è possibile individuare quello in concreto più adeguato – non solo per prossimità – all’oggetto dell’intervento e ai suoi destinatari» (5-6).

<sup>31</sup> G. TROPEA, *Periferie*, cit., 25: «Quanto al tema delle periferie, rischia, in tal modo, di venire mortificato lo spazio operativo del nuovo suggestivo concetto di “rigenerazione urbana”, peraltro già tradottosi in specifiche leggi regionali (es. Regione Puglia, legge n. 21/2008; Regione Toscana, legge n. 40/2011), che si caratterizza per interventi strategici, legati non solo alla (più tradizionale) riqualificazione e al risanamento del patrimonio edilizio e degli spazi pubblici, ma anche al contrasto dell’esclusione sociale degli abitanti, attraverso una molteplicità di interventi, materiali e immateriali: campo abitativo, della formazione, del lavoro e dello sviluppo, del risanamento dell’ambiente urbano mediante la previsione di infrastrutture eco-logiche, della c.d. arte pubblica, etc.».

<sup>32</sup> Ne fanno ampia esposizione, tra gli altri, G.F. CARTEI, *La rigenerazione urbana e le nuove sfide*

– per l’epoca – più vicine alle esigenze concrete della collettività: il “recupero”<sup>33</sup>, la “riabilitazione urbana”<sup>34</sup>, la “valorizzazione” edilizia e urbanistica<sup>35</sup>.

Il livello statale ci offre le ultime sue esperienze legislative in materia inserendole nei provvedimenti governativi emergenziali – il d.l. n. 133 del 2014, convertito dalla l. n. 164 del 2014 (c.d. «Sblocca Italia»)<sup>36</sup> – finalizzati all’incremento dell’attrattività economico-finanziaria del nostro Paese tramite l’orientamento di flussi d’investimento verso iniziative edilizie<sup>37</sup>. La normazione più recente è nel

---

*per il governo del territorio*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2017, 3, 603 ss.; P. CHIRULLI, *La pianificazione urbanistica tra esigenze di sviluppo e riduzione del consumo di suolo*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2015, 4, 592 ss.; M.G. DELLA SCALA, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto amministrativo*, 2018, 4, 787 ss. (con ampie indicazioni anche su profili di diritto europeo: J.B. AUBY, *Droit de la ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, Paris, 2013; H. LEFÈBVRE, *Il diritto alla città*, Parigi, 1968, ed. it., Verona, 2014; R. CAVALLO PERIN, *Beyond the Municipality: The City, its Rights and its Rites*, in *Italian Journal of Public Law (IJPL)*, 2013, – Issue 2, n. 2, 226 ss.); R. DIPACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2017, 3, 634; P. OTRANTO, *Regolazione del consumo di suolo e rigenerazione urbana*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2015.

<sup>33</sup> Per esempio i piani di recupero previsti dalla legge 5 agosto 1978, n. 457, i piani di recupero degli insediamenti abusivi previsti dall’art. 29, legge n. 47 del 1985, i programmi integrati di intervento di cui all’art. 16, legge 17 febbraio 1992, n. 179; i piani di recupero urbano di cui alla legge n. 493 del 1993.

<sup>34</sup> V. i cc.dd. piani di riabilitazione edilizia e urbana *ex* legge n. 166 del 2002.

<sup>35</sup> Si tratta dei contratti di valorizzazione urbana *ex* legge n. 134 del 2012.

<sup>36</sup> L’art. 17, decreto legge Sblocca Italia, rubricato *Semplificazioni ed altre misure in materia edilizia*, ha introdotto nel D.P.R. 380 del 2001 (t.u. dell’edilizia) modificazioni al «fine di semplificare le procedure edilizie e ridurre gli oneri a carico dei cittadini e delle imprese, nonché di assicurare processi di sviluppo sostenibile, con particolare riguardo al recupero del patrimonio edilizio esistente e alla riduzione del consumo di suolo». Ha inoltre inserito sempre nel t.u. dell’edilizia il nuovo art. 3-bis, rubricato *Interventi di conservazione*, in base al quale «Lo strumento urbanistico individua gli edifici esistenti non più compatibili con gli indirizzi della pianificazione» e «In tal caso l’Amministrazione comunale può favorire, in alternativa all’espropriazione, la riqualificazione delle aree attraverso forme di compensazione incidenti sull’area interessata e senza aumento della superficie coperta, rispondenti al pubblico interesse e comunque rispettose dell’imparzialità e del buon andamento dell’azione amministrativa».

<sup>37</sup> Sulla riforma del d.l. Sblocca-Italia in favore degli investimenti nel nostro Paese cfr. P.L. PORTALURI, *Note sull’autotutela dopo la l. n. 164/2014 (qualche passo verso la doverosità?)*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2014, 6, 21 ss.; secondo G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Diritto amministrativo*, 2014, 4, 695 ss., i pacchetti normativi in forma di decreto intitolati in modo salvifico al «crescere», al «fare», allo «sbloccare», se pure emanati ciascuno con finalità apprezzabili, in realtà hanno un impatto negativo sul sistema economico, se considerati complessivamente, in ragione soprattutto dell’ipertrofia normativa che essi ingenerano, con l’effetto di scoraggiare ulteriormente l’intrapresa economica. Stesso effetto complessivamente negativo si verificherebbe oramai a causa della l. n. 241/90: da legge snella ed essenziale è stata via via trasformata in una regolazione analitica e fitta di prescrizioni, relative anche a singoli procedimenti. Secondo l’A., l’obiettivo della crescita non può raggiungersi solo mediante interventi normativi strutturati secondo la logica alternativamente e rigidamente premiale o sanzionatoria: accanto a essi devono trovare

d.l. n. 32 del 2019, c.d. «Sblocca cantieri», convertito dalla l. 4 giugno 2019, n. 55: il quale, con il comma 20 dell'art. 1, ha modificato l'art. 23<sup>38</sup> del codice dei contratti pubblici al fine di aggiungere, tra le verifiche demandate ai diversi livelli progettuali, anche quelle «relative alla possibilità del riuso del patrimonio immobiliare esistente e della rigenerazione delle aree dismesse»; ma soprattutto, con l'art. 5, ha introdotto «*Norme in materia di rigenerazione urbana*» e ha apportato alcune significative modifiche al testo unico dell'edilizia al fine di «concorrere a indurre una drastica riduzione del consumo di suolo e a favorire la rigenerazione del patrimonio edilizio esistente, a incentivare la razionalizzazione di detto patrimonio edilizio, nonché a promuovere e agevolare la riqualificazione di aree urbane degradate con presenza di funzioni eterogenee e tessuti edilizi disorganici o incompiuti, nonché di edifici a destinazione non residenziale dismessi o in via di dismissione, ovvero da rilocalizzare, tenuto conto anche della necessità di favorire lo sviluppo dell'efficienza energetica e delle fonti rinnovabili e di assicurare il miglioramento e l'adeguamento sismico

---

spazio quelle che Cass R. Sunstein, nel suo ormai celebre *Nudge* (2009), chiama «spinte gentili» verso la produzione del risultato auspicato: «pungoli» che indirizzino le scelte degli operatori in modo quasi inavvertito.

<sup>38</sup> Si tratta di una complessa disposizione circa i livelli della progettazione per appalti e concessioni di lavori e servizi: la norma è fortemente influenzata dai principi del diritto ambientale, quali lo sviluppo sostenibile, la precauzione e la prevenzione. Ne dà atto in un'approfondita disamina R. DIPACE, *La logica della prevenzione nella disciplina della programmazione e progettazione di lavori pubblici*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2018, 6, 445 ss., per il quale «nella fase della programmazione delle opere pubbliche viene in rilievo anche l'aspetto della massima considerazione degli interessi sensibili e, in particolare, di quello ambientale nella logica della tutela preventiva. Ancorché la programmazione non sia sottoposta a valutazione ambientale strategica comunque il tema della tutela ambientale caratterizza tale fase preliminare e strategica in relazione alla realizzazione di interventi pubblici. Infatti, il codice prevede all'art. 21, comma 3, che le amministrazioni aggiudicatrici per l'inserimento dell'opera nel programma triennale redigano il documento di fattibilità delle alternative progettuali previsto dall'art. 23, comma 5. In particolare, questa norma si occupa del progetto di fattibilità tecnico-economica. [...] Le amministrazioni, infatti, in un primo momento elaborano uno studio per individuare il quadro dei bisogni e per identificare gli interventi necessari e, successivamente, redigono uno studio di fattibilità. [...] Lo studio preliminare è finalizzato a individuare gli interventi e i lavori strumentali al soddisfacimento del bisogno e rappresenta il documento tecnico, di natura interdisciplinare, posto alla base della programmazione triennale che deve essere adottato per ogni singolo intervento individuato. Il documento di fattibilità deve essere redatto secondo i criteri con i quali si redige il progetto di fattibilità, così come previsto dall'art. 23, comma 1, per cui per ogni singolo intervento si devono prendere in considerazione le componenti storico-artistiche, architettoniche, paesistiche al fine di valutarne la sostenibilità ambientale, socio-economica, amministrativa e tecnica. [...] La valutazione circa la sostenibilità ambientale del progetto in sede di programmazione rappresenta la massima espressione della logica preventiva in relazione alla valutazione degli interessi sensibili. L'interesse alla sostenibilità ambientale costituisce uno dei parametri che indirizza l'attività programmatoria della pubblica amministrazione e che, in linea teorica potrebbe comportare la decisione già a monte, e in assenza di valide alternative progettuali, di non arrivare alla soddisfazione del bisogno segnalato dalla collettività».

del patrimonio edilizio esistente, anche con interventi di demolizione e ricostruzione»<sup>39</sup>.

Poiché – nonostante le perplessità di chi<sup>40</sup> ne sottolinea l’intima connessione con la riduzione del consumo di suolo – la rigenerazione urbana si colloca nel gran calderone del «governo del territorio», costituzionalmente affidato alla competenza concorrente, alla normazione statale si affiancano disposizioni di fonte regionale<sup>41</sup>, più di dettaglio. Le quali mostrano d’ispirarsi a temi di sviluppo

---

<sup>39</sup> Il panorama normativo è stato così compiutamente analizzato da P. CARPENTIERI, *Il “consumo” del territorio e le sue limitazioni. La “rigenerazione urbana”, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)*, 2020, 1, 46-47, secondo il quale queste modifiche apportate dallo Sblocca-cantieri al codice dei contratti «si risolvono in un ulteriore indebolimento delle limitazioni di piano regolatore e in una forte spinta agli interventi di demo-ricostruzione e di ristrutturazione “pesante”, anche nei centri storici (con una prima norma si è voluto chiarire che le deroghe regionali al decreto n. 1444 del 1968 già autorizzate dal decreto-legge n. 69 del 2013 sono finalizzate a orientare i comuni nella definizione di limiti di densità edilizia, altezza e distanza dei fabbricati negli ambiti urbani consolidati del proprio territorio; con una seconda norma si afferma che sono comunque consentiti gli interventi di demolizione e ricostruzione nel rispetto delle distanze legittimamente preesistenti purché sia assicurata la coincidenza dell’area di sedime e del volume dell’edificio ricostruito con quello demolito, nei limiti dell’altezza massima di quest’ultimo; con una terza previsione si è stabilito che i limiti distanziali stabiliti dai commi secondo e terzo dell’art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968 valgono solo per la zona “C” e non per i centri storici e le zone “B”».

<sup>40</sup> P. URBANI, *A proposito della riduzione del consumo di suolo*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2016, 3, 227 ss., per il quale «concettualmente il suolo ed il suo consumo sembrano appartenere al tema della difesa del suolo e come tale riguardare la materia della tutela dell’ambiente – competenza esclusiva statale – anche se vi sono certamente imbricazioni con la materia del governo del territorio – *rectius* l’urbanistica – ma in questo caso la questione “suolo” entra in gioco solo per gli effetti relativi al consumo e non al suo contenimento poiché l’urbanistica è disciplina delle trasformazioni in aperta contraddizione con la finalità protettiva. Ne deriva che attribuire al governo del territorio la finalità del contenimento appare improprio o almeno riduttivo se non vi è a monte una disciplina che ne fissi autonomamente i parametri e questa non può che appartenere alla materia dell’ambiente» (234-235); ID., *L’urbanistica: oltre il consumo di suolo*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2017, 6, 367 ss.

Sulla necessità d’inquadrare il consumo di suolo nei principi che già reggono il diritto amministrativo e urbanistico, così aderendo all’idea che non sia invece opportuno creare una “materia” *ad hoc*, v. P. CARPENTIERI, *Il “consumo” del territorio*, cit., e la rassegna delle opinioni dottrinali ivi riportata, spec. pp. 35 ss.

<sup>41</sup> Recentissima, si segnala la legge r. Lombardia, 26 novembre 2019, n. 18, «Misure di semplificazione e incentivazione per la rigenerazione urbana e territoriale, nonché per il recupero del patrimonio edilizio esistente [...]», di cui *infra* nel testo; tra le altre, v. anche la legge regionale Lazio, 18 luglio 2017, n. 7, «Disposizioni per la rigenerazione urbana e per il recupero edilizio», la legge regionale Puglia, 29 luglio 2008, n. 21, «Norme per la rigenerazione urbana», la legge regionale Toscana 05 agosto 2011, n. 40 «Modifiche alla legge regionale 3 gennaio 2005, n. 1 (Norme per il governo del territorio), alla legge regionale 9 settembre 1991, n. 47 (Norme sull’eliminazione delle barriere architettoniche), alla legge regionale 8 maggio 2009, n. 24 (Misure urgenti e straordinarie volte al rilancio dell’economia e alla riqualificazione del patrimonio edilizio esistente) e alla legge regionale 8 febbraio 2010, n. 5 (Norme per il recupero abitativo dei sottotetti)». Meritevole di attenzione particolare la legge regionale Emilia Romagna 21 dicembre 2017, n. 24, «Disciplina regionale sulla tutela e l’uso del territorio».

sostenibile – caratterizzante il diritto dell'ambiente<sup>42</sup> – e, in generale, ecologici<sup>43</sup> e di tutela della biodiversità, con ricadute benefiche anche sul tessuto sociale insediato in quei contesti che parevano dimenticati dal legislatore più accorto al cuore pulsante – e centrale – delle città.

È quanto per esempio si legge nell'art. 1 (rubricato «*Finalità generali*»), l.r. Lombardia n. 18/2019: «Con la presente legge la Regione, nel perseguire l'obiettivo di uno sviluppo sostenibile, riconosce gli interventi finalizzati alla rigenerazione urbana e territoriale, riguardanti ambiti, aree o edifici, quali azioni prioritarie per ridurre il consumo di suolo, migliorare la qualità funzionale, ambientale e paesaggistica dei territori e degli insediamenti, nonché le condizioni socio-economiche della popolazione, anche mediante lo sviluppo di una filiera industriale integrata dalla fase di progettazione a quella di realizzazione e gestione dell'intervento, e ne promuove la conoscenza attraverso l'uso di strumenti informatici condivisi tra il sistema della pubblica amministrazione, degli operatori economici, delle professioni e dei cittadini».

La stessa legge definisce la rigenerazione urbana come «l'insieme coordinato di interventi urbanistico-edilizi e di iniziative sociali che possono includere la sostituzione, il riuso, la riqualificazione dell'ambiente costruito e la riorganizzazione dell'assetto urbano attraverso il recupero delle aree degradate, sottoutilizzate o anche dismesse, nonché attraverso la realizzazione e gestione di attrezzature, infrastrutture, spazi verdi e servizi e il recupero o il potenziamento di quelli esistenti, in un'ottica di sostenibilità e di resilienza ambientale e sociale, di innovazione tecnologica e di incremento della biodiversità dell'ambiente urbano»<sup>44</sup>.

Nel livello regionale lombardo il governo del territorio si caratterizza inoltre per «la sostenibilità ambientale e, in particolare, il risparmio di risorse territoriali, ambientali ed energetiche e il riuso di materia in un'ottica di economia circolare»<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2012, 1-2, 62 ss., per il quale lo sviluppo del territorio deve essere «realizzato con equilibrio ed equità – cioè, appunto, “sostenibile” – in modo da non compromettere la qualità dell'ambiente e la disponibilità delle risorse naturali, la qualità della vita e le stesse possibilità di sviluppo non solo delle generazioni attuali, ma pure di quelle future». V. anche le puntuali considerazioni di F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; nella prospettiva specifica del diritto intergenerazionale, v. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; sul ruolo del principio in parola quale regolatore degli interessi, M. MONTEDURO, *Diritto dell'ambiente e diversità alimentare*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2015, 1, 88 ss., per il quale «il principio dello sviluppo sostenibile ex art. 3-*quater* del Codice [dell'ambiente, d.lgs. n. 152/2006, n.d.r.] impone, in estrema analisi, di far recedere le esigenze economiche a fronte delle esigenze ambientali e culturali, le quali devono considerarsi prioritarie» (128).

<sup>43</sup> M. MONTEDURO, *Per una «nuova alleanza» tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre le «aree naturali protette»*, in *www.giustamm.it*, 2014.

<sup>44</sup> Art. 2, co. 1, l.r. Lombardia, n. 18/2019.

<sup>45</sup> Art. 2, l.r. Lombardia, 11 marzo 2005, n. 12, «Legge per il governo del territorio», come modificato dalla l.r. n. 18/2019.

Come la legge lombarda, anche le altre esperienze di normazione regionale sono orientate in favore della sostenibilità, indicando ai Comuni<sup>46</sup> modelli di pianificazione urbanistica secondo criteri di incentivazione al riuso e dunque di contrasto all’espansione.

Ma è soprattutto nel livello delle funzioni amministrative che è più netto lo sforzo verso una rigenerazione effettiva: spiccano modelli come quello dei Comuni di Napoli e Bologna<sup>47</sup>, che puntano sulla cooperazione pubblico-privato in applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale *ex art.* 118, comma 4, Cost.<sup>48</sup>. Si tratta di una “rigenerazione dal basso” o “microrigenerazione” del territorio: contrapposta alla c.d. “macrorigenerazione”<sup>49</sup>, la quale ha come suo strumento attuativo d’elezione il piano urbanistico ed è elaborata in un’ottica strategica secondo una direttrice *top-down*, per cui l’Amministrazione territoriale usa lo strumento pianificatorio “calandolo” dall’alto sui cittadini. Nella rigene-

---

Sulla *blue economy* (o economia circolare) come nuovo modo d’intendere la protezione dell’ambiente nello sviluppo degli investimenti e delle tecnologie industriali, quale incentivo a una diversa catena produttiva e non – al contrario – come esternalità negativa, v. F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 1, 163 ss. e, da ultimo, ID. (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019.

<sup>46</sup> P. URBANI, *A proposito della riduzione*, cit., «I responsabili del consumo di suolo sono quindi i comuni [...] che nella loro attività di pianificazione determinano il fabbisogno abitativo, l’edificabilità dei suoli, la loro trasformazione a fini residenziali produttivi terziari o agricoli. Possiamo dire, cioè, che al di là dei limiti interni (*standards* urbanistici) o di quelli esterni – disciplina dei beni differenziati, opere pubbliche sovralocali – riemerge nella pianificazione quella sovranità territoriale appannaggio dei quasi novemila comuni che coprono tutto il territorio nazionale» (231).

<sup>47</sup> Napoli ha fatto da apripista: nel 2012 la Giunta ha approvato il *Regolamento delle Consulte per la Disciplina dei beni comuni*, quali beni di appartenenza collettiva, fissando nei punti della successiva delibera n. 2 del 18 gennaio 2013 i *Principi per il governo e la gestione dei beni comuni della Città di Napoli* secondo i quali «ogni cittadino deve concorrere al progresso naturale e spirituale della Città». Bologna ha seguito con un Regolamento che ha funto da modello per i successivi: v. la delibera di Consiglio comunale 19 maggio 2014, n. 172, *Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani*. Per l’elenco dei Comuni che in ordine cronologico hanno adottato questo tipo di regolamenti, v. <https://www.labsus.org/i-regolamenti-per-lamministrazione-condivisa-dei-beni-comuni/>.

<sup>48</sup> Per dettato normativo, quel principio sancisce che i soggetti che costituiscono la Repubblica devono favorire le autonome iniziative di cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento delle attività di interesse generale: si supera così la bipartizione tra interessi pubblici e privati, spesso confliggenti, e si consente alla cittadinanza attiva di cooperare spontaneamente alla tutela d’interessi generali nell’esercizio di doveri (e diritti) di solidarietà civica. In tal senso v. G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006.

Questa lettura, a dire il vero recente, consente di attribuire al principio di sussidiarietà orizzontale una portata innovativa e originale all’interno del tessuto della Costituzione: F. GIGLIONI, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Diritto on line*, [www.teccani.it](http://www.teccani.it), 2018.

<sup>49</sup> Sulla contrapposizione tra macro- e micro-rigenerazione v. R. DIPACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2017, n. 3, 625 ss., spec. 626.

razione dal basso, invece, si attua un percorso *bottom-up*: la funzione attiva della cittadinanza comporta l'applicazione di istituti propri del c.d. partenariato sociale<sup>50</sup> che incentivano la collaborazione tra pubblico e privato e che sono volti a realizzare interventi di riqualificazione puntuali<sup>51</sup>.

Strumento centrale sono i cc.dd. patti di collaborazione<sup>52</sup> fra il Comune e i cittadini "attivi" – singoli o associati – che propongono interventi di gestione e manutenzione di beni pubblici al fine di valorizzarne la funzione sociale, d'inclusione e di coesione: non a caso i regolamenti comunali fanno spesso riferimento a obiettivi di miglioramento della qualità della vita.

È a questo punto che la rigenerazione urbana si carica di significati più larghi, perché diviene strumentale ad altri e più alti obiettivi<sup>53</sup>: orientandosi per esempio all'innovazione sociale<sup>54</sup>, alla promozione della creatività urbana, alla partecipazione del singolo alla vita della comunità, all'aggregazione sociale. Non solo obiettivi di governo del territorio, dunque, ma anche sociale, culturale, d'inclusione: al punto da configurare forse una nuova, affascinante funzione amministrativa<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> Il partenariato sociale è tipizzato all'art. 190, d.lgs. n. 50/2016, nella specie del baratto amministrativo. In base a questa disposizione gli enti territoriali possono definire con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione a un preciso ambito territoriale. I contratti possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa. V. in proposito R. DE NICTOLIS, *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*, in *La Co-Città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, a cura di P. Chirulli, C. Iaione, Napoli, 2018, 61 ss.

<sup>51</sup> Circa l'utilizzo di strumenti di partenariato nella rigenerazione urbana v. il recente lavoro di A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, 2018.

<sup>52</sup> Sui patti di collaborazione del Comune di Bologna v. M. PAOLO, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon*, 2016, 2, 14 ss.; G. CALDERONI, *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in *Aedon*, 2016, 2, 4 ss.; L. MUZI, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani: il ruolo dei privati nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale*, in, *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, a cura di F. Di Lascio, F. Giglioli, Bologna, 2017, 117 ss.

<sup>53</sup> Rigenerare, in un'accezione immateriale, evoca anche l'idea del riuscire a riportare una realtà di vita a uno stadio precedente, più ricco di dignità, di valori positivi: è questo il traguardo finale, che guarda sì ai luoghi dell'abitare, ma – per essi – alle persone che vi radicano la propria esistenza.

<sup>54</sup> Che è concetto magmatico: le sue diverse declinazioni sono accomunate però dal favorire, all'interno del tessuto sociale, pratiche di cambiamento e di sperimentazione per migliorare le condizioni di vita della comunità. L'espressione si fa comunemente risalire a R. MURRAY, J. CAULIER GRICE, G. MULGAN, *The Open Book of Social Innovation*, 2009, trad. it. a cura di A. Giordano, A. Arvidsson, *Il libro bianco sull'innovazione sociale*, The Young Foundation, 2011.

<sup>55</sup> In questo senso v. E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione ammini-*

Questo è, in altre parole, il senso più profondo che può attribuirsi alla rigenerazione: dall’idea abbastanza riduttiva di riutilizzare l’esistente, pur in un contesto di tutela dell’ambiente e di risparmio di suolo<sup>56</sup>, a quella di rivitalizzare il tessuto sociale che vi si insedia. E che avverte il disagio della perifericità come simbolo negativo, dimensione ineluttabile della propria esistenza.

#### 4. *Il recupero della pianificazione*

Tuttavia, iniziative siffatte – pur commendevoli – sono esposte al rischio di restare scoordinate e fra loro dunque irrelate.

Una loro visione e strutturazione in termini integrati e organici, dunque,

---

*strativa?*, in *La rigenerazione*, cit., a cura di F. Di Lascio, F. Giglioli, 15 ss., spec. pp. 34-35. Chiti ne rileva, peraltro, i profili problematici: «da rigenerazione non è riconducibile a una politica pubblica specifica. [...] Le sue finalità, ad esempio, sono compatibili con quelle di politiche tra loro molto diverse come la politica culturale, quella ambientale, quella dell’ordine pubblico e della sicurezza, quella giovanile. Inoltre, sono finalità che tendono a fuoriuscire dai confini delle politiche tradizionali, sia perché tendono a tagliarle trasversalmente, mettendole in relazione tra loro, sia perché rispondono a problemi che non sono sempre riconducibili a una o più politiche pubbliche, ma ne implicano un ripensamento». Pertanto, secondo l’A., un utile impiego della rigenerazione richiede una riconsiderazione delle azioni pubbliche tradizionali, onde superarne la frammentarietà: scongiurando così il rischio che «da rigenerazione finisca per diventare *bricolage* amministrativo, un insieme di interventi episodici, sconnessi dalle politiche poste in essere dalle amministrazioni comunali» (35).

<sup>56</sup> In questo forse si potrebbe far tesoro dell’esperienza tedesca, nella quale le disposizioni di piano prevedono che il territorio non urbanizzato cinga letteralmente quello già edificato, sì da confinare fisicamente l’ambito degli interventi di riuso dell’esistente: la perimetrazione dell’edificato indica così la superficie sulla quale possono ricadere gli interventi di rigenerazione. Le norme di riferimento – le quali si articolano in un complesso sistema composto di una fonte federale e fonti dei *Länder*, completate dalle norme di piano – sono contenute nel Codice urbanistico tedesco (*Baugesetzbuch – BauGB*), in particolare nei parr. 1 e 1a, che contengono la c.d. *Bodeschutzklausel*, la quale prevede che l’ente pianificatore deve utilizzare il suolo in maniera parsimoniosa (*sparsam*) in modo da tutelarne le caratteristiche (*schonend*): sicché le possibilità di sviluppo edilizio dei Comuni devono essere realizzate soprattutto attraverso il recupero del territorio “interno” già edificato (*Innenbereich*), lasciando tendenzialmente intatto il suolo esterno a quel perimetro (*Außenbereich*). V. in proposito E. BUOSO, *La disciplina urbanistica tedesca contro il consumo di suolo e sulle misure compensative*, in *Politiche urbanistiche e gestione del territorio tra esigenze del mercato e coesione sociale*, a cura di P. Urbani, Torino, 2015, 269 ss. V. anche, della stessa A., *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco: i contratti urbanistici (städtebauliche Verträge)*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2008, 357 ss. e anche *La disciplina urbanistica tedesca: misure compensative e contro il consumo di suolo*, in *Perequazione urbanistica. Materiali per una comparazione*, a cura di D. D’Orsogna, Torino, 2016. Più in generale, sulla disciplina urbanistica tedesca, v. E. SCHMIDT-ASSMANN, *L’evoluzione del principio di conformità ai piani nel diritto urbanistico tedesco*, in *Diritto amministrativo*, 1999, 29 ss.; ID., *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale in Germania in Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, a cura di E. Ferrari, N. Saitta, A. Tiganò, Milano, 2001, 19 ss.

s'impone. Il punto di ricaduta di questa esigenza è rappresentato da una riconsiderazione dell'agire per piani.

Non sembri un anacronismo: ad avviso di chi scrive urge il rilancio e dunque il recupero concreto del principio di pianificazione, inteso ad «assicurare l'adeguatezza degli obiettivi, quindi la loro idoneità a garantire il soddisfacimento dei diversi bisogni – opportunamente differenziati per territorio, per categorie sociali di popolazione, *etc.* – e, in definitiva, il miglioramento generale della qualità della vita»<sup>57</sup>.

Chiaro è il fondamento costituzionale di questa impostazione, poiché di certo la Carta guarda all'abitazione come presupposto implicito per inverare i diritti basilari della persona: l'art. 117 comma 1, lett. *m*), riserva infatti allo Stato «la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Il carattere *prestazionale* – se riferito all'apparato pubblico – del diritto sociale all'abitazione sembrerebbe pertanto indubbio<sup>58</sup>: l'uso del condizionale è tuttavia necessario, poiché la recente crisi economica che ha investito l'Italia e altri Paesi del bacino del Mediterraneo ha indotto la dottrina e la giurisprudenza (almeno) costituzionale<sup>59</sup> a chiedersi se il diritto all'abitazione possa essere effettivamente condizionato dal bilancio o meno. Sicché ci si divide, oggi, tra l'affermazione sicura della prestazionalità del diritto all'abitazione e una posizione più sorvegliata per la quale quel diritto – stante l'incertezza definitoria del suo nucleo essenziale – è d'incerta collocazione nel tessuto costituzionale, che non lo censisce espressamente<sup>60</sup>.

È poi, per fortuna, da tempo terminata la generazione dei piani (o pseudo-piani) dell'espansione urbana – frutto anche tardivo del *boom* economico – che hanno prodotto deprecabili *monofunzionalità abitative* come i quartieri-dormitorio, vere e proprie sacche di alienazione, violenza e criminalità; o come i poli produttivi, poco rispondenti persino a criteri di economicità alla scala urbana. E abbiamo purtroppo registrato il sostanziale fallimento interventista dell'edilizia

<sup>57</sup> P.L. PORTALURI, *Il principio di pianificazione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012, 453 ss., spec. 468.

<sup>58</sup> Tra i contributi sul tema v., adesso, M.G. DELLA SCALA, *Il "social housing" come servizio d'interesse generale tra tutela multilivello del diritto sociale all'abitare e imperativi della concorrenza*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2019, 2, 179 ss.

<sup>59</sup> G. CATALDO, *Verso l'ossimoro di una tutela elusiva del diritto di abitazione? Riflessioni a margine di due pronunce della Corte Costituzionale in materia di edilizia residenziale pubblica*, in *Rivista AIC*, 2017, 3: l'A. evidenzia la recessività del diritto di abitazione rispetto ad altri diritti sociali, trovando in ciò conferma in due pronunce della Consulta (25 febbraio 2016, n. 38; 10 giugno 2016, n. 131) le quali legano quel diritto ai vincoli costituzionalizzati di bilancio e di spesa.

<sup>60</sup> V. in proposito l'analisi di A.V.A. DIVARI, *De Social Housing, diritto sociale all'abitazione o abitazione sociale?*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2019, 1, 207 ss.

residenziale pubblica<sup>61</sup>, con il suo carico di ipocrisia fondata sul dissimulato fine di una feroce segregazione fisica e sociale.

Superato appare, in realtà, lo stesso concetto di pianificazione *urbanistica*, se intesa in termini meramente fisici, e dunque di disaggregazione dalle altre “ordinate dell’abitare”; il nuovo tema è quello della pianificazione etica e integrale, comprensiva dei bisogni non solo abitativi dei cittadini, ma anche sociali, ricreativi, finanche estetici: che persegua cioè la piena realizzazione di tutti i servizi integrati alla residenza<sup>62</sup>.

Appena il caso di sottolineare quanto, da questo punto di vista, appaiano superati i pur gloriosi – oggi esattamente cinquantenni – standard *quantitativi* che il celebre d.m. n. 1444/’68 introdusse nel nostro scomposto e sdrucito ordinamento urbanistico: forgiati sulla nobile, umanissima idea dell’*esistenza minimum*, lasciano affatto scoperto il profilo *qualitativo* della “macchina abitativa”, il quale richiede nuovi e diversi paradigmi, vocati alla regolazione anche del *quomodo* e non solo della misura<sup>63</sup>.

Il tema della *qualità* irrompe così al centro della scena in ogni buona politica pubblica dell’abitare: ed è proprio ciò che domandano oggi molte comunità periferiche – un buon esempio ci è dato dal quartiere romano di Tor Pignattara<sup>64</sup> – per uscire dalla logica emergenziale e della ricucitura più o meno d’occasione. Qui il processo di marginalizzazione muove proprio dall’assenza di pianificazione, non solo di tipo basilico, cioè urbanistico – non di rado la prima *failure* delle politiche municipali – ma anche di livello più evoluto, idonea cioè ad affrontare ogni aspetto del vivere sociale: dalla mediazione interculturale, ai servizi essenziali e culturali, dalla mobilità (favorendone la modalità c.d. dolce, ciclabile o elettrica) sino alle cc.dd. nuove pianificazioni di dettaglio: colore, luce, rumore.

<sup>61</sup> E. SICIGNANO, *Le Vele di Scampia, ovvero il fallimento dell’utopia*, in *Costruire in laterizio*, 1998, vol. 65, 368 ss.

<sup>62</sup> P.L. PORTALURI, *Dal diritto delle costruzioni*, cit., *passim*, rileva l’anacronismo delle discipline pianificatorie che non considerano la globalità degli interessi, quindi dei soggetti che devono fruire di un habitat loro congeniale.

<sup>63</sup> L’ancoraggio degli *standards* a parametri numerici e allo *zoning* è il criterio-guida dell’urbanistica razionalista, la quale individua rapporti fissi tra persone, edifici e spazi ponendo in secondo piano il fluire della vita e la mutevolezza del divenire sociale.

La l. n. 765 del 1967, la quale aveva appunto individuato nella zonizzazione il suo criterio elettivo, è stata oggetto di un «frintendimento esegetico» che l’ha svuotata dei suoi valori funzionali. Quella normazione, che interveniva pesantemente sulla legge urbanistica del ’42, non mirava infatti alla creazione di un indistinto tessuto comunale urbanizzato; al contrario, la zonizzazione voleva proprio identificare – e salvaguardare nelle loro peculiarità – le specificità del territorio nazionale che non avrebbero dovuto esser soffocate da interventi indifferenziati e standardizzati. Obiettivo, evidentemente, mancato a seguito del citato frintendimento. V. in proposito, ancora, P.L. PORTALURI, *Dal diritto delle costruzioni*, cit., 8-9.

<sup>64</sup> Cfr. il sito web <https://ilovetorpigna.it/2016/05/27/periferie-uscire-dalla-logica-delle-emergenze-ed-entrare-in-quella-della-pianificazione/>.

Diviene essenziale, nella fase di formazione della prossima generazione di piani, l'applicazione di moduli di raccordo intersoggettivo che possano innescare un meccanismo di condivisione circolare delle scelte pianificatorie: la civiltà della conversazione<sup>65</sup>.

Nella scorsa legislatura era stato lanciato un preciso segnale in questa direzione con l'approvazione del Piano statale per le periferie urbane<sup>66</sup>, stanziandosi 500 milioni di euro per un programma straordinario di intervento indirizzato ad accrescere la sicurezza e il decoro delle periferie coinvolgendo una serie di aspetti fra loro connessi<sup>67</sup>, uno tra i quali era il miglioramento della c.d. resilienza urbana<sup>68</sup>.

Questo programma, lanciato dal governo Renzi – ma rinviato nella sua attuazione dal primo governo Conte nel 2018/2019 – ha tuttavia manifestato da subito serie difficoltà di attuazione<sup>69</sup>. Ha disvelato la sua reale attitudine,

<sup>65</sup> P.L. PORTALURI, *La civiltà della conversazione*, in *Il governo del territorio* a cura di S. Civitarese Matteucci, E. Ferrari, P. Urbani, Milano, 2003, 397 ss.

<sup>66</sup> Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. 25 maggio 2016, in G.U. n. 127 dell'1 giugno 2016; la necessità si avvertiva già negli anni precedenti, con l'art. 1, comma 431, della legge 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità 2015); poi l'art. 1, comma 974, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016), ha istituito per l'anno 2016 il *Programma straordinario di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia*.

<sup>67</sup> Gli interventi, da attuarsi senza ulteriore consumo di suolo, riguardano una o più delle seguenti tipologie di azione: a) progetti di miglioramento della qualità del decoro urbano; b) progetti di manutenzione, riuso e rifunionalizzazione di aree pubbliche e di strutture edilizie esistenti, per finalità di interesse pubblico; c) progetti rivolti all'accrescimento della sicurezza territoriale e della capacità di resilienza urbana; d) progetti per il potenziamento delle prestazioni e dei servizi di scala urbana, tra i quali lo sviluppo di pratiche del terzo settore e del servizio civile, per l'inclusione sociale e la realizzazione di nuovi modelli di welfare metropolitano e urbano; e) progetti per la mobilità sostenibile e l'adeguamento delle infrastrutture destinate ai servizi sociali e culturali, educativi e didattici, nonché alle attività culturali ed educative promosse da soggetti pubblici e privati. Il bando per le periferie finanziava 120 progetti di riqualificazione: tuttavia, il decreto legge 25 luglio 2018, n. 91 (c.d. decreto milleproroghe) – in dichiarata applicazione della sentenza della Corte costituzionale, 13 aprile 2018, n. 74 – ha imposto un taglio ai fondi.

<sup>68</sup> Per «resilienza urbana» – sintagma di conio recente, ma già abbastanza logoro per l'abuso – s'intende la capacità di una città di ripristinare le proprie funzionalità sistemiche dopo aver subito uno *shock* che può essere di origine antropica o naturale.

Antropiche possono ritenersi quelle categorie di *shock* cagionate dall'azione umana, come gli attentati dell'11 settembre 2001, ovvero dalla crisi di sistemi complessi, quale il *black-out* avvenuto sempre a New York nel luglio 1977.

Per quanto riguarda invece lo *shock* di origine naturale, si pensi al cambiamento climatico. Secondo alcune previsioni, le città in pochi decenni si trasformeranno nell'unico luogo di vita della specie umana, con i connessi problemi di tutela della salute, della sicurezza e della dignità della popolazione insediata. In questo senso, v. [www.peopleforplanet.it/resilienza-urbana-limportanza-per-le-citta-di-risorgere/](http://www.peopleforplanet.it/resilienza-urbana-limportanza-per-le-citta-di-risorgere/).

<sup>69</sup> Il piano ha iniziato il proprio cammino con la trasmissione dei progetti alla Presidenza del

non esattamente coincidente con le esigenze effettive delle periferie: il programma sottende un’«ansia di cantierizzazione»<sup>70</sup>, che sembra prevalere rispetto alla necessaria integrazione sociale delle aree periferiche con il resto dei tessuti urbanistico-sociali. Non solo. Il piano si è comunque bloccato, per cui è stato necessario istituire tavoli urgenti di concertazione con enti locali e associazioni (in particolare con l’ANCI)<sup>71</sup> al fine di regolare e contenere gli effetti negativi sui loro bilanci.

Non a caso – come segnalato da Carpentieri – un recente monitoraggio sullo stato di attuazione del piano, svolto dalla Corte dei conti, ha dato «esiti non lusinghieri»<sup>72</sup>.

---

Consiglio dei ministri da parte degli enti interessati, secondo le modalità e la procedura stabilite con bando approvato dal d.p.c.m. 25 maggio 2016.

A seguito della loro valutazione a opera di un apposito Nucleo, i progetti sono stati immessi in graduatoria col d.p.c.m. 6 dicembre 2016 (modificato dai dd.pp.cc.mm. 25 maggio 2016 e 6 dicembre 2016) onde stipulare le convenzioni o gli accordi di programma che hanno definito i soggetti partecipanti alla realizzazione dei progetti, le risorse finanziarie, i tempi di attuazione, i criteri per la revoca dei finanziamenti in caso di inerzia.

Per quanto concerne la provvista economica, il comma 140 dell’art. 1, l. n. 232 del 2016, ha istituito un fondo per assicurare il finanziamento degli investimenti e lo sviluppo infrastrutturale, e il comma 141 ha destinato ulteriori risorse da distribuirsi mediante delibera del CIPE. Il riparto è avvenuto col d.p.c.m. 29 maggio 2017, mentre con le delibere CIPE n. 2 del 3 marzo 2017 e n. 72 del 7 agosto 2017 le risorse sono state definitivamente destinate al Programma straordinario di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie. Il fondo è stato quindi rifinanziato dal comma 1072 dell’art. 1, l. n. 205 del 2017.

È stato poi approvato il d.l. n. 91 del 2018 (c.d. “milleproroghe”), nel cui art. 13 è stato inserito in sede di conversione il comma 02, che differisce al 2020 l’efficacia delle convenzioni di cui al d.p.c.m. 29 maggio 2017 e delle delibere CIPE nn. 2 e 72 del 2017 citt. Ciò ha comportato per le amministrazioni l’obbligo di rimodulare i relativi impegni di spesa e i connessi pagamenti a valere sul Fondo per lo sviluppo e la coesione.

<sup>70</sup> P. CARPENTIERI, *Il “consumo” del territorio*, cit.

<sup>71</sup> Il c.d. “piano periferie” si è fermato, con pesanti ricadute sui bilanci degli enti locali coinvolti. Le convenzioni stipulate erano ben 120 per altrettanti progetti, 24 dei quali finanziati con i 500 milioni di euro messi a disposizione dall’art. 1, comma 978, l. n. 208 del 2015. Ancora, 326 erano gli enti locali coinvolti, sede di oltre 1.600 interventi, in grado di mobilitare sulla riqualificazione delle periferie non solo i 1.600 milioni di euro assegnati dallo Stato, ma anche circa un miliardo di ulteriori finanziamenti di altri enti e di privati.

In un Accordo raggiunto con l’ANCI il 18 ottobre 2018 Governo ed enti territoriali hanno poi condiviso l’idea che gli aggiudicatari del bando periferie potessero gradualmente avere accesso ai finanziamenti per i loro interventi, anche provvedendo autonomamente all’integrazione con propri fondi attraverso le altre forme di finanziamento consentite dall’ordinamento: in particolare, il “Prestito riqualificazione periferie urbane” da Cassa Depositi e Prestiti.

<sup>72</sup> Sempre P. CARPENTIERI, *Il “consumo” del territorio*, cit., 46. Il Giudice contabile – v. la deliberazione 23 luglio 2019, n. 13/2019/G della Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato – ha concluso la sua disamina con opportune raccomandazioni, per le quali si dovranno «recuperare o [...] contenere i ritardi segnalati e semplificare il quadro di riferimento, sia normativo che procedurale, al fine di determinare una maggior fluidità e scorrevolezza

Il concetto di resilienza è poi legato a quello della sostenibilità: la città resiliente è costruita in modo tale da adeguarsi ai cambiamenti climatici e al riscaldamento globale.

Non si possono ignorare tuttavia le suggestioni che questa parola evoca: come la capacità di un sistema di adeguarsi al cambiamento, di reagire positivamente, di essere flessibile.

La pianificazione delle periferie potrebbe proprio incidere su questo profilo, generando o rafforzando comunità capaci di risposte innovative alle sollecitazioni negative dell'ambiente urbano.

Il richiamo di un agire per piani indica, peraltro, una via plausibile per la *ricostruzione* del principio di legalità nel diritto urbanistico: decostruito<sup>73</sup> dal decadimento del mito del piano e dall'avanzare della c.d. urbanistica per progetti. Le iniziative di rigenerazione sopra accennate, senza alcuna pretesa d'eshaustività, recano con sé alcuni profili di criticità: il loro atomismo, anzitutto; di poi, la loro base privatistica e contrattuale, lasciata all'iniziativa dei cittadini. È dunque da accogliere come un segnale positivo che il legislatore – anche regionale – abbia inteso farsi carico di un più ampio disegno pianificatorio a intento rigenerativo dell'edificato. D'altra parte, siamo ormai nell'era dei cc.dd. piani di quarta generazione<sup>74</sup>, tematizzati sulla sostenibilità delle scelte pianificatorie nel tempo,

---

della [...] azione [amministrativa, n.d.r.], ed ancor più di quella degli enti interessati. A tale riguardo l'opportunità di interventi normativi potrebbe essere praticata nel quadro di iniziative generali nell'intendimento di superare le difficoltà operative ed i ritardi nella realizzazione del "Piano nazionale per le città", tanto allo scopo ultimo di scongiurare ulteriori ritardi che, sommandosi a quelli già rilevati, potrebbero risultare tanto considerevoli da mortificare una parte dell'efficacia degli impegnativi interventi pianificati, quando essi venissero a completarsi in un contesto di riferimento altrimenti modificatosi». La Corte dei conti «auspica, infine, che le progettualità esaminate, considerato il loro notevole onere finanziario, siano assistite dall'impegno dell'amministrazione ad effettuare controlli anche attraverso verifiche sui luoghi, nonché dall'impegno ad elaborare ed applicare un sistema di parametri ed indicatori idonei a misurare l'effettivo impatto degli interventi, realizzati o in corso di realizzazione, sulle realtà degradate di cui si è inteso prendersi cura, considerata anche la puntuale disponibilità circa le direzioni indicate manifestata dalla delegazione della Presidenza nel corso dell'adunanza pubblica».

<sup>73</sup> La decostruzione del principio di legalità anzitutto nel diritto amministrativo è oggetto del noto studio di F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, per il quale la generalizzazione del contrattualismo e l'uso eccessivo del diritto privato hanno provocato la progressiva erosione della base fondativa del diritto amministrativo, caratterizzato dalla tipicità degli atti di esercizio del potere e da norme pubblicistiche regolative dei rapporti tra p.A. e privati.

<sup>74</sup> La pianificazione ha già visto tre generazioni: la prima, recante piani di ordinamento urbano per l'assetto e la ricostruzione del dopoguerra, mirati alla ripresa edilizia e alla ristrutturazione degli assi di scorrimento, ai quali è ricondotto lo scarso controllo nei riguardi di uno sviluppo urbano che assunse carattere speculativo; la seconda (anni '60/'80 del secolo scorso), connotata dall'espansione urbana; la terza (successivi anni '80/'90), ha visto emergere sopra tutto l'esperienza dei piani di trasformazione, che ha segnato la stagione di interventi senza regola. Sulla quarta generazione, nata sull'onda delle emergenze ambientali, v. P. STELLA RICHTER (a cura di), *Verso le*

dell’abitare, dell’edificare: una urgente priorità pubblica che dev’essere, anzitutto, compito dell’apparato amministrativo soddisfare con disegni complessivi d’intervento<sup>75</sup>.

Non basta quindi ricucire lembi di un tessuto lacerato. È una tessitura nuova e organica che oramai s’impone, pur se interna alle parti più problematiche della città consolidata: affinché le periferie possano contribuire al disegno di una città divenuta policentrica senza esser viste come luogo di degrado, ma come «struttura di opportunità»<sup>76</sup>, ricca di storia e piena di vita<sup>77</sup>.

##### 5. *L’esperienza pugliese*

Ragioni di prossimità territoriale hanno indotto, infine, chi scrive a concentrare l’attenzione su una esperienza campione regionale: la quale fa proprio lo strumento della pianificazione per ridisegnare i quartieri degradati. La Regione Puglia si è infatti – almeno di recente – dedicata alla riqualificazione delle periferie tramite appositi piani: qui, gli interventi dei privati costituiscono un *plusvalore* rispetto a scelte pianificatorie pubbliche già orientate alla rigenerazione.

In attuazione dell’art. 13, l.r. n. 20/’05 – che ha disposto un finanziamento straordinario per il piano casa – la Regione ha nel 2006 bandito<sup>78</sup> una procedura selettiva per l’accesso dei Comuni pugliesi al finanziamento – pari a oltre 90 milioni di euro – per la redazione di Programmi integrati di riqualificazione delle periferie (PIRP).

I PIRP costituiscono una buona risposta all’esigenza di una pianificazione anzitutto – come si diceva – partecipata, ma anche sensibile alle dinamiche dell’integrazione (pur esse cennate più sopra) e della sostenibilità ambientale.

---

*leggi regionali di IV generazione*, Studi dal XXI Convegno nazionale, Varese, 28-29 settembre 2018, Milano, 2019.

<sup>75</sup> La pianificazione tematizzata sulla rigenerazione, peraltro, può sovrapporsi a strumenti pianificatori che possono attualmente già contenere o interferire con le operazioni rigenerative dell’abitato. Lo stesso legislatore – specie quello statale – ha introdotto e disciplinato alcuni strumenti a ciò dedicati, come per esempio i piani di recupero. V. in proposito A. FIORITO, *La (debole) legalità urbanistica: il caso della rigenerazione urbana*, in *Diritto e rigenerazione dei brownfields. Amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, a cura di M. Passalacqua, B. Pozzo, Torino, 2019, 67 ss.

<sup>76</sup> D.W. URWIN, *Centro e periferia*, cit.

<sup>77</sup> Degne di essere raccontate anche dalla narrativa e dalla cinematografia più sensibili. Uno degli esempi più recenti è il film di Samuel Benchetrit, *Il condominio dei cuori infranti*, tratto dall’autobiografia in cinque volumi scritta dallo stesso regista, *Cabiers de l’asphalte*. Benchetrit racconta la quotidianità della *banlieue* non come luogo di rabbia e violenza, ma come cornice desolata di un’umanità stravagante e capace di sopravvivere anche grazie all’autoironia e alla poesia dei piccoli gesti.

<sup>78</sup> Il bando, approvato con deliberazione della Giunta regionale 19 giugno 2006, n. 870, è pubblicato nel B.u.R.P. n. 81 del 29 giugno 2006.

Il punto 1.3. del bando prevedeva, infatti, che i PIRP fossero «elaborati con la partecipazione attiva degli abitanti, finalizzati a garantire interventi che rispondano ai loro bisogni, desideri e aspettative, a migliorarne la qualità della vita, l'accessibilità e la sicurezza, specie con riferimento ai bambini, agli anziani e ai diversamente abili».

Il passo successivo non si è fatto attendere, e ha segnato l'ingresso delle dinamiche della rigenerazione urbana all'interno delle azioni pubbliche non più connotate dalla straordinarietà.

Con la l.r. n. 21/2008 («Norme sulla rigenerazione urbana»)<sup>79</sup> la Regione Puglia – proseguendo nella sua politica di recupero integrato degli spazi urbani degradati – ha infatti varato due nuovi strumenti: il primo, il DPRU (*Documento programmatico di rigenerazione urbana*), a vocazione strategica, è propedeutico al secondo, il PIRU (*Programma integrato di rigenerazione urbana*); entrambi elaborati con la partecipazione dei cittadini, quali «soggetti costituzionali» nella prospettiva della sussidiarietà orizzontale ex art. 118, u.c., Cost.

Ora, il DPRU individua gli ambiti territoriali periferici e marginali, totalmente o prevalentemente edificati, sui quali è necessario intervenire in termini di rigenerazione definendo i) gli obiettivi di riqualificazione urbana, sociale e ambientale da perseguire, ii) gli ambiti della rigenerazione, iii) le politiche pubbliche intersettoriali, iv) le iniziative della partecipazione, vi) i criteri di valutazione dei programmi, vii) i soggetti coinvolti, e si caratterizza per essere una relazione al tempo stesso analitica e programmatica; mentre il PIRU è un documento urbanistico *sui generis*<sup>80</sup>, attuativo della strategia delineata nel DPRU, il quale può intervenire anche in variante allo strumento di pianificazione generale.

L'art. 2 stabilisce che i PIRU comportano un insieme coordinato d'interventi in grado di affrontare in modo integrato problemi di degrado fisico e disagio socio-economico che, in relazione alle specificità del contesto interessato, includono, oltre agli obiettivi tradizionali della riqualificazione dell'ambiente costruito, anche il contrasto all'esclusione sociale degli abitanti «attraverso la previsione di una molteplicità di funzioni e tipi di utenti e interventi materiali e immateriali nel campo abitativo, socio-sanitario, dell'educazione, della formazione, del lavoro e dello sviluppo».

Cifra peculiare di questi piani, inoltre, è la loro vocazione al «risanamento dell'ambiente urbano mediante la previsione di infrastrutture ecologiche quali

<sup>79</sup> Secondo M. ANNESE, *I caratteri delle due stagioni della rigenerazione urbana in Puglia*, in *Urban@*, 2017, 1, 4, «l'uso del termine rigenerazione, esplicitamente adottato nel testo di legge, ha evidenziato l'interrelazione ricercata dalla normativa tra le politiche di riqualificazione dei contesti urbani con gli aspetti ecologici, economici e sociali, con una evidente e formale trasposizione della questione dalla dimensione fisica a quella socio-economica, e un'angolazione della visione del tema trasversale a più settori, pur dentro strumenti esclusivi di pianificazione».

<sup>80</sup> Così lo definisce la stessa M. ANNESE, *I caratteri*, cit., p. 6.

reti verdi e blu finalizzate all’incremento della biodiversità nell’ambiente urbano, sentieri didattici e museali, percorsi per la mobilità ciclabile e aree pedonali, spazi aperti a elevato grado di permeabilità, l’uso di fonti energetiche rinnovabili e l’adozione di criteri di sostenibilità ambientale e risparmio energetico nella realizzazione delle opere edilizie».

A ciò si aggiunge l’attenzione dell’ente regionale alle politiche sociali, oggetto di una recente delibera<sup>81</sup> di approvazione del IV Piano Regionale delle Politiche Sociali, da attuarsi mediante Piani sociali di zona: lo strumento regionale persegue proprio la tutela e l’inclusione delle fasce più deboli ed emarginate, quali – è certamente da ritenere – le componenti sociali insediate in aree periferiche della città.

Si potrebbe continuare nell’analisi del cammino intrapreso da questa Regione, esaminandone le tappe ulteriori, che portano sino ai giorni nostri. Sarebbe un fuor di tema, forse.

Basti qui, allora, un auspicio conclusivo e generale, che si spera non pecchi di ottimismo ingenuo.

Se parliamo dei limiti del diritto, dei suoi fallimenti, la regolazione del territorio urbano ne costituisce certo un esempio tanto evidente, quanto doloroso.

Ma gli sforzi che il fenomeno giuridico continua a dedicare a quel problema dicono di un convincimento: non rassegnarsi a ritenere irreversibile la dura replica delle pietre mal poste.

---

<sup>81</sup> Deliberazione della Giunta regionale 28 dicembre 2017, n. 2324, “Approvazione del IV Piano Regionale delle Politiche Sociali 2017-2020”, in B.u.R.P. n. 14 del 26 gennaio 2018.

### Abstract

Le periferie urbane sono confinate in quartieri a volte problematici e discussi, a volte dimenticati. Al degrado urbano ed edilizio, all'abbandono, si associano contesti sociali privi d'identità e lontani dai valori condivisi del centro. Per affrontare questi temi, il legislatore e l'Amministrazione sovente hanno creato strumenti nuovi e flessibili: progetti – anche in collaborazione con il tessuto sociale più attivo e vivace – che mirano al “rammendo” dei quartieri periferici. Questi progetti spesso però associano al pregio della flessibilità il difetto della loro essenza puntiforme: mancano di una visione d'insieme e non tengono conto delle nuove emergenze tra le quali, per esempio, il contenimento del consumo di suolo. Queste caratteristiche sono piuttosto tipiche di uno strumento più datato ma ancora efficace: la pianificazione; la quale, come testimoniano le leggi regionali e gli interventi statali, può essere orientata alla rigenerazione urbana e all'inclusione sociale. Anche la Regione Puglia si è dotata di strumenti pianificatori specificamente orientati alle periferie sia sotto il profilo edilizio che quello sociale, produttivi di risultati positivi.

A third landscape for the suburbs: abandonment, mending, planning

by Clara Napolitano

Urban suburbs are often confined to neighbourhoods that are sometimes problematic and discussed, sometimes forgotten. Social contexts devoid of identity and far from the shared values of the center are associated with urban and building decay and abandonment. To deal with these issues, the legislator and the public administration have often created new and flexible tools: projects – also in collaboration with the most active and lively social fabric – that aim to “mend” the peripheral neighbourhoods. These projects, however, often associate the defect of their point-like essence with the advantage of flexibility: that is, they lack an overview and do not take into account new emergencies including, for example, the containment of land consumption. These characteristics are rather typical of a more dated but still effective tool: planning; which, as evidenced by regional laws and state interventions, can be oriented towards urban regeneration and social inclusion. Also the Puglia Region has equipped itself with planning tools specifically oriented to the peripheries both from a building and social point of view, producing positive results.

# L'interesse alla salvaguardia ambientale. Profili critici sulla “statalizzazione” della riparazione del danno ambientale

di Sveva Bocchini

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'ambiente e le situazioni giuridiche soggettive. – 3. La legittimazione ad agire a tutela dell'interesse alla salvaguardia dell'ambiente. – 4. La l. 349/1986 e l'introduzione della disciplina del risarcimento del danno ambientale. – 5. La direttiva 35/2004/CE e la funzione amministrativa di ripristino ambientale. – 6. Il modello di responsabilità per danno ambientale adottato dal Codice dell'ambiente. – 7. Le iniziative per il ripristino ambientale e la posizione legittimante l'azione dell'ente territoriale avanti al giudice amministrativo. – 8. L'azione di risarcimento del danno ambientale nei confronti del responsabile. – 9. Correlazione tra funzione amministrativa di ripristino e legittimazione all'azione risarcitoria. – 10. L'effettività della tutela del bene ambiente e il diritto alla salvaguardia ambientale dell'ente pubblico territoriale. – 11. L'azione di ripristino ambientale quale tecnica di tutela dell'interesse collettivo alla conservazione delle risorse naturali.

## 1. *Introduzione*

L'evoluzione della disciplina del danno ambientale contenuta nel d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (c.d. Codice dell'ambiente) si è caratterizzata, anche in ossequio agli impulsi provenienti dal diritto europeo e in particolare dalla direttiva 35/2004/CE<sup>1</sup>, per un deciso *favor* per “l'amministrazione della tutela del danno ambientale”, tale da far assumere alla tutela giurisdizionale davanti al giudice ordinario carattere residuale rispetto a quella amministrativa<sup>2</sup>. In questo quadro normativo si è affermata l'idea che l'azione di risarcimento del danno ambientale non rappresenti altro che una forma di completamento della funzione amministrativa di ripristino ambientale imputata al Ministro dell'ambiente che deve anche provvedere alla riparazione in via sostitutiva del responsabile del danno nel caso in cui costui resti inerte<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> V. Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 sulla responsabilità ambientale nella materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, in GUUE, L143/56.

<sup>2</sup> Il modello della responsabilità civile davanti al giudice ordinario sembra porsi in secondo piano rispetto all'azione amministrativa. L'art. 315 del d.lgs. n. 152/2006 stabilisce, infatti, che il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare se adotta l'ordinanza di cui all'art. 313 che ingiunge il ripristino ambientale a titolo di risarcimento in forma specifica non può più proporre, né procedere ulteriormente nel giudizio per il risarcimento del danno ambientale, salva la possibilità dell'intervento in qualità di persona offesa dal reato nel giudizio penale.

<sup>3</sup> L'art. 311, comma 2, del d.lgs. n. 152/2006 pone i costi dell'intervento riparatorio a carico del responsabile e, nel caso in cui le misure di riparazione non siano prese dal responsabile, impone al Ministro dell'ambiente l'adozione dei provvedimenti e degli interventi necessari, salvo il diritto di agire nei confronti del soggetto obbligato per la restituzione delle somme corrispondenti.

Nel mutato contesto ordinamentale anche il ruolo degli enti pubblici territoriali nella protezione ambientale è stato fortemente ridimensionato dalla previsione dell'art. 311 del d.lgs. n. 152/2006, che attribuisce la legittimazione ad agire per risarcimento del danno ambientale al solo Ministro dell'ambiente, in quanto titolare della funzione amministrativa di ripristino.

Scopo del presente contributo è di verificare le iniziative processuali per la riparazione del danno ambientale da accordare alle Regioni e agli enti locali sui quali ricade la lesione ambientale e ciò nell'intento di implementare la tutela di un bene di rilevanza costituzionale (v. artt. 32, 9 e 117 Cost.).

La trattazione della problematica in oggetto non può che prendere le mosse dall'esame della parabola evolutiva che ha determinato l'emersione dell'"ambiente" quale autonoma categoria di bene oggetto di protezione nel nostro ordinamento al fine di individuare *gli interessi tutelati dalla disciplina della responsabilità per danno ambientale e i soggetti cui tali interessi afferiscono*. A questo scopo appare necessario ripercorrere, sia pure per grandi linee, l'evoluzione subita dalla disciplina della responsabilità ambientale per effetto della normativa europea con l'intento di verificare come la diversa "funzionalizzazione" assunta dalla responsabilità ambientale nelle varie epoche storiche impatti sul tema della legittimazione ad agire degli enti territoriali per la riparazione del danno ambientale.

## 2. *L'ambiente e le situazioni giuridiche soggettive*

Com'è noto l'affermazione della rilevanza giuridica dell'ambiente sia quale interesse protetto, sia quale complesso di beni oggetto di tale interesse si è avuta parallelamente all'introduzione di una legislazione specifica in materia. Il lavoro interpretativo della dottrina ha, in particolare, risentito dell'evoluzione normativa, da una fase iniziale, ove l'ambiente era considerato episodicamente, a una successiva, ove l'ambiente è assunto quale interesse giuridicamente rilevante nella sua *globalità*. Invero, la prima legislazione in materia ambientale era unicamente volta a far fronte a singole esigenze ecologiche inerenti alla lotta all'inquinamento dell'atmosfera (l. 13 luglio 1966 n. 615) e delle acque (l. 10 maggio 1976 n. 319) e all'inquinamento acustico (l. 13 dicembre 1978 n. 833). A tale fase iniziale risale la concezione c.d. analitica dell'ambiente che nega valore autonomo alla nozione di ambiente assimilandola a) al valore paesaggistico e all'interesse storico culturale, b) all'aspetto ecologico inteso come lotta all'inquinamento, c) all'assetto del territorio sotto il profilo urbanistico. In mancanza di un ente o di un organo cui intestare l'interesse e sulla base di una normativa che solo incidentalmente interessa l'ambiente la nozione di ambiente assumeva, quindi,

carattere prettamente descrittivo<sup>4</sup>. La progressiva sistemazione della materia da parte del legislatore, il riconoscimento della rilevanza costituzionale dell'ambiente e, infine, i numerosi impulsi provenienti dal diritto internazionale ed europeo<sup>5</sup> hanno determinato la teorizzazione a livello dottrinale della rilevanza giuridica dell'interesse ambientale come bene giuridico autonomo diverso dalle singole componenti (c.d. concezione sintetica dell'ambiente)<sup>6</sup>. Le prime forme di tutela dell'interesse ambientale hanno trovato, peraltro, riconoscimento *indiretto nelle norme* a tutela del diritto di proprietà (art. 42 Cost.)<sup>7</sup> o della salute (art. 32 Cost.) o del paesaggio<sup>8</sup> (art. 9 Cost.), in tal modo però si consentiva, in ottica fortemente

---

<sup>4</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1973, 15. Per una variante della concezione analitica cfr. A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 507 e ss., secondo cui la nozione di ambiente comprende due filoni: il primo è quello attinente alla tutela del territorio, comprensivo anche della tutela del paesaggio, e il secondo è quello della tutela della salute dagli inquinamenti.

<sup>5</sup> A livello internazionale la prima regolamentazione del diritto dell'ambiente risale alla Conferenza organizzata dall'ONU a Stoccolma nel 1972 con la quale è stata adottata la "Dichiarazione sull'ambiente umano", ove è affermato il diritto fondamentale dell'uomo a un ambiente che garantisca la dignità e il benessere e il dovere dell'uomo di salvaguardare l'ambiente anche per le generazioni future. Per una ricostruzione delle tappe più significative del diritto internazionale e europeo dell'ambiente si rinvia a G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, 29 e ss.

<sup>6</sup> A riguardo si vedano: A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 32 e ss.; F. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente*, Milano, 1988, 50; P. MADDALENA, *Danno ambientale, danno pubblico e responsabilità amministrativa*, in *Cons. St.*, 1982, II, 1423; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, 215.

<sup>7</sup> Cfr. Cass., sez. un., 3 aprile 1973, n. 999, in *Foro it.*, 1974, I, 843, ove la tutela dell'ambiente è stata subordinata al rapporto di proprietà e ricondotta al generale divieto d'immissioni sancito dagli artt. 844 e 890 c.c.

<sup>8</sup> Sul tema dei rapporti tra la tutela del paesaggio e la tutela dell'ambiente prima della riforma costituzionale del 2001 una parte della dottrina ha sostenuto la tesi della assimilazione del concetto di paesaggio con quella di "bellezze naturali" di cui alla l. 11 giugno 1922 n. 778 e 29 giugno 1939 n.1497, oggetto di vincolo, così da escludere dalla nozione di paesaggio la natura in quanto tale cfr. A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, 69 ss.; altra parte ha invece sostenuto una tesi estensiva della nozione di paesaggio quale forma immagine dell'intero territorio nazionale così come plasmato dall'interrelazioni tra uomo e ambiente e composta dalla dinamiche delle forze naturali oltre che dalle forze dell'uomo cfr. A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio e espropriazioni*, Milano, 1969, 3 e ss.; Id., voce *Paesaggio*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981, 504 e ss. In giurisprudenza v. Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 391, in *Giur. it.*, 1990, I, 338, che segna il passaggio da una visione frammentaria di tutela del paesaggio, diretta alla tutela delle singole bellezze naturali, a una concezione del paesaggio improntata a integrità e globalità fino a operare una sovrapposizione tra tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente in termini Corte Cost., 4 ottobre 1993, n. 430, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali dopo la riforma del titolo V della Cost. ad opera della legge cost. 3/2001, che ha incluso la tutela dell'ambiente nelle materie di competenza legislativa statale (art. 117, comma 2, lett. s) si veda Cons. Stato, ad. plen., 14 dicembre 2001, n. 9, in *Riv. giur. edil.*, 2002, I, 184. In dottrina per la tesi dell'assimilazione della tutela del paesaggio alla

antropocentrica, la protezione dell'ambiente solo nel caso in cui l'aggressione all'ambiente si traduceva nella *lesione di beni giuridici diversi e ulteriori* rispetto all'ambiente in sé considerato<sup>9</sup>.

È con la legge 8 luglio 1986 n. 349, istitutiva di un apposito Ministero dell'ambiente, ossia di una struttura organizzativa necessaria con compito di protezione dell'ambiente, che si è avuto un impulso decisivo verso l'affermazione della concezione dell'interesse ambientale come bene autonomo che prescinde dalle singole componenti che ne fanno parte (c.d. concezione unitaria).

La concezione c.d. sintetica è stata, poi, definitivamente avallata dalla riforma del titolo V della parte II della Costituzione, ad opera della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 33 che ha esplicitamente inserito l'ambiente tra le materie riservate alla legislazione esclusiva dello Stato per ciò che attiene alla sua tutela (art. 117, 2° comma, lett. s.). Il riconoscimento espresso dell'ambiente a livello costituzionale è stato fondamentale nel processo di riconoscimento del bene ambiente quale bene autonomo<sup>10</sup>, ma l'assenza di un riferimento espresso tra i principi fondamentali della Costituzione e la sua menzione solo tra le norme sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni ha ostacolato lo sviluppo di una logica di protezione diretta dell'ambiente impedendo *un sindacato di costituzionalità sulla legislazione* dedicata a tutela dell'ambiente svincolato dai parametri della salute e della tutela del paesaggio<sup>11</sup>.

Se dopo la riforma del titolo V della Cost. si è raggiunta la consapevolezza della rilevanza costituzionale dell'ambiente quale valore da tutelare ancora

---

tutela dell'ambiente da parte del legislatore costituzionale cfr. G. F. CARTEI, *Il paesaggio*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, IV, 2110 e ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il paesaggio nel nuovo titolo V parte II della Costituzione*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, 253 e ss. Per la tesi contraria all'assimilazione della tutela del paesaggio alla tutela ambiente ai fini del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni cfr. P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2004, 363, che accosta il paesaggio alla disciplina dei beni culturali. Tale ricostruzione è oggi avvalorata dalla previsione del Codice dei beni culturali (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42) che all'art. 2 precisa che i beni paesaggistici fanno parte del *patrimonio culturale*.

<sup>9</sup> Originalmente la protezione dell'ambiente è stata affermata attraverso la connessione tra risorsa naturale e diritto di proprietà sul bene, l'ambiente non riceveva protezione in quanto tale bensì in via indiretta con la conseguenza che il danno ambientale era configurato come danno al diritto di proprietà sul bene v. sul punto M. INTERLANDI, *Ambiente, beni d'interesse comune e diritti collettivi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 231.

<sup>10</sup> Per un'analisi dell'evoluzione da una prospettiva meramente antropocentrica a una tendenzialmente ecocentrica o biocentrica della protezione ambientale v. P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>11</sup> Cfr. A. GIANNELLI, *La giuridificazione dell'ambiente*, in *«A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana»*: vol. III, *La giuridificazione*, a cura di B. MARCHETTI – M. RENNA, Firenze, 2016, 286, secondo cui proprio l'assenza di una norma di principio dedicata all'ambiente ha privato l'ordinamento di una norma parametro su cui valutare la legittimità della disciplina di rango primario dedicata alla tutela dell'ambiente che ha riconosciuto al solo Ministro dell'ambiente la legittimazione attiva necessaria per dare impulso al giudizio risarcitorio.

problematico si presenta il tema delle qualificazioni soggettive delle posizioni giuridiche che sullo stesso insistono.

La riconduzione dell'ambiente alla categoria giuridica di *bene* è frutto di un articolato dibattito dottrinale derivante dalla concezione meramente patrimoniale di bene contenuta nel c.c. all'art. 810, che identifica il bene nelle cose che sono oggetto di diritti (ovvero oggetto di appropriazione individuale). Invero, la concezione meramente patrimoniale del bene ha determinato l'iniziale convinzione che lo stesso costituisse un bene pubblico in quanto appartenente esclusivamente allo Stato (soggetto)<sup>12</sup> e non ai singoli individui<sup>13</sup>. Sulla scorta poi della dottrina civilistica, che ha ricondotto al concetto di bene qualsiasi fonte di utilità, come ad es. l'informazione, il servizio, e in generale ogni entità in grado di soddisfare un interesse protetto dall'ordinamento giuridico, identificando la nozione di bene giuridico con quello di tutela giuridica<sup>14</sup>, la rilevanza giuridica dell'ambiente è stata dedotta dall'esistenza di *obblighi* derivanti da norme giuridiche poste nell'interesse generale<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> V. P. MADDALENA, *L'ambiente*, cit., che, partendo dall'assunto secondo cui l'ambiente sarebbe oggetto di una situazione soggettiva che fa capo allo Stato la quale troverebbe fondamento nell'essere l'ambiente destinato al soddisfacimento dei bisogni della collettività, distingue tra beni pubblici in senso soggettivo che spettano allo Stato quale proprietario e beni pubblici spettanti allo Stato in quanto a fruizione collettività cfr. anche S. CASSESE, *I beni pubblici*, Milano, 1969, 146, che distingue tra beni pubblici in senso soggettivo che spettano allo Stato in quanto proprietario e beni pubblici in senso oggettivo che spettano allo Stato in quanto a fruizione collettiva non per godere del bene, ma affinché altri ne goda.

<sup>13</sup> In altri ordinamenti, al contrario, il diritto all'ambiente salubre è riconosciuto dalla Carta Costituzionale come diritto dell'uomo così ad es. nell'ordinamento spagnolo la formulazione dell'articolo che la Costituzione spagnola dedica alla tutela dell'ambiente (art. 45), riconosce l'ambiente salubre come oggetto di un diritto di tutti i cittadini, piuttosto che come oggetto di un generale dovere di protezione da parte delle istituzioni dello Stato: "Tutti hanno il diritto di utilizzare un ambiente idoneo allo sviluppo della persona, così come il dovere di conservarlo. I poteri pubblici vigileranno sull'utilizzazione razionale di tutte le risorse naturali al fine di proteggere e migliorare la qualità di vita, difendere e ripristinare l'ambiente, appoggiandosi all'indispensabile solidarietà collettiva. Per coloro che violino quanto disposto nel comma precedente, nei termini fissati dalla legge si stabiliranno sanzioni penali o, se del caso, amministrative, così come l'obbligo di riparare il danno causato".

<sup>14</sup> Così S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, 27, che adopera una nozione di bene giuridico in senso lato secondo cui bene giuridico non è solo quello appropriabile dal singolo (bene giuridico in senso stretto), ma anche quello oggetto di tutela giuridica. L'A. riprende la dottrina tedesca dell'inizio del 900 cfr. A. VON TUHR, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, I, Leipzig, 1910, che afferma la rilevanza giuridica dei fenomeni sociali e collettivi allorché vi sono obblighi derivanti da norme giuridiche poste nell'interesse generale. Per superamento della tesi tradizionale che ricollega il bene alla tutela d'interessi individuali v. anche S. PATTI, voce *Ambiente (tutela dell')*, in *Dig./ civ.*, I, Torino, 1987, 293, che considera bene in senso giuridico anche quello produttivo di utilità per l'individuo e la collettività.

<sup>15</sup> Esaltano la dimensione del dovere rispetto alla tutela dell'ambiente T. MARTINES, *L'ambiente come oggetto di diritti e doveri*, in *Politica e legislazione ambientale* "a cura di" V. PEPE, Napoli, 1996, 23 e

Il carattere superindividuale degli interessi afferenti all'ambiente ha però indotto numerosi studiosi a negare l'esistenza di situazioni soggettive attive sul bene ambiente, individuando il fondamento dell'azione risarcitoria nell'esigenza *oggettiva* di riparazione affidato ad autorità pubblica, ossia il Ministro dell'ambiente<sup>16</sup>.

Va sin d'ora evidenziato che la rilevanza della salvaguardia dell'ambiente per la sopravvivenza e il benessere umano e il conseguente riconoscimento dello stesso come diritto della persona (ex artt. 2, 32 Cost.), oltre che interesse pubblico, non possono indurre a trascurare la valenza giuridica dell'interesse sostanziale alla conservazione delle risorse naturali che fa capo alla comunità di abitanti ove le risorse naturali insistono<sup>17</sup>.

La riconduzione dell'ambiente nell'ambito della teorica dei beni comuni<sup>18</sup>, ossia di beni che, a prescindere dall'appartenenza pubblica o privata, siano idonei a soddisfare interessi fondamentali degli individui<sup>19</sup>, ha permesso ulteriormente di evidenziare il collegamento tra godimento delle risorse naturali e le collettività di riferimento<sup>20</sup>.

In questa prospettiva l'assenza di esclusività della fruizione dell'ambiente non può determinare la negazione della rilevanza giuridica dell'interesse sostanziale alla riparazione delle risorse naturali da parte degli individui, sui quali la lesione del bene incide, ma pone unicamente un problema d'individuazione dei soggetti che *ne assumono la titolarità oltre che di idonee tecniche di tutela atte ad assicurarne la giustiziabilità*.

---

ss.; G. MORBIDELLI, *Il regime speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, Milano, 1977, 1166 e ss. cfr. anche F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente*, cit., 215, che pone l'aspetto del dovere in relazione ai doveri di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost.

<sup>16</sup> L. FRANCARIO, *Danni ambientali e tutela civile*, Napoli, 1990, 135.

<sup>17</sup> La Corte Cost., nelle sentenze 28 maggio 1987 n. 210 e 30 dicembre 1987 n. 641, ha definitivamente chiarito che l'ambiente è "un bene giuridico riconosciuto e tutelato da norme" e la sua protezione rappresenta un "diritto fondamentale della persona umana" v. anche G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, cit., 105 e ss. che, pur affermano che la situazione giuridica che più chiaramente emerge in relazione all'ambiente inteso come habitat umano e del pianeta e a ecologico del pianeta e delle sue singole parti sia quella del dovere individuale collettivo e degli enti territoriali di non danneggiare, anzi di tutela e valorizzare l'ambiente, non disconosce la sussistenza di situazioni giuridiche attive in relazione all'ambiente.

<sup>18</sup> V. U. MATTEI, *Beni comuni*, Roma – Bari, 2011; A. LUCARELLI, *La democrazia di beni comuni*, Bari, 2013; P. CHIRULLI, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *www.giustamm.*, 2012.

<sup>19</sup> La natura di bene comune come bene strumentalmente legato alla realizzazione d'interessi di tutti cittadini di cui va evidenziato l'aspetto della fruizione, della sua funzionalità agli interessi della stessa collettività è stata sottolineata anche dalla Cass. civ., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, con nota di F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1170 ss.

<sup>20</sup> V. sul punto V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de iure condendo su un dibattito ancora in corso*, in *www.giustamm.it*.

Si è del resto da tempo consolidata l'idea che la circostanza che la cura dell'interesse pubblico generale all'ambiente sia rimessa a una determinata Amministrazione non toglie *che essa sia soggettivamente riferibile*, sia pur indistintamente, a formazioni sociali, e che queste ultime, *rappresentino gli effettivi e finali fruitori del bene comune* della cui cura trattasi. Le situazioni imputabili all'Amministrazione e alla collettività sono diverse ed eterogenee: l'Amministrazione ha il dovere di curare l'interesse pubblico e dunque gode di una situazione giuridica capace di incidere sulle collettività (potestà), la collettività è titolare dell'interesse sostanziale alla fruizione<sup>21</sup>.

### 3. *La legittimazione ad agire a tutela dell'interesse alla salvaguardia dell'ambiente*

La trattazione della problematica della legittimazione ad agire per la riparazione del danno ambientale non può non tenere conto del rinnovato interesse che sta investendo il tema della tutela delle posizioni meta individuali.

Com'è noto la peculiarità del bene "ambiente" tale da escludere situazioni di godimento esclusivo – di "escludibilità" (secondo la nota teoria economica dei beni comuni) – ha determinato numerose incertezze in ordine alla qualificazione in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo dell'interesse alla conservazione delle risorse naturali.

Il dibattito in ordine alla rilevanza giuridica dell'interesse all'integrità ambientale che fa capo a una collettività indifferenziata ha investito soprattutto il diritto amministrativo e ciò al fine dell'individuazione dei soggetti legittimati ad agire per la tutela<sup>22</sup>.

Superata la concezione oggettiva del processo amministrativo che concepisce lo stesso come funzionale alla tutela della legalità dell'azione amministrativa<sup>23</sup>

<sup>21</sup> V. le osservazioni di F. G. SCOCA, voce *Interessi protetti*, in *Enc. giur. treccani*, XVII, Roma, 1989, 13, secondo cui la valorizzazione della figura degli interessi diffusi è frutto della "maturazione della coscienza sociale come segno della mancanza di fiducia nell'idoneità dei poteri a ergersi da soli a soggetti di riferimento per l'esercizio di efficaci azioni di tutela dei beni ambientali".

<sup>22</sup> Nel processo civile, invece, l'attenzione della dottrina si è più incentrata sulla reazione e sull'imposizione di obblighi, ovvero sulla creazione di nuovi precetti sostanziali che vincolano in ordine alla tutela degli interessi superindividuali cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario*, Torino, 1973, 266, secondo cui: "per assicurare la tutela dell'interesse superindividuale il legislatore ha agito a monte predisponendo una disciplina legale di carattere sostanziale. La tutela opera quando ci sia discostati da tale disciplina".

<sup>23</sup> Sulle origini della giurisdizione amministrativa come tesa al conseguimento del ripristino della "legalità violata", della "legittimità dell'azione amministrativa" piuttosto che diretta alla tutela di posizioni giuridiche soggettive (v. A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 777) e ciò anche in virtù di una concezione interesse legittimo quale interesse occasionalmente protetto secondo la nota definizione del Guicciardi (E. GUICCIARDI, *La giustizia amministra-*

non si dubita più oggi che il processo amministrativo sia strumentale, così come quello civile, alla tutela di posizioni giuridiche soggettive. La legittimazione ad agire è data, quindi, dalla titolarità (o secondo le più recenti ricostruzioni dall'affermazione) di una posizione di interesse qualificato d'interesse legittimo o di diritto soggettivo nei casi di giurisdizione esclusiva<sup>24</sup> (artt. 24 e 103 Cost., art. 7 c.p.a.)<sup>25</sup>. Il carattere diffuso, c.d. adespotato, dell'interesse alla salvaguardia dell'am-

*tiva*, Padova, 1954, 36). Secondo l'Autore, infatti, "nel complesso, deve quindi rilevarsi che alcuni cittadini possono avere un interesse qualificato, diverso da quello di ogni altro, alla validità degli atti amministrativi. Tale qualificazione è dovuta non già al fatto che il provvedimento amministrativo incide sulla loro sfera giuridica, perché se esso fosse validamente emanato con quello stesso contenuto quei cittadini non potrebbero che sottostarvi; bensì al fatto che, attuata a garanzia dell'interesse pubblico come sanzione dell'invalidità, profitta anche a loro in quanto li sottrae alla pretesa avanzata dall'Amministrazione".

<sup>24</sup> Nel processo civile la titolarità del diritto coincide con la fondatezza della pretesa nel merito, di qui la sufficienza della mera affermazione della titolarità del diritto in dottrina fra i tanti F.P. LUISO, *Diritto processuale civile – Principi generali*, I, Milano, 2019, 220-223; oltre che già A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Nxt. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, 722; E. ALLORIO, *Diatriba breve sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, 130. In giurisprudenza fra le numerosissime pronunce Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2016, n. 2951; Cass. civ., sez. III, 10 luglio 2014, n. 15759; Cass. civ., sez. II, 19 luglio 2011, n.15832. Nel processo amministrativo, data l'intermediazione del potere amministrativo per la soddisfazione del bene della vita, la titolarità dell'interesse legittimo è, invece, solo la condizione per cui la domanda sia esaminata, mentre la fondatezza del ricorso dipende dal successivo giudizio di merito avente a oggetto l'illegittimità dell'esercizio del potere cfr. fra gli altri A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 194; oltre che la nota voce di R. VILLATA, voce *Legittimazione processuale (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 1 e ss., secondo cui l'accertamento dell'interesse sostanziale è, nel giudizio amministrativo, preliminare e distinto dall'accertamento della fondatezza della domanda, che, invece, consiste nella verifica dell'illegittimità dell'esercizio del potere amministrativo: come afferma l'Autore, «da differenza rispetto al processo civile deriverebbe [...] dal fatto che là il riconoscimento della titolarità del diritto coincide con la verifica della fondatezza della domanda, mentre nel giudizio amministrativo l'esito non è determinato dalla titolarità della posizione giuridica sostanziale, sebbene dall'illegittimità del provvedimento impugnato». Per la tesi dell'affermazione della titolarità della posizione giuridica sostanziale per la legittimazione ad agire anche nel processo amministrativo fra i recenti studi cfr. M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, 2020; Id., *La legittimazione a ricorrere nel giudizio amministrativo: alcuni spunti di riflessione*, in *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal Codice – Atti del Convegno del 28 settembre 2018 organizzato dall'Ordine degli avvocati di Pavia*, a cura di P. CERBO, Lecce, 2019, 37-56; F. SAIITA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 2, 511-547; C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere e pluralità delle azioni nel processo amministrativo (quando la cruna deve adeguarsi al cammello)*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 2, 393-437; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, cit. In tal senso in giurisprudenza v. Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2018, n. 3321, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Id. sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3657, in *Foro amm.*, 2015, 1989, ove si afferma che: "la legittimazione a proporre ricorso va valutata in relazione alla posizione affermata, mentre costituisce disamina di merito il vaglio sulla effettiva sussistenza di tale interesse".

<sup>25</sup> Nel processo amministrativo il dibattito sulla legittimazione ad agire ha risentito delle incertezze iniziali in ordine alla qualificazione dell'interesse legittimo quale posizione giuridica sostanziale che ha determinato, almeno in prima fase, l'individuazione dei soggetti legittimati ad agire

biente<sup>26</sup> ha determinato quindi problemi di tutela giurisdizionale a causa della mancata sussistenza del requisito della differenziazione, che tradizionalmente qualifica la posizione giuridica d'interesse legittimo<sup>27</sup>.

Sin dagli anni '70, tuttavia, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza si sono orientate nel senso di un superamento o di una rimodulazione della nozione d'interesse legittimo tale da ricondurvi anche interessi di natura non esclusivamente individuale. La protezione degli interessi "diffusi", ossia adespoti<sup>28</sup>, è stata così assicurata attraverso un processo di "soggettivizzazione" in capo ad enti che in forza del possesso di alcuni requisiti individuati in via giurisprudenziale (effettiva rappresentatività, finalità statutaria, stabilità e non occasionalità, in taluni casi collegamento con il territorio) fossero idonei ad assumerne la titolarità dell'interesse legittimo (sub specie di interesse collettivo)<sup>29</sup>.

---

nell'interesse ad agire cfr. F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II, Torino 1934, 377 e ss.; A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit.; E. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, cit. Si tratta di un dibattito in gran parte superato in quanto è opinione oggi pressoché unanime che il processo amministrativo ex artt. 24, 103 e 113 Cost. sia lo strumento di tutela di situazioni soggettive (interessi legittimi e nei casi di giurisdizione esclusiva anche diritti soggettivi). Una volta affermata la teoria dell'interesse legittimo quale bene della vita oggetto di potere amministrativo (a partire dalla nota teoria di Nigro), ossia quale posizione giuridica sostanziale, differenziata e qualificata dall'ordinamento, vi è stata sostanziale concordia di opinione nell'individuare la posizioni giuridica legittimante all'azione nella titolarità (o secondo alcuni nell'affermazione) dell'interesse legittimo e ravvisare, invece, l'interesse al ricorso nella possibilità di trarre un'utilità concreta dall'accoglimento e strumentale alla tutela di proprio interesse. Sulla nozione d'interesse legittimo quale posizione giuridica sostanziale v. per tutti M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 1983, 121 e F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; Id., *Interessi protetti*, cit.; Id., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 379 ss.

<sup>26</sup> Gli interessi diffusi si configurano come adespoti in quanto appartenenti a una serie indeterminata di soggetti e al contempo riferibili a ciascuno di essi nella loro interezza cfr. V. CAIANIELLO, *La tutela degli interessi individuali e delle formazioni sociali nella materia ambientale*, in *Foro it.*, 1987, 1318; M.S. GIANNINI, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova, 1976.

<sup>27</sup> V. R. VILLATA, voce *Legittimazione processuale*, cit., che osserva che il problema degli interessi diffusi si riduce a un problema di legittimazione ad agire che determina un problema di differenziazione e qualificazione di tali interessi al fine di un'eventuale riconducibilità nell'ambito dell'interesse legittimo.

<sup>28</sup> Sulla nozione d'interessi diffusi per indicare gli interessi che appartengono a un insieme indefinito di soggetti e d'interessi collettivi per indicare gli interessi che appartengono un gruppo di soggetti definiti e dotati di strutture organizzative v. diffusamente G. MANFREDI, voce *Interessi diffusi e collettivi (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 2014, 513, che evidenzia però che la dottrina processualcivilista utilizza spesso la locuzione interessi collettivi in un'accezione che è comprensiva pure di ciò che i giuspubblicisti definiscono come interessi diffusi cfr. R. DONZELLI, voce *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. giur. treccani*, Roma, 2007, 1 e ss.

<sup>29</sup> V. Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 1973, n. 25, in *Foro it.*, 1974, III, 33; Cass., sez. un., 8 maggio 1978, n. 2207, in *Foro it.*, 1978, I, 1090, Cons. Stato ad. plen., 19 novembre 1979, n. 24, in *Foro it.*, 1980, III, 1.

L'art. 18, comma 5, della l. n. 349/1986 ha, poi, riconosciuto *espressamente* alle associazioni ambientaliste iscritte in un apposito elenco tenuto presso il Ministero dell'Ambiente e individuate sulla base di determinati requisiti una legittimazione *ex lege* alla tutela degli interessi ambientali. Il riconoscimento legislativo della legittimazione ad agire delle associazioni iscritte nell'elenco non ha, peraltro, indotto la giurisprudenza prevalente a escludere la legittimazione di altre associazioni non iscritte verificandone la rappresentatività in concreto rispetto agli interessi tutelati (teoria del doppio binario)<sup>30</sup>.

Il fondamento teorico della c.d. collettivizzazione dell'interesse diffuso a mezzo della sua "entificazione" com'è noto è stato nel carattere sociale e non esclusivo del godimento dell'utilità che dal bene ambiente discendendo per i singoli<sup>31</sup>.

A fronte di un orientamento che sostiene la titolarità di una posizione soggettiva attiva alla salvaguardia dell'ambiente in capo all'ente esponenziale si è affermato anche che le previsioni che attribuiscono *ex lege* una legittimazione ad agire a tutela di interessi diffusi (distinguendoli però dagli interessi propriamente collettivi)<sup>32</sup> abbia carattere "oggettivo", ossia prescindano dalla titolarità di una posizione giuridica sostanziale<sup>33</sup>. Nella prospettiva su indicata la legittimazione ad adire l'autorità giudiziaria per la tutela dell'interesse alla conservazione delle risorse naturali costituirebbe uno di quei casi eccezionali in cui il legislatore attribuisce a un soggetto (pubblico o privato) la legittimazione ad agire a tutela di un interesse generale<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> In tal senso *ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5760; id., sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6554, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). La giurisprudenza è tornata ad affermare che la legittimazione compete anche agli organismi che si costituiscono con il precipuo scopo di proteggere l'ambiente, la salute e la qualità della vita di popolazioni residenti in territorio circoscritto v. in dottrina F. GOISIS, *La legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 101 e ss.

<sup>31</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *La tutela degli interessi collettivi*, cit.: "In ragione del processo di soggettivizzazione interessi acquisterebbero rilevanza giudica loro negata sulla base del preteso carattere adesposto".

<sup>32</sup> Per interessi collettivi s'intendono qui gli interessi soggettivi dei membri di una categoria che possono essere tutelati da essi stessi, per iniziativa individuale, ovvero (in aggiunta) dall'ente o associazione rappresentativa laddove una particolare misura colpisca detti interessi con portata generale (tale cioè da coinvolgere tutti i membri della categoria).

<sup>33</sup> Sull'oggettività della legittimazione cfr. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 341-342, che vi ricomprende anche le ipotesi di legittimazione ad agire riconosciute da consolidata giurisprudenza tra cui l'esercizio dell'azione davanti al giudice amministrativo da parte di enti rappresentativi di collettività territoriali (comuni e province) avverso gli atti dello Stato o di altri enti pubblici a tutela d'interessi generali delle collettività la cui legittimazione deriva dalla posizione istituzionale del soggetto agente.

<sup>34</sup> In questo senso A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 195, che ritiene che in questi

Tale opzione ermeneutica si fonda sull'assunto che la legittimazione "oggettiva" non si ponga in contrasto né con l'art. 24, né con gli artt. 103 e 113 Cost. giacché tali norme mirano a garantire la tutela degli interessi individuali, ma non precludono al legislatore di prevedere ipotesi di legittimazione a tutela di interessi generali<sup>35</sup>.

Nell'ambito di una riflessione che intenda invece ancorarsi a una prospettiva essenzialmente soggettivistica del processo amministrativo (art. 24 Cost.) può, per converso, condividersi l'orientamento tradizionale (ribadito da ultimo Cons. Stato, ad. plen., 20 febbraio 2020, n. 6) secondo cui la legittimazione dell'ente esponenziale trova giustificazione nella titolarità dell'interesse giuridicamente rilevante alla fruizione dell'ambiente da parte della collettività "differenziata" di cui l'ente assume la titolarità. In questo senso l'ente esponenziale agisce, quindi, non a tutela di un interesse generale, ma a tutela di un interesse legittimo di natura collettiva.

Va, infine, ricordata l'interessante ricostruzione avanzata da una dottrina più recente<sup>36</sup> che, nel tentativo di *costruire un'unitaria categoria* dogmatica di legittimazione ad agire tale da ricomprendere le numerose ipotesi in cui il legislatore (o la giurisprudenza) riconoscono una legittimazione ad agire a prescindere dalla titolarità di una posizione giuridica individuale (di interesse legittimo) e, al contempo, rendere tale modello compatibile con il modello "soggettivo" di tutela,

---

casi il legislatore non abbia reso l'associazione titolare di un interesse legittimo rispetto a beni di rilevanza ambientale, ma ha operato solo sul piano processuale attribuendo all'associazione una particolare legittimazione. Per la tesi oggettivazione del processo amministrativo come effetto dell'allargamento della legittimazione a ricorrere in materia ambientale v. anche F. G. SCOCA, *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione delle categorie dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativi, civile contabile*, in *Dir. e soc.*, 1985, 645 e R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008. Secondo tale orientamento queste fattispecie derogano all'ordinario processo di giuridicizzazione degli interessi, poiché scindono la legittimazione dalla lesione di una situazione giuridica: in questo modo, lo stesso processo amministrativo finisce per assumere i connotati propri di una giurisdizione di tipo oggettivo. Nel senso che la legittimazione oggettiva non s'identifichi però con la giurisdizione oggettiva cfr. V. CERULLI IRELLI, *La legittimazione "soggettiva" e "oggettiva" ad agire*, cit., 341, che evidenzia che il carattere oggettivo della legittimazione non incide sulla struttura del processo amministrativo come processo di parti, trasformandolo in una "giurisdizione di tipo oggettivo" in cui il giudice ha la disponibilità nell'identificazione della domanda e delle prove necessarie.

<sup>35</sup> Nel senso della compatibilità costituzionale di una giurisdizione (o meglio di una legittimazione oggettiva) cfr. V. CERULLI IRELLI, *La legittimazione oggettiva*, cit., così anche C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 139 e M. CLARICH, *I poteri di impugnativa ad agire dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90*, in *Con. e merc.*, 2013, 866.

<sup>36</sup> V. S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere*, cit., 20, che sostiene la possibilità di accedere al processo non al riscontro dell'interesse legittimo, ma di posizioni legittimanti da intendersi quali fattispecie in cui un soggetto può affermarsi di essere titolare del potere di protezione di un interesse giuridicamente rilevante riconosciuto dall'ordinamento come meritevole di protezione.

ha individuato nelle disposizioni che prevedono la legittimazione degli enti esponenziali alla salvaguardia dell'ambiente (v. art. 18 della l. n. 349/86, artt. 309-310 del d.lgs.n. 152/2006) un criterio *differenziatore* fondato *sull'esercizio della funzione tutoria da parte dell'ente di un interesse sostanziale* che è riconosciuto dall'ordinamento come degno di tutela.

Il tentativo di dare coerenza al nostro sistema di giustizia traendo dalle disposizioni che prevedono una legittimazione processuale dell'ente esponenziale (o in alcuni casi anche dei singoli) per la tutela di un interesse meritevole di protezione giurisdizionale, una posizione legittimante "soggettiva" diversa dalla titolarità dell'interesse legittimo, tuttavia, non convince. L'assunzione da parte di detta dottrina di una posizione giuridica "differenziata" e "qualificata" in capo al soggetto che svolge una funzione tutoria di un interesse meritevole di protezione non può a bene vedere non identificarsi con la titolarità di un interesse legittimo (sub specie di interesse collettivo), ossia di una posizione differenziata e qualificata al conseguimento di un bene rispetto all'esercizio di un potere amministrativo.

Sicché in luogo del sovvertimento e del superamento dei caratteri dell'interesse legittimo occorre richiamarsi alla migliore dottrina<sup>37</sup> che già da tempo afferma l'ampliamento e l'estensione della categoria d'interesse legittimo a situazioni non esclusivamente individuali. In altri termini, l'impatto degli interessi diffusi sugli assetti consueti delle posizioni soggettive nel diritto amministrativo non deve determinare l'abbandono di questi assetti, ma deve piuttosto tendere al loro aggiornamento e ammodernamento attraverso il riconoscimento che l'interesse legittimo resta tuttora una posizione giuridica personale, ma ha perso la tradizionale connotazione di esclusività.

La questione che merita, invece, di essere approfondita, è quella dell'esclusività della legittimazione ad agire dell'ente esponenziale per la salvaguardia ambientale. Si tratta di un tema di notevole interesse che è oggi al centro di ampio ripensamento dottrinale teso ad accordare anche ai *singoli* componenti la collettività incisa dalla lesione ambientale la legittimazione ad agire a tutela delle risorse naturali.

Come è noto il tradizionale orientamento del Cons. di Stato (da ultimo Cons. St. ad. plen. n. 6 /2020)<sup>38</sup> afferma l'esclusività della legittimazione *ad agire degli enti esponenziali* in virtù della natura collettiva dell'interesse alla fruizione dell'ambiente che, proprio in quanto riferita a collettività senza alcuna differenziazione tra i singoli, *non potrebbe essere imputata ai singoli componenti* della collettività. Sul piano

<sup>37</sup> V. F. G. SCOCA, *Interessi protetti*, cit.; Id., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit.,

<sup>38</sup> V. Cons. di Stato, ad. plen., n. 6/2020, in *Foro it.*, 2020, 5, III, 289, annotata da S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni di consumatori tra "generalità" e "specialità"* e da G. MANNUCCI, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, 520 e ss.

dogmatico tale impostazione trova le sue radici in una concezione dell'interesse collettivo teso a valorizzare una distinzione ontologica dello stesso rispetto agli interessi individuali in virtù della convinzione che il momento organizzatorio realizzi una *sintesi* degli interessi individuali e non una mera somma degli stessi.

La risposta alla crisi della rappresentatività degli interessi collettivi sia da parte di istituzioni pubbliche che private (associazioni), incapaci di inglobare in sé e di soddisfare le istanze individuali di relazione a un bene (l'ambiente) di rilevanza costituzionale (artt. 2, 9, 32 Cost.) ha determinato un rinnovato interesse per il tema della legittimazione ad agire per i singoli fruitori dell'ambiente. In questo contesto si registra una tendenza della dottrina più recente ad aprire le porte a una tutela del bene ambiente fondata sulla considerazione che l'interesse alla valorizzazione e all'integrità ambientale, tradizionalmente ascritta nella categoria degli interessi diffusi, possa assumere carattere individuale in virtù di una relazione diretta tra bene ambiente e singolo individuo protetta dall'ordinamento, individuando poi nel criterio della *vicinitas* l'elemento di differenziazione di tale interesse rispetto a quello della generalità<sup>39</sup>. In questa prospettiva si è anche affermata la natura "plurisoggettiva" dell'interesse alla salvaguardia ambientale, intendendo per la tale un'aggregazione di più interessi individuali talché la legittimazione ad agire va riconosciuta *in primis* ai singoli abitanti colpiti dall'evento lesivo, mentre la legittimazione ad agire dell'ente esponenziale a presentarsi come *aggiuntiva e ausiliare* rispetto a quella dei singoli<sup>40</sup>.

Quest'ultima impostazione, tuttavia, nel determinare una completa assimilazione *tra interessi collettivi e interessi plurisoggettivi*, non può, a mio avviso, essere accolta, almeno nella materia ambientale dove genera confusione. Invero, gli

---

<sup>39</sup> Sul punto v. M. INTERLANDI, *Ambiente, beni di interesse comune*, cit., 228, che dal rapporto tra comunità e beni funzionali al benessere della stessa ricava la necessità di valorizzare il ruolo dei singoli non solo in una prospettiva che valorizzi il diritto di accesso, ma anche la possibilità di intervenire per la tutela. Nel senso della valorizzazione del ruolo del singolo residente nella tutela delle risorse naturali attraverso la valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale e della teorica dei beni comuni attraverso il riconoscimento di posizione giuridica differenziata anche ai singoli residenti incisi dalla lesione ambientale cfr. anche M. CALABRÒ, *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni*, in *Dir. soc.*, 2016, 811 e ss. e F. GIGLIONI, *La legittimazione processuale attiva alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 417

<sup>40</sup> In tal senso C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi*, cit., 54, che parla di interessi "plurisoggettivi" con riferimento agli interessi diffusi, intendendo per tale un'aggregazione di interessi individuali, con la conseguenza che ogni membro potrebbe essere titolare dell'interesse in questione *uti singuli*, per cui la legittimazione dell'ente collettivo dovrebbe presentarsi come aggiuntiva. L'A. sottolinea in particolare la strumentalità della formazione sociale all'esercizio delle libertà individuali desumibile ex art. 2 Cost. per cui il monopolio delle associazioni all'azione deve ritenersi costituzionalmente illegittimo salvo a individuare un appiglio costituzionale che giustifichi il rovesciamento di prospettiva e l'individuazione di una sorta di "rappresentanza legale" degli interessi che sarebbe ammissibile in aderenza al principio democratico solo a favore di *enti territoriali* a base democratica.

interessi collettivi sono interessi che attengono a beni insuscettibili di appartenenza esclusiva, la cui tutela è perciò orientata al conseguimento di situazione favorevole in grado di realizzare gli interessi del gruppo; gli interessi plurisoggettivi sono invece interessi individuali correlati a bene di fruizione esclusiva che assumono il crisma della collettività per il fatto di trovarsi contemporaneamente nella titolarità di più soggetti (c.d. diritti omogenei o isomorfi) cosicché la lesione ricada nella *sfera individuale* del soggetto titolare che può avanzare rispetto a tale lesione pretese individuali restitutorie o risarcitorie (v. es. danno alla salute che investe contemporaneamente più individui). Il riconoscere che rispetto al bene ambiente possano configurarsi plurimi diritti individuali avrebbe come conseguenza paradossale che ciascun componente la comunità incisa da una lesione ambientale possa vantare diritti autonomamente risarcibili<sup>41</sup> con conseguenza di moltiplicazione all'infinito delle pretese risarcitorie.

In tale ottica ritengo che almeno nella materia ambientale vada mantenuta ferma la distinzione tra interesse collettivo alla conservazione delle risorse naturali che fa capo a una “comunità” differenziata<sup>42</sup> di abitanti e interessi “*plurisoggettivi*”, ossia più diritti individuali e omogenei (salute, proprietà, impresa), che possono essere lesi dalla lesione dell'equilibrio biologico in senso stretto<sup>43</sup> e di cui *i singoli sono esclusivi titolari*.

In questo senso la previsione contenuta nella l. 12 aprile 2019, n. 31 (entrata in vigore il 19 aprile 2020), che ha generalizzato i procedimenti collettivi (al di là del rapporto consumatore/utente)<sup>44</sup>, con l'inserimento nel c.p.c. (v. art. 840 *bis* c.p.c. e ss.)<sup>45</sup>, estendendone così di fatto l'applicabilità agli interessi inerenti “*alla*

<sup>41</sup> Nel senso che i singoli non possono vantare autonomi diritti al risarcimento del danno ambientale v. U. SALANITRO, *Danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali*, in *Riv. civ.*, 2018, 253.

<sup>42</sup> V. R. DONZELLI, *Interessi*, cit. 4, che distingue tra interessi individuali esclusivi e interessi individuali compatibili e concorrente (interessi collettivi) ove il realizzarsi di interesse individuale non solo non esclude il realizzarsi dell'altro ma al realizzarsi dell'uno consegue necessariamente il realizzarsi dell'altro,

<sup>43</sup> La dottrina (C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi* cit.) che parla d'interessi “plurisoggettivi” a proposito degli interessi diffusi trae dalle previsioni dell'azione di classe, che consente al singolo appartenente alla classe di agire per la sua tutela di un interesse appartenente alla classe, la conferma tra ripetitività di una situazione e la sua individualità.

<sup>44</sup> Lo strumento dell'azione di classe (*rectius* dell'azione di classe risarcitoria) era stato introdotto dalla l. 24 dicembre 2007, n. 244 all'art. 140 *bis* del Codice del Consumo che prevede la legittimazione ad agire a fini risarcitori da parte dei singoli consumatore o utente, oltre che delle associazioni nell'interesse della classe quale rappresentante di tutti gli altri soggetti che si trovino in una medesima situazione giudica.

<sup>45</sup> Per i primi commenti in letteratura si rinvia alla nuova disciplina dei procedimenti collettivi a: M. FRANZONI, *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno e resp.*, 2019, 309 ss.; R. PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e resp.*, 2019, 301 ss.; G. PONZANELLI *La nuova class action*, in *Danno e resp.*, 2019, 306 ss.; C. CONSOLO, *La terza edizione dell'azione di classe è legge ed entra in vigore nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad un'amplessissima disciplina*, in *Corr. giur.*, 2019, 44.

*sfera ambientale* per il risarcimento del danno contro imprese o gestori di pubblici servizi, va necessariamente riferita alla possibilità di agire in via risarcitoria per i danni a diritti individuali (salute, impresa, proprietà) che discendono dal danno ambientale<sup>46</sup>. Può, quindi, affermarsi che la nuova disciplina della class action (v. ora art. 840 *bis* c.p.c. e ss.) ha consentito di esercitare “cumulativamente” (non precludendo però un’azione individuale) un’azione risarcitoria per la lesione di beni diversi derivanti da un unico danno ambientale, ma non consenta di agire cumulativamente per risarcimento del danno ambientale non collegato alla lesione di situazioni giuridiche esclusive.

Ciò chiarito, ritengo, che il tema su cui porre ulteriormente l’attenzione è se il *singolo componete la collettività incisa da un danno ambientale possa agire a tutela dell’interesse* alla salvaguardia ambientale in assenza di altre lesioni a interessi individuali esclusivi mediante azioni volte esclusivamente al soddisfacimento del bene comune.

La rilevanza costituzionale del bene ambiente e gli impulsi provenienti dal diritto europeo<sup>47</sup> ci inducono a condividere le opinioni di quella dottrina che in ottica d’implementazione della tutela afferma la legittimazione ad agire del singolo a tutela dell’ambiente laddove in virtù del criterio della *vicinitas*<sup>48</sup> l’interesse del singolo si differenzi da quello della generalità<sup>49</sup>. In quest’ottica si tratta di accedere a una nozione d’interesse alla salvaguardia ambientale come *un insieme*

---

<sup>46</sup> L’istituto della *class action* era circoscritto entro ben delineati confini, essendo di fatto relegato a due sole ipotesi: a tutela dei consumatori (art. 140-*bis* d.lgs. 6 settembre 2005, n. 240) e come strumento di tutela contro l’azione della Pubblica Amministrazione (d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198). Entrambi i modelli risultavano però di fatto inapplicabili alla *tutela risarcitoria per i danni derivanti dalla lesione delle risorse naturali*. Il primo richiedeva, infatti, l’esistenza di un consumatore e di un precedente *rapporto contrattuale* (non essendo configurabile per gli *illeciti extracontrattuali*, come la maggior parte di quelli ambientali). Il secondo si traduceva in un controllo esterno sugli *standard di qualità* della Pubblica Amministrazione e, quindi, era privo di una *tutela risarcitoria diretta*.

<sup>47</sup> V. Convenzione di Aarhus, ratificata dall’Italia con l. 16 marzo 2001, n. 108, in cui è valorizzato il ricorso ai rimedi giurisdizionali come momento funzionale e necessario per assicurare l’effettività delle azioni di prevenzione del danno ambientale per una tutela ausiliare che ha il suo antecedente logico nel momento dell’accesso alle informazioni ambientali. Sul contenuto della Convenzione v. J. HARRISON, *Legislazione ambientale europea e libertà d’informazione. la Convenzione di Aarhus*, in *Riv. giur. amb.*, 2000, 27 e ss.; G. LIGUGNANA, *Tutela ambientale e convenzione di Aarhus in tre sentenze della Corte di giustizia U.E. del 2013*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2914, 273 e ss.

<sup>48</sup> Il criterio della *vicinitas* (inteso come stabile collegamento con la zona interessata) è stato spesso utilizzato in maniera equivoca dalla giurisprudenza che ha spesso ritenuto sufficiente un interesse di fatto, abbinato al criterio fattuale della *vicinitas*, per attivare la tutela davanti al giudice amministrativo v. sul punto F. TRIMARCHI BANFI, *L’interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1009.

<sup>49</sup> V. R. DONZELLI, *Interessi*, cit., 4, che osserva “che non vi siano ostacoli dogmatici a strutturare gli strumenti di tutela degli interessi collettivi in termini di diritti soggettivi attribuiti ai singoli che di volta in volta appartengono alle collettività di riferimento, nonché in titolarità ai soggetti collettivi che in via istituzionale difendono e promuovono tali interessi.

*d'interessi individuali, non esclusivi ma concorrenti e compatibili e non di un interesse collettivo di cui solo ente esponenziale è titolare<sup>50</sup>, ma avendo ben chiaro che il carattere concorrente e non esclusivo dell'interesse ambientale fatto valere del singolo incide sulle azioni esperibili dallo stesso le quali devono necessariamente essere idonee a soddisfare contemporaneamente gli interessi di tutti i soggetti cui tali interessi appartengono<sup>51</sup> precludendo azioni risarcitorie che prescindano dalla lesione di beni individuali.*

#### 4. *La legge 349/1986 e l'introduzione della disciplina del risarcimento del danno ambientale*

Appare ora opportuno esaminare la disciplina della responsabilità per danno ambientale e ciò con l'intento di verificare se alcune delle acquisizioni elaborate sotto la vigenza della l. n. 349/1986 possono ancora essere di utilità ai fini del nostro studio.

L'affermazione di una responsabilità per danno all'ambiente quale lesione ex sé del bene ambiente è stata consacrata dalla l. n. 349/1986, che ha previsto per la prima volta espressamente la risarcibilità del danno ambientale *indipendentemente dalle conseguenze patrimoniali e non che esso determina su altri diritti.*

Prima di tale legge, com'è noto, la risarcibilità del danno ambientale era stata affermata, dal giudice contabile, il quale, se ha avuto il merito di riconoscere la risarcibilità del danno ambientale quale lesione a un bene unitario e immateriale destinato alla fruibilità e al godimento di un numero indeterminato di persone, nel configurarlo come “danno erariale” si soffermava sugli aspetti patrimoniali o in ragione del depauperamento di un bene che costituisce patrimonio della collettività o in ragione degli oneri finanziari che l'ente deve sostenere per la riduzione in pristino. Si avvertiva, quindi, l'equivoco di considerare lo Stato sia come *Stato “comunità”* titolare degli interessi diffusi sia come *Stato “persona”* titolare dell'erario (salvo far riferimento alla “finanza pubblica allargata” per superare le strettoie del rapporto Stato persona – erario). Vale poi osservare che la

<sup>50</sup> V. M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse legittimo, ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 8, che già affermava che l'interesse diffuso è un interesse suscettibile di appartenere a un numero indeterminato di persone, non si tratta quindi di una situazione desoggettivizzata (che per questo richiedono un portatore collettivo), ma soggettivizzata un numero infinito di volte. La necessità di un ente esponenziale per la tutela di un interesse diffuso determina secondo l'A. una sorta di “mutazione genetica” dell'interesse che è allontanato dai singoli che pure compongono il gruppo di riferimento.

<sup>51</sup> V. A. CLINI – L. R. PERFETTI, *Class action, interessi diffusi, legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1448, che osserva che in altri ordinamenti non si è sentita l'esigenza di “entificare” l'interesse comune a più individui o a una comunità, di “istituzionalizzarlo”, di assegnarlo alla cura di un soggetto che eccedesse la sfera privata, ma è perfettamente chiaro che chi agisce tutela un interesse che è comune ad altri appartenenti a una comunità individuata.

riconduzione del danno ambientale al danno erariale determinava che l'iniziativa processuale fosse rimessa da un lato, a un ufficio imparziale, ossia la Procura generale della Corte dei Conti, e non a una facoltà discrezionale dell'organo politico dell'amministrazione.

Con l'entrata in vigore della l. n. 349/1986 si stabilisce, invece, la risarcibilità del danno ambientale *a prescindere dalle conseguenze sulla finanza pubblica* riportando la responsabilità ambientale nell'alveo della responsabilità civile con conseguente devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario<sup>52</sup>. Il modello di responsabilità delineato dal legislatore, tuttavia, pur richiamando la disciplina dell'illecito civile se ne discostava per molti aspetti tali da imprimere alla stessa connotazione punitiva e sanzionatoria<sup>53</sup> in coerenza con la disciplina dell'illecito contabile cui fino allora era stata ricondotta la responsabilità per danno ambientale. Quanto alle tecniche di tutela l. n. 349/86 imponeva al giudice di disporre in via prioritaria il ripristino dello stato dei luoghi a spese del responsabile, ma al contempo, stabiliva che in caso d'impossibilità il giudice dovesse *procedere alla determinazione in via equitativa del danno*.

Per quel che interessa ai fini del nostro lavoro l'art. 18 riconosceva il diritto d'iniziativa processuale davanti al giudice ordinario per il risarcimento del danno<sup>54</sup> non solo al Ministro dell'ambiente, ma anche espressamente *agli enti*

---

<sup>52</sup> La letteratura in materia di danno ambientale anteriore al Codice dell'ambiente è vastissima fra i tanti contributi v. G. GRECO, *Danno ambientale e tutela giurisdizionale*, in *Riv. giur. amb.*, 1987, 523; U. SALANITRO, *Il danno all'ambiente nel sistema della responsabilità civile*, Milano, 2005; P. MADDALENA, *Il danno pubblico ambientale*, Rimini, 1990; C. CASTRONOVO, *Il danno all'ambiente nel sistema della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 513 e ss.; G. MORBIDELLI, *Il danno ambientale nell'art. 18 l. 349/86 considerazioni introduttive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 599 e ss.

<sup>53</sup> Il modello di illecito delineato dall'art. 18 della l. n. 349/1986, pur richiamando, infatti, lo schema responsabilità aquilana dell'art. 2043 c.c. se ne discostava per molti versi, giacché il legislatore nel dettarne la disciplina recepi il modello di illecito pubblico, che era stato fino a quel momento costruito dalla giurisprudenza contabile, proiettando il rimedio risarcitorio in una logica punitiva e sanzionatoria estranea a sistema generale della responsabilità civile e tale da far apparire l'illecito ambientale "una sorta di mostruoso incrocio tra categorie di diritto pubblico e categorie del diritto privato". Della stessa fattispecie furono, in particolare, criticati: il criterio soggettivo di imputazione della responsabilità, ritenuto inadeguato a fronteggiare fenomeni spesso legati ad attività imprenditoriali o, comunque, a incidenti di cui non è facile ricostruire la dinamica in modo da individuare profili di colpevolezza e in cui, in ogni caso, non sono in grado di incidere in modo preventivo i potenziali danneggiati; il ricorso al discusso principio dell'antigiuridicità, con la necessaria dimostrazione della violazione di norme e provvedimenti relativi all'ambiente; il non coerente rapporto con la misura della riduzione in pristino e i criteri di liquidazione dei danni. La disciplina della responsabilità ambientale contenuta nella l. n. 349/1986 poneva, inoltre, già in quell'epoca la regola della prevalenza del ripristino dello stato dei luoghi a spese del responsabile rispetto al risarcimento del danno per equivalente monetario. Il giudice doveva disporlo, infatti, in tutti i casi in cui lo stesso fosse possibile regola che era interpretata come tecnicamente possibile e non eccessivamente onerosa.

<sup>54</sup> La giurisprudenza prevalente riconosceva agli enti una legittimazione ad agire *iure proprio*

*territoriali su quali i beni oggetto del fatto lesivo incidono*. Il riconoscimento di una legittimazione ad agire *iure proprio* degli enti territoriali, tuttavia, già all'epoca era stato oggetto di discussioni<sup>55</sup>.

Un diffuso filone dottrinale, infatti, sulla base della previsione del comma 1 dell'art. 18 che attribuiva il diritto al risarcimento allo "Stato" ebbe a ritenere che la legittimazione dell'ente locale dovesse considerarsi come meramente sostitutiva di quella statale ex art. 81 c.p.c. Alla base di queste tesi vi era la previsione dell'art. 18, comma 1, che disponeva che l'autore del danno fosse obbligato al risarcimento del danno *nei confronti dello Stato*<sup>56</sup>.

Una parte della dottrina collegava, in particolare, il danno ambientale all'obbligo dell'ente pubblico di attivarsi in ordine al ripristino delle condizioni ambientali antecedenti all'illecito. Pur affermandosi così che *il bene è di appartenenza collettiva*, il danno patrimoniale era ricollegato all'esercizio di un potere strumentale rispetto a bene tutelato<sup>57</sup>. Questa impostazione finiva così per ritenere che sarebbe proprio la potestà amministrativa a costituire il fondamento giuridico del risarcimento del danno, costituendo questa la «cinghia di trasmissione» tra illecito ambientale e pregiudizio economico; si verificherebbe, in altri termini, a fronte di un pregiudizio arrecato al bene ambiente, un'ipotesi di «danno indiretto» allo Stato derivante dalla compromissione di un bene non proprio (e più precisamente «adespota»), ma rispetto al quale è prevista la doverosa attività di tutela da parte dello stesso.

In tal senso va segnalata anche l'opinione di quella dottrina che proprio in ragione del *rapporto funzionale tra risarcimento del danno e costi degli interventi* di riparazione individuava come titolari del risarcimento del danno tutti i soggetti investi

---

e non via sostitutiva per tutte v. Cass., sez. un., 22 ottobre 1988, in *Riv. pen.*, 1989, 17, Cass. civ., sez. un., 17 gennaio 1991, n. 400, in *Giust. civ.*, 1991, 1190; Corte Cost. 12 aprile 1990, n. 195, in *Giur. cost.*, 1990, 1165.

<sup>55</sup> Quanto alle associazioni di protezione ambientale iscritte nell'elenco tenuto presso il Ministero dell'ambiente di cui all'art. 13 della l. 349/1986 l'art. 18 attribuiva la facoltà di denuncia dei fatti lesivi di beni ambientali dei quali fossero a conoscenza, ovvero la facoltà d'intervento nei giudizi per danno ambientale e di ricorso in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento degli atti illegittimi. Alle associazioni era riconosciuto la facoltà di costituirsi parte civile individuando in capo alle stesse un diritto soggettivo e quindi un danno risarcibile ove il loro scopo sociale fosse quello di tutelare e promuovere la salubrità dell'ambiente.

<sup>56</sup> In tal senso v. F. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente, Profili amministrativi, civili, penali*, Milano, 1988, 341, che attribuisce alla collettività locale la legittimazione ad agire quale ente esponenziale della comunità locale lesa dall'illecito, ma riconosce come effettivo titolare del risarcimento solo Stato amministrazione, in quanto titolare della funzione di tutela del bene ambiente, per cui in caso di giudizio promosso da un ente locale devono essere chiamato in giudizio il Ministro quale litisconsorte necessario in tal senso cfr. G. MORBIDELLI, *Il danno ambientale*, cit., 612; G. GRECO, *Danno ambientale*, cit., 519; P. DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2001, 160. In giurisprudenza cfr. Cass., sez. un., 25 gennaio 1989, n. 440, in *Giust. civ.*, 1989, I 560.

<sup>57</sup> G. GRECO, *Danno ambientale*, cit.

di funzioni di tutela del bene colpito nei limiti degli oneri derivanti da interventi sul bene<sup>58</sup>.

A fronte di detto orientamento prevalse, tuttavia, un opposto filone giurisprudenziale che individuò proprio nella collettività indifferenziata e non nello Stato persona il soggetto danneggiato<sup>59</sup>. Si affermò così la concezione del danno ambientale quale danno "collettivo", ossia quale danno arrecato a un bene appartenente alla collettività (Stato – Comunità)<sup>60</sup> e non quale danno pubblico a una funzione, ossia quella del Ministro dell'ambiente cui è affidato il compito di provvedere alla riparazione del danno. Sulla scorta dell'appartenenza del bene a una collettività differenziata si sosteneva così la legittimazione degli enti territoriali, quali *enti esponenziali della collettività locali, ad agire iure proprio*, la quale trova il proprio fondamento non esclusivamente nel disposto dell'art. 18 della l. 349/86, ma direttamente negli artt. 2, 3, 9, 41 e 42 Cost. tramite il collegamento alla responsabilità per fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c.<sup>61</sup>. In tal modo il fondamento della legittimazione ad agire per risarcimento del danno ambientale era individuato nella titolarità di un interesse alla conservazione delle risorse naturali in capo all'ente territoriale nel cui territorio si trovano le risorse naturali incise dal fatto lesivo. Tale interpretazione trovava poi conferma nella previsione dell'art. 9 del d.lgs. 18 agosto 1990 n. 276 (c.d. t.u.e.l.), introdotta dall'art. 4 della l. 3 agosto 1999 n. 265, che attribuiva al singolo elettore e alle associazioni ambientali riconosciute il potere di proporre le azioni risarcitorie di competenza del giudice ordinario *spettanti ai comuni e alla provincia* nell'ipotesi in cui tali enti, pur titolari del diritto al risarcimento del danno, fossero rimasti inerti e la liquidazione dell'eventuale danno a favore dell'ente sostituito<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> V. F. TRIMARCHI BANFI, *Danno privato e interesse pubblico nella disciplina del danno ambientale*, in *Amministrare*, 1987, 201 e ss.

<sup>59</sup> V. Cass. civ., sez. un., 17 gennaio 1991, 400, in *Giust. civ.*, 1991, I, 1190, che ha ritenuto che la legittimazione ad agire spetta allo Stato in via primaria, ma non esclusiva, poiché la natura adespota del bene ambientale non consente la titolarità di tale bene sia riferita in via esclusiva allo Stato.

<sup>60</sup> M. LIBERTINI, *La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto dell'ambiente*, in *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 1991, 21 e ss., che, promuovendo una lettura filo-costituzionale della norma, ha ritenuto titolari del diritto al risarcimento anche gli enti territoriali minori, con la conseguenza di attribuire allo Stato una legittimazione concorrente talora da leggersi come legittimazione straordinaria, ovvero come potere di sostituzione rispetto l'azione degli enti territoriali minori, con il conseguente obbligo dello stesso Stato a trasferire le somme al soggetto concretamente danneggiato e onerato del ripristino.

<sup>61</sup> V. Cass. civ., sez. III, 19 giugno 1996, n. 5650, in *Riv. giur. amb.*, 1997, 679, ove si afferma che la tutela al bene ambiente costituisce attuazione dei precetti costituzionali artt. 9 e 32 Cost. che per gli enti territoriali il danno risulta risarcibile in base al principio *del neminem laedere*. In dottrina, tale orientamento è stato sostenuto S. MATTEINI CHIARI, *Il danno da lesione ambientale*, Rimini, 1990, 46 ss.; G. COCCO, *Tutela dell'ambiente e danno ambientale. Riflessioni sull'art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349*, in *Riv. giur. amb.*, 1986, 492 ss.; A. POSTIGLIONE, *Una svolta per il diritto dell'ambiente: la legge 8 luglio 1986, n. 349*, in *Riv. giur. amb.*, 1986, 251 ss.

<sup>62</sup> M.P. GIRACCA, *Il danno ambientale e il diritto comunitario* in *La tutela dell'ambiente*, a cura di R. FERRARA, Torino, 2006, 235 ss.; M. ALBERTON, *Dalla definizione di danno ambientale alla costruzione di*

### 5. *La direttiva 35/2004/CE e la funzione amministrativa di ripristino del danno ambientale*

Nel percorso evolutivo della nostra disciplina della responsabilità per danno ambientale una tappa fondamentale è segnata dalla direttiva 35/2004/CE<sup>63</sup>, che ha delineato una nuova concezione dell'istituto della responsabilità ambientale quale strumento volto *esclusivamente al ripristino ambientale*. La direttiva, infatti, privilegia l'adozione di misure rimediale (di riparazione primaria, complementare e compensativa)<sup>64</sup> e non consente *compensazioni di tipo pecuniario del danno*<sup>65</sup>.

Si tratta, peraltro, di un modello di tutela "amministrativa" del danno ambientale che ha nulla o ben poco a che fare con il sistema della responsabilità civile, fondato sul rapporto tra *operatore professionale*<sup>66</sup>, responsabile del danno a specifiche risorse naturali, sul quale incombe il compito di adottare iniziative e di prendere le misure, e l'*autorità competente*, la quale svolge una serie di compiti

---

*un sistema di responsabilità: riflessioni sui recenti sviluppi di diritto europeo*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, 605 ss. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11 luglio 2001, n. 3878, in *Foro it.*, 2003, III, 18.

<sup>63</sup>Obiettivo della direttiva è l'armonizzazione del regime di responsabilità per danno ambientale dei vari Stati europei sul presupposto che eterogeneità dei sistemi di protezione del danno ambientale sia suscettibile di compromettere la concorrenza tra le imprese del mercato comune.

Per il commento alla direttiva, si vedano: U. SALANITRO, *La direttiva comunitaria sulla responsabilità per danno ambientale*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2003, 137 ss.; V. FOGLEMAN, *The environmental liability directive*, in *Environmental liability*, 2004, 101 ss.; B. POZZO, *La responsabilità ambientale. La nuova direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, Milano, 2005; A. FERRERI, *La direttiva n. 2004/35/CE sulla prevenzione e riparazione del danno ambientale*, in *Dir. comun e degli scambi internaz.*, 2005, 56 ss.; F. CARLESÌ, *La prevenzione e la riparazione del danno ambientale come oggetto di funzione amministrativa: riflessioni alla luce della direttiva 2004/35/CE*, in *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, a cura di D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLLICE, Milano 2006, 507 ss.; M. ALBERTON, *Dalla definizione di danno ambientale*, cit., 605 e ss.

<sup>64</sup> Il punto 1 dell'allegato 2 della direttiva intende per riparazione primaria "qualsiasi misura di riparazione che riporta le risorse e/o i servizi naturali danneggiati alle o verso le condizioni originarie", per la riparazione complementare "qualsiasi azione intrapresa per compensare la perdita temporanea di risorse/servizi naturali alla data del verificarsi del danno fino a quando la riparazione primaria non abbia prodotto un effetto completo".

<sup>65</sup> Si è sottolineato in dottrina che la preferenza accordata alle misure ripristinatorie risponde a un'impostazione incentrata sull'interesse pubblico all'integrità ambientale piuttosto che a un'esclusiva preoccupazione di corretto funzionamento del mercato in quanto la funzione d'internalizzazione dei costi sarebbe stata svolta anche solo attraverso il risarcimento per equivalente pecuniario cfr. C. VIVIANI, *Il danno ambientale: profili diritto pubblico*, Padova, 2000.

<sup>66</sup> Ai sensi dell'art. 2 sesto paragrafo dir. 2004/35/CE s'intende per "operatore" qualsiasi persona fisica o giuridica, sia essa pubblica o privata, che esercita o controlla un'attività professionale oppure, quando la legislazione nazionale lo prevede, a cui è stato delegato un potere economico decisivo sul funzionamento tecnico di tale attività, compresi il titolare del permesso o dell'autorizzazione a svolgere detta attività; per "attività professionale si intende: qualsiasi attività svolta nel corso di un'attività economica, commerciale o imprenditoriale, indipendentemente dal fatto che abbia carattere pubblico o privato o che persegua o meno fini di lucro.

finalizzati al raggiungimento dell'obiettivo della riparazione, quali la richiesta d'informazioni all'operatore, l'ordine di adozione della misura rimediabile con l'indicazione anche del contenuto, l'adozione immediata e diretta della stessa. La natura amministrativa di tale autorità emerge del resto chiaramente dall'inciso dell'art. 13 che stabilisce la possibilità di esperire *ricorsi giurisdizionali e amministrativi* nei confronti delle decisioni delle "autorità competenti" deputata al ripristino ambientale<sup>67</sup>.

Quanto all'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione della direttiva va osservato che lo stesso è più limitato rispetto alla previsione delle responsabilità per danno ambientale, qual era disciplinata dalla l. n. 349/1986, in quanto delimita il proprio ambito applicativo, da un punto di vista soggettivo, ai soli *operatori professionali*, che esercitano attività rischiose per l'ambiente e, da un punto di vista oggettivo, al solo danno arrecato a specifiche risorse naturali (acqua, specie e habitat naturali protetti, suolo), il che ha creato, come vedremo più dettagliatamente in seguito, notevoli problemi di coordinamento con la disciplina generale della responsabilità per danno ambientale.

Per ciò che interessa ai fini del nostro lavoro la direttiva *lascia all'autonomia degli Stati membri* l'individuazione dell'autorità competente per la riparazione (ma anche per la prevenzione) del danno ambientale<sup>68</sup>, mentre sotto il profilo dell'accesso alla giustizia l'art. 13 della direttiva *lascia impregiudicate le disposizioni nazionali di accesso alla giustizia*.

## 6. Il modello di responsabilità per danno ambientale delineato dal Codice dell'ambiente

Com'è noto la direttiva 2004/35/CE è stata recepita dal d.lgs. n. 152/2006, ma diversamente da altri ordinamenti europei, ove con l'attuazione della direttiva CE è stato introdotto un sistema di responsabilità per danno ambientale che fa capo a un'autorità amministrativa, il nostro Codice dell'ambiente ha, invece, previsto nella parte VI un sistema per il ripristino ambiente, rimesso all'iniziativa esclusiva del Ministro dell'ambiente, "ibrido": *amministrativo* per la prevenzione e

---

<sup>67</sup> V. sul punto F. CARLESI, *La prevenzione e la riparazione del danno ambientale*, cit., 510, che sottolinea come la direttiva, oltre a disciplinare aspetti sostanziale della responsabilità (imputazione oggettiva, cause di esclusione, danno ambientale), contiene numerose disposizioni di carattere procedimentale presentano molta attenzione alla forma della funzione che deve essere rispettata dagli ordinamenti nazionali.

<sup>68</sup> L'attuazione della direttiva ha registrato, infatti, negli altri Stati dell'Unione europea un maggiore coinvolgimento degli enti pubblici decentrati. In Germania ad esempio è prevista un'articolata ripartizione delle competenze in materia tra livello Federale e ambito dei Länder che ha, inoltre, ampi spazi di esecuzione della fonte federale agli enti pubblici territoriali in argomento. R. BIFULCO, M. CECCHETTI, *Le attuali prospettive vedute attuazione dell'art. 116, comma 3, della Costituzione: un'ipotesi di intesa nella materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema"*, in *Le Regioni*, 2017, 759 e ss.

il ripristino del danno cagionato dall'operatore professionale (Titolo I-II) e che recepisce testualmente la direttiva europea e un *sistema alternativo di tutela amministrativa o giurisdizionale* per il risarcimento del danno ambientale per il danno cagionato da "chiunque".

Per perseguimento dell'obiettivo di riparazione del danno il Ministro dell'ambiente, nel caso in cui operatore non si sia attivato, può, infatti, o ordinare il *ripristino mediante ordinanza ingiunzione al responsabile* o *agire davanti al giudice ordinario* anche mediante costituzione di parte civile. La preferenza per azione amministrativa tanto da spingere alcuni a parlare di una vera e propria "amministrato" della tutela risulterebbe dalla previsione dell'art. 315, secondo cui se il Ministro dell'ambiente adotta l'ordinanza ingiunzione non può proporre l'azione giurisdizionale.

Il duplice sistema ha determinato non poche perplessità perché nella stessa normativa si prevede che, *in alternativa all'azione di fronte al giudice ordinario*, il Ministero possa attivare altre procedure, di carattere amministrativo, con analoghe finalità: pertanto, accanto alle esigenze di coordinamento, si pone il problema di comprendere se la disciplina dell'azione di responsabilità ambientale di fronte al giudice ordinario, che si presenta in effetti sintetica e lacunosa, debba essere integrata dalle regole desumibili dalle più analitiche discipline delle procedure riconducibili formalmente al diritto amministrativo di attuazione della direttiva.

È mia opinione che la disciplina del contenuto delle ordinanze che il Ministro dell'ambiente può ingiungere al responsabile del danno integri *sotto il profilo sostanziale quella della responsabilità risarcitoria* davanti al giudice ordinario non essendo ipotizzabile che le conseguenze di un illecito possano essere diverse a seconda del sistema di tutela prescelto dal Ministro dell'ambiente<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> L'art. 300 commi 1 e 2 del d.lgs. n. 152/2006 definisce ad esempio danno ambientale "qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima, quanto la tutela specifica di alcune matrici ambientali: specie e habitat naturali protetti, acqua interne e costiere, terreno" (comma 2), manca per converso una definizione di danno ambientale all'art. 311. Una delle questioni che si è posta è costituita, ad esempio, dal coordinamento tra la fattispecie di danno prevista all'art. 300 e quella disciplinata dall'art. 311 del d.lgs. n. 152/2006; rispetto al quale la dottrina – pur nelle indubbe difficoltà logico-esegetiche che la disciplina nel suo complesso presentano – ha auspicato una lettura armonizzante ai fini di un'unitaria delimitazione dei caratteri dell'illecito e della disciplina positiva nel suo complesso. Sul difficile coordinamento e interpretazione degli artt. 300 e 311 v. F. GIAMPIETRO, *La nozione di ambiente e di illecito ambientale*, in *Amb. svil.*, 2006, 464; L. PRATI, *Le criticità del nuovo danno ambientale: il confuso approccio del «Codice dell'Ambiente»*, in *Danno e resp.*, 2006, 1049 ss. 1050. Le difficoltà in questione sono date dal fatto che l'art. 300, da inserirsi nel contesto attuativo della direttiva europea, sembra fondamentalmente orientato a coordinarsi con le disposizioni che seguono in materia di obblighi informativi, preventivi, conservativi e ripristinatori che gravano sui c.d. operatori, a prescindere – peraltro – dalla loro responsabilità, mentre l'art. 311, è perfettamente isolato dal contesto ora indicato e s'indirizza direttamente a «chiunque» – e quindi verso soggetti che non posseggano la qualità di operatori – realizzando danno all'ambiente secondo le modalità ivi disciplinate. La difficoltà

Il Codice dell'ambiente conformemente alla direttiva, accentua poi la funzione ripristinatoria prevedendo principalmente misure rimediali volte a riportare le risorse naturali alle condizioni originarie o almeno equivalenti<sup>70</sup> stabilendo che, solo in caso di omissioni di tali misure, il Ministro dell'ambiente possa chiedere una somma di denaro (determinata dal Ministro) che deve essere oggi pari al costo delle misure di riparazione<sup>71</sup>.

---

di addivenire a una soddisfacente armonizzazione dei due nuclei della disciplina è peraltro testimoniata dall'orientamento che – al contrario – ritiene addirittura che l'attuale responsabilità per danno all'ambiente s'indirizzi solo agli operatori definiti al comma 4 dell'art. 302 (così G. SALVI, *La tutela civile dell'ambiente dei danni all'ambiente*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 676 ss.); opzione, quest'ultima, che, peraltro, non sembra potersi condividere sulla base dell'inequivoca precettività del «chiunque» previsto dal menzionato art. 311.

<sup>70</sup> Se lo scopo della riparazione del danno ambientale è quello di riportare l'ambiente danneggiato alle condizioni originarie, questo può essere principalmente perseguito mediante l'adozione delle misure primarie; soltanto nella denegata ipotesi in cui quest'ultime non raggiungano tale obiettivo, devono essere adottate le misure di riparazione complementare e compensative. Finalità della riparazione complementare è: «Ottenere, se opportuno anche in un sito alternativo, un livello di risorse naturali e/o servizi analogo a quello che si sarebbe ottenuto se il sito danneggiato fosse tornato alle condizioni originarie. Laddove possibile e opportuno, il sito alternativo dovrebbe essere geograficamente collegato al sito danneggiato, tenuto conto degli interessi della popolazione colpita». Diversamente, le misure di riparazione compensativa sono rappresentate da «qualsiasi azione intrapresa per compensare la perdita temporanea di risorse e/o servizi naturali dalla data del verificarsi del danno fino a quando la riparazione primaria non abbia prodotto un effetto completo»; tali misure sono avviate per compensare la perdita temporanea di risorse naturali e servizi in attesa del ripristino. La compensazione consiste in ulteriori miglioramenti alle specie e agli habitat naturali protetti o alle acque nel sito danneggiato o in un sito alternativo. Essa non è una compensazione finanziaria al pubblico.

<sup>71</sup> Nell'originale versione dell'art 311 il Codice dell'ambiente, mentre stabiliva la priorità del ripristino, quale forma risarcitoria in forma specifica, prevedeva comunque un risarcimento per equivalente pecuniario da riconoscere in mancanza dell'intervento riparatore. A seguito delle modifiche introdotte per superare la duplice procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea la norma ha poi disposto il risarcimento del danno ambientale con le sole misure di riparazione, salvo che quest'ultime risultino in tutto o in parte omesse o comunque realizzate in modo incompleto o difforme dai termini e modalità prescritti, per cui il Ministro dovrà determinare costi delle attività necessarie a conseguire la completa e corretta attuazione e agire nei confronti del soggetto obbligato per ottenere il pagamento delle somme corrispondenti (art. 311, comma 2). Si tratta delle contestazioni mosse dalla Commissione europea nel 2008 e nel 2012, alle quali il Governo italiano ha dato risposta con la modifica degli artt. 302 e 311 del Codice, rispettivamente con l. n. 166/2009 e infine con l. 97/2013; per una ricostruzione critica degli emendamenti legislativi cfr. F. BONELLI, *Il risarcimento del danno all'ambiente dopo le modifiche del 2009 e del 2013 al T.U. 152/2006*, in *Dir. comm. internaz.*, 2014, 3. Sull'evoluzione della disciplina del risarcimento del danno ambientale in funzione ripristinatoria si rinvia a E. FERRARI, *Amministrative di ripristino*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 210 e ss. e S. BOCCHINI, *La Corte dei Conti e il risarcimento del danno ambientale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 296 e ss. Si è anche parlato con riferimento al risarcimento del danno ambientale di «operazione rimediale» consistente in «un insieme di attività necessarie a conseguire un risultato concreto» in tal senso v. G. COMPORI, *Il danno ambientale e l'operazione rimediale*, in *Dir. amm.*, 2013, 117 e ss.

Nel mutato contesto ordinamentale è venuta, quindi, meno la possibilità di condannare il responsabile al pagamento di una somma di denaro, che rappresenta il ristoro *per la perdita del bene*, giacché il risarcimento del danno pecuniario è commisurato *ai costi necessari allo Stato per provvedere al ripristino*.

L'*accentramento* della funzione di protezione ambientale in capo al Ministro dell'ambiente operato dal Codice dell'ambiente appare, tuttavia, contrastare con il principio di sussidiarietà verticale, che presiede l'allocazione delle funzioni amministrative da parte del legislatore (ex art. 118 Cost.), le quali dovrebbero essere svolte dagli enti più vicini ai cittadini, salvo che le stesse risultino incompatibili con le dimensioni territoriali o in cui tali dimensioni risultino inadeguate all'esercizio delle funzioni, per cui in osservanza del canone dell'adeguatezza queste funzioni debbano essere allocate a un livello di governo più ampio<sup>72</sup>. Tale principio è richiamato espressamente dall'art. 3 *quinquies* del Codice dell'ambiente<sup>73</sup> oltre che dall'art. 299, comma 3, del Codice dell'ambiente con specifico riferimento al danno ambientale.

In questo senso l'unitarietà del bene ambiente non dovrebbe essere ostativa a una ripartizione delle competenze amministrative in materia di riparazione del danno ambientale tra soggetti pubblici fondata sulla natura, la dimensione e la

---

<sup>72</sup> Per una critica alla centralizzazione della funzione di protezione dell'ambiente v. W. GIULIETTI, *Danno ambientale e azione amministrativa*, Napoli, 2012, 143, che osserva che tale centralizzazione non solo si pone in contrasto con il principio di sussidiarietà, ma è anche inadeguata a garantire una tutela piena delle risorse naturali. Per la tesi contraria alla centralizzazione della funzione di riparazione del danno ambientale cfr. anche A. CLINI, *Legittimatio ad causam dell'ente pubblico territoriale e tutela risarcitoria contro i danni ambientali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2019, che peraltro rileva anche la statalizzazione della tutela ambientale contrasti anche con il c.d. federalismo demaniale (d.lgs. 28 maggio 2010 n. 85) che attribuisce i beni statali agli enti territoriali perché questi ultimi ne garantiscano "la massima valorizzazione funzionale" (art. 1) oltre che la tutela dei valori ambientali (art. 2, comma 5, lett. e). Evidenzia il contrasto tra la centralizzazione delle iniziative per la riparazione del danno ambientale e il c.d. federalismo demaniale anche da R. LEONARDI *L'esclusione della legittimazione ad agire degli enti locali nell'azione risarcitoria in tema di danno ambientale: la negazione del "federalismo demaniale"* in *Foro amm.*, 2013, 2938. Per la tesi favorevole all'accentramento v. però M. RENNA, *L'allocazione delle funzioni normative e amministrative*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. ROSSI, cit., 139; Id. *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 283 e ss., secondo cui l'elevato tasso di complessità tecnica richiesta per la verifica preliminare della sussistenza di un danno ambientale, la difficoltà di individuare i confini territoriali degli effetti dannosi delle attività inquinanti e la determinazione in concreto delle misure di ripristino, specie per quelle complementari, il rischio di perniciosi localismi rende il livello di governo sub statale inadeguato a fornire un livello di tutela risarcitoria adeguato.

<sup>73</sup> Sul punto v. P. MADDALENA, *L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente*, in *L'ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); R. CHIEPPA, *L'ambiente nel nuovo ordinamento costituzionale*, in *Urb. e app.*, 2002, 1245 ss.; S. GRASSI, *Nuove prospettive per il riordino della normativa a tutela dell'ambiente dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Ambiente e sviluppo*, 2001, 11 ss.; F. FONDERICO, *Riforma costituzionale e tutela dell'ambiente*, in *Ambiente*, 2002, 337 ss.

rilevanza degli effetti dannosi, seguendo il modello delineato in materia di bonifica dei siti contaminati in cui si distingue tra bonifica d'ufficio ordinaria di competenza del Comune e in via sussidiaria della Regioni (art. 250) e una bonifica dei siti d'interesse nazionale di competenza del Ministro dell'ambiente (art. 252)<sup>74</sup>.

È poi da osservare che come si è avuto modo di vedere la direttiva 35/2004/Ce non impone agli Stati membri una scelta vincolata nell'individuazione del soggetto pubblico competente a esercitare le funzioni amministrative in materia di danno ambientale, così in altri Paesi europei, si sono adottate soluzioni maggiormente contemperanti rispetto al ruolo degli enti pubblici decentranti.

A parte le critiche da muovere al legislatore sul tema del riparto della funzione amministrativa ripristinatoria in contrasto con il principio di sussidiarietà verticale (art. 118 Cost.) quel che interessa in questa sede è verificare è in che misura la "statalizzazione" della funzione riparatoria e la sua connotazione in senso prettamente "ripristinatorio" possa incidere sul tema della legittimazione ad agire per risarcimento del danno ambientale da parte degli enti pubblici territoriali.

Prima di affrontare la questione oggetto del nostro studio appare necessario esaminare le disposizioni del Codice dell'ambiente che prevedono espressamente la legittimazione ad agire della Regione e degli enti locali, oltre che dei singoli abitanti incisi dalla lesione ambientale, avverso l'adozione o la mancata adozione delle ordinanze per la riparazione del danno ambientale adottate dal Ministro dell'ambiente al fine di individuare la *posizione legittimante* all'azione avanti al giudice amministrativo, per poi trarre da tale inquadramento sistematico le conseguenze *in tema di legittimazione all'azione risarcitoria nei confronti del responsabile* davanti al giudice ordinario.

#### 7. *Le iniziative per il ripristino ambientale e la posizione legittimante l'azione avanti al giudice amministrativo*

Il Codice dell'ambiente prevede la legittimazione degli enti pubblici territoriali (Regioni, Province e Comuni), nonché delle persone fisiche o giuridiche che potrebbero essere o sono state colpite dal danno ambientale, a presentare denunce e osservazioni al Ministro dell'ambiente a fronte di un danno ambientale.

Il Codice dispone poi espressamente la legittimazione per tali soggetti a ricorrere avverso l'esercizio o il mancato ricorso avanti al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva per gli atti e provvedimenti adottati dal Ministro dell'ambiente per la riparazione del danno<sup>75</sup> e di chiedere il risarcimento subito,

<sup>74</sup> Sul punto R. LEONARDI *L'esclusione della legittimazione ad agire degli enti locali nell'azione risarcitoria*, cit., 2938.

<sup>75</sup> Sul punto si rinvia a W. GIULIETTI, *Danno ambientale*, cit., che evidenzia come gran parte dei paesi europei (v. Francia e Spagna) abbiano al contrario adottato un modello organizzativo di tutela a carattere decentrato

non già a causa dell'illecito ambientale, ma per effetto del ritardo per la mancata adozione di tali provvedimenti (art. 309)<sup>76</sup>.

Come più volte sottolineato in dottrina, tuttavia, la “denuncia” non determina l’obbligo per il Ministro dell’ambiente e del mare e del territorio di adottare le misure di prevenzione, precauzione e riparazione del danno ambientale<sup>77</sup>, ma unicamente un obbligo di preistruttoria in ordine alla verifica delle condizioni per apertura procedimento. Si tratta cioè di denuncia ascrivibile al *genus* delle denunce *qualificate* per le quali sussiste solo un obbligo di valutazione delle condizioni per l’apertura di un procedimento d’ufficio, ma non anche un obbligo di apertura dello stesso o di adozione delle misure<sup>78</sup>. L’obbligo di avvio di un procedimento che si chiude con una motivata decisione di accogliere o rifiutare la richiesta di azione formulata dal privato istante. In caso di mancato riscontro della denuncia di danno ambientale nei termini predetti, si determina un’ipotesi

<sup>76</sup> È prevista anche la possibilità che il ricorso al giudice amministrativo sia preceduto da un ricorso in opposizione al Ministro entro 30 giorni dalla conoscenza dell’ordinanza (art. 309 comma 2). Per una critica ai ricorsi amministrativi in opposizione di cui all’art. 7 del d.p.r. n. 1199/1971 quale strumento di tutela reale v. M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Napoli, 2012, 81.

<sup>77</sup> In tal senso cfr. M. CALABRÒ, *La legittimazione ad agire a tutela risorse naturali*, cit., 812; G. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno ambientale*, Milano, 2006, 308; G. SALVI, *La tutela civile dell’ambiente*, cit., 656. Si è evidenziato in dottrina che la denuncia ha l’effetto di assicurare, alla stregua del principio di sussidiarietà orizzontale, un controllo sociale e diffuso sull’ambiente, svolgendo una fondamentale funzione di enforcement del sistema di tutela. Lo strumento è, dunque, ascrivibile al riconoscimento di quelle facoltà giuridiche con le quali la società civile può svolgere una funzione di stimolo e di correzione dei comportamenti degli apparati pubblici preposti alla tutela cfr. W. GIULIETTI, *La pretesa dei terzi alle azioni di prevenzione e ripristino*, in *www. ambiente*, 2019, n. 2.

<sup>78</sup> La denuncia può essere considerata un atto di iniziativa, cioè in grado di attivare un dovere d’ufficio, ma essa non ha carattere procedimentale come l’istanza, ovvero non è in grado di stabilire un rapporto giuridico tra denunciante e amministrazione così A. MELONCELLI, *L’iniziativa amministrativa*, Milano, 1976, 88; A. DE ROBERTO, voce *Denuncia amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XII, 149 ss. Le denunce qualificate costituiscono atti di iniziativa pre-procedimentale da cui origina in capo all’Amministrazione un dovere di delibazione in relazione all’an dell’avvio d’ufficio del relativo procedimento. In tema L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 717 ss. In particolare, l’A. considera la denuncia qualificata capace di costituire “il diritto in capo al denunciante, non già all’avvio del procedimento e a un provvedimento esplicito, quanto piuttosto a una pronuncia esplicita relativamente ai presupposti per l’esercizio del potere, ossia all’avvio del procedimento” v. A. SCOGNAMIGLIO, *Profili della legittimazione a ricorrere*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2002, 390 ss. Mentre la denuncia amministrativa costituisce dichiarazione di scienza, rappresentazione o intendimento, con la quale “una figura soggettiva fa presente all’autorità amministrativa l’opportunità di iniziare un procedimento o di svolgere un’attività (F. TEDESCHINI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, XXXV, 878), senza poterne però esigere il relativo adempimento, quella in discorso, costituisce una facoltà giuridica riconosciuta ai soggetti legittimati suscettibile di innescare in capo all’amministrazione destinataria dell’esposto un dovere di considerazione delle informazioni pervenute e un connesso obbligo di comunicare ai denunciati gli atti assunti.

di silenzio inadempimento, avverso la quale è consentito il ricorso di cui all'art. 310 del medesimo decreto legislativo.

Quanto al presupposto della *legittimazione ad agire delle Regioni e degli enti locali* nei confronti dell'esercizio o del mancato esercizio del potere ripristinatorio del Ministro dell'ambiente il dibattito è ampio.

Così un diffuso orientamento nega che tale legittimazione ad agire trovi fondamento esclusivamente nell'interesse sostanziale alla conservazione delle risorse naturali, subordinando l'ammissibilità dell'azione avverso i provvedimenti del Ministro dell'ambiente alla verifica di una lesione concreta di un *interesse individuale e specifico dell'ente territoriale diverso* da quello al mero ripristino del bene ambientale *ex sé* tale fa far sì che l'interesse ambientale risulti "mediato" da altri interessi<sup>79</sup>. Come vedremo più dettagliatamente in seguito a questa ricostruzione sembra accedere anche da ultimo la Corte Cost. con la sentenza 1 giugno 2016, n. 126<sup>80</sup>, laddove afferma che gli enti pubblici territoriali non possono agire per il ripristino ambientale, ma solo a tutela dei *propri* interessi (proprietà, immagine) lesi dal danno ambientale (danni c.d. indiretti).

Si tratta, tuttavia, di un'opinione non condivisibile che determina un sensibile arretramento del livello di protezione del bene ambiente in quanto finisce con il negare la legittimazione ad agire persino degli enti pubblici territoriali in assenza della lesione di altri beni. In quest'ottica la norma dell'art. 309 del d.lgs. n. 152/2006 non assumerebbe altro significato che quello di qualificare direttamente gli interessi rilevanti che dal potere ministeriale sono "investiti di rimbizzo", finendo così con lo sminuire la portata della disposizione dell'art. 310, giacché la giurisprudenza già riconosce nella logica del rapporto amministrativo multipolare<sup>81</sup> la conseguente legittimazione ad agire ai terzi titolari di interessi che l'ordinamento tutela nel suo complesso<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> V. sul tema C. CUDIA, *Gli interessi*, cit., 190 e ss., la quale ha evidenziato che nella specie l'interesse ambientale risulti mediato da altri interessi, la cui azionabilità in giudizio è condizionata dalla dimostrazione dell'esistenza di una posizione pregressa che non attiene necessariamente all'ambiente in sé.

<sup>80</sup> In *Giur cost.*, 2016, 1509 ss., con nota di M. BETZU – S. ARU., *Il risarcimento del danno ambientale tra esigenze unitarie e interessi territoriali*.

<sup>81</sup> Cfr. sul punto M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 11. Si veda da ultimo G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 175, secondo cui: "L'azione amministrativa va inquadrata in schemi non bipolari, ma multipolari tutte le volte che vi sono interessi terzi qualificati cioè titolari d'interessi che l'ordinamento tutela".

<sup>82</sup> Sul punto cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 68, che ravvisa elementi d'incertezza e opinabilità nella qualificazione dell'interesse effettuata sulla base della rilevanza attribuita dall'ordinamento nel suo complesso e all'incidenza in concreto dell'azione amministrativa su tale interesse. Sulla posizione in generale di terzi rispetto a un atto amministrativo v. G. MANNUCCI, *La tutela del terzo nel diritto amministrativo*, cit., che chiaramente distingue i terzi titolari di situazioni giuridiche tutelate da quella dei terzi titolari di interessi di solo fatto che non sarebbero legittimati ad agire.

È allora da ritenere anche in una prospettiva di implementazione della protezione dell'ambiente che l'art. 310 *riconosca all'ente territoriale la legittimazione ad agire a tutela delle risorse naturali anche in assenza delle lesioni di altri interessi individuali.*

Tanto chiarito, occorre individuare il fondamento dogmatico da dare a tale legittimazione, il quale può prestarsi a plurime interpretazioni.

Si potrebbe, infatti, sostenere nell'ottica della legittimazione "oggettiva" che tale legittimazione ad agire dia luogo a un'ipotesi di legittimazione "oggettiva" (se non di giurisdizione oggettiva) accordata *ex lege* per la tutela d'interessi generali *a prescindere quindi dalla titolarità di una posizione giuridica individuale* e quindi in deroga all'art. 24 Cost. e con riferimento alla giurisdizione del giudice amministrativo in deroga agli artt. 103 Cost. e art. 7 c.p.a. Sulla scorta di tale opzione ermeneutica l'ente territoriale agirebbe a tutela di un interesse pubblico di cui il soggetto agente si fa portatore, che può anche *affiancarsi* a quella svolta in altre sede dal soggetto pubblico (il Ministro dell'ambiente) espressamente deputato alla cura dell'interesse.

Nell'ambito di una riflessione che, come già accennato, intende, invece, ancorarsi a una configurazione essenzialmente soggettiva del processo amministrativo può invece affermarsi che la legittimazione dell'ente pubblico territoriale ad agire per il ripristino ambientale trovi il proprio fondamento nella titolarità di un interesse sostanziale alla conservazione delle risorse naturali. Come ben affermato in dottrina l'interesse ambientale si connota "in relazione al modo d'essere dei territori e delle collettività che ivi vivono", con la conseguenza che di tali interessi sono portatori innanzitutto gli enti esponenziali delle collettività di riferimento<sup>83</sup>. La natura di enti generali rappresentativi dei diversi interessi della collettività insediate in un determinato territorio (v. artt. 5, 114 Cost., art. 3 t.u.e.l.) costituisce così il fondamento per riconoscere in primo luogo agli enti territoriali la qualifica di *enti esponenziali dell'interesse* alla salvaguardia ambientale del territorio<sup>84</sup>.

In questo senso può ritenersi che la disposizione dell'art. 310 del d.lgs. n. 152/2006, che prevede la legittimazione ad agire alla Regione e agli enti locali, nonché delle persone fisiche e giuridiche colpite da un danno ambientale, abbia "positivizzato" la rilevanza giuridica e dell'interesse delle comunità locali alla

<sup>83</sup> Cfr. G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, cit., 107.

<sup>84</sup> V. in tal senso Cons. Stato, sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8683, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1441, che ha riconosciuto all'ente locale territoriale la natura di ente esponenziale *ex lege* degli interessi della propria comunità e la conseguente legittimazione ad agire avanti al giudice amministrativo anche per le materie non direttamente conferitigli dalla legge. V. M.S. GIANNINI, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi* cit., 41, afferma che per questi enti non si pone nessun problema, essendo questi enti titolari di una potestà pubblica generale di cura dell'interesse collettivo di cui sono portatori che comprende anche i poteri di tutela formale e giurisdizionale: «a questi enti non è mai negata, quindi, legittimazione sostanziale e processuale all'esperimento di misure di tutela degli interessi collettivi di cui sono portatori».

conservazione delle risorse naturali siti nel proprio territorio differenziandolo e qualificandolo espressamente. In altri termini può affermarsi che *la disposizione processuale ha qui una portata sostanziale poiché è essa stessa indice di rilevanza giuridica dell'interesse.*

Sulla scorta di tali considerazioni può osservarsi che l'attribuzione della funzione amministrativa ripristinatoria in capo al Ministro dell'ambiente non abbia intaccato il *regime dell'appartenenza* del bene ambiente agli abitanti ove sono situate le risorse naturali<sup>85</sup>.

#### 8. *L'azione di risarcimento del danno ambientale nei confronti del responsabile*

Nel solco di quanto innanzi illustrato s'intende ora affrontare la questione della legittimazione all'azione risarcitoria dell'ente territoriale nei confronti del responsabile davanti al giudice ordinario.

Invero il Codice dell'ambiente ha *accentrato* in capo al Ministro dell'ambiente la legittimazione all'azione risarcitoria davanti al giudice ordinario. L'art. 318 abroga, infatti, contestualmente la norma dell'art. 18 (ad eccezione del comma 5), che riconosceva la legittimazione ad agire per risarcimento del danno ambientale degli enti locali e la previsione dell'art. 9, comma 3, d.lgs. n. 276/2000, che consentiva un'azione di responsabilità di tipo surrogatorio in capo alle *associazioni ambientaliste* in caso di inerzia degli enti locali<sup>86</sup>,

Le ragioni di tale restringimento della legittimazione ad agire nei confronti del responsabile dell'inquinamento sono state individuate sia nell'esigenza di evitare a fronte di un unico danno ambientale una molteplicità di azioni (da parte degli enti locali, ma anche da parte delle associazioni ambientaliste) che in quella di assicurare una tutela improntata ai criteri di uniformità e unitarietà, dato il carattere diffusivo e transfrontaliero dei problemi ecologici difficilmente circoscrivibile entro un preciso e limitato ambito territoriale<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Già la Corte Cost. con la sentenza n. 1987 n. 641 in forza del combinato disposto di cui agli artt. 2, 9 e 32 Cost. assumeva il danno ambientale come causa incidente su di un elemento costitutivo della comunità locale, ossa *il territorio*, e individua nello Stato e gli enti territoriali i soggetti esponenziale degli interessi all'equilibrio ecologico, biologico e sociologico del territorio che a essi fanno capo.

<sup>86</sup> Su tale abrogazione si veda B. POZZO, *Danno ambientale e imputazione della responsabilità. Esperienze giuridiche a confronto*, Milano, 1997; U. SALANITRO, *La nuova disciplina della responsabilità per danno all'ambiente*, in *Cass. pen.*, 2006, 678 ss.; M. FIMIANI, *Le nuove norme sul danno ambientale*, Milano, 2006; P. MADDALENA, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 307 ss.; Id., *Danno pubblico ambientale*, Rimini, 1990.

<sup>87</sup> In dottrina hanno sollevato dubbi di legittimità costituzionale A. POSTIGLIONE, *Prevenzione e riparazione del danno ambientale. problemi applicativi*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2007, 14; G. SALVI, *La tutela civile dell'ambiente dei danni all'ambiente*, cit. 683 ss v. M. CALABRO', *La legittimazione cit.*, ma già prima F. SALVIA, *L'inquinamento. Profili pubblicitici*, Padova, 1984, 65

Com'è noto la questione della negazione della legittimazione ad agire (concorrente o sostitutiva) degli enti territoriali è stata posta all'attenzione della Corte Cost. sia in relazione all'effettività della protezione del bene ambiente (ex artt. 2 e 32 Cost.)<sup>88</sup>, che sotto quello della privazione della tutela giurisdizionale di una situazione giuridica attiva da parte ente territoriale (art. 24 Cost.)<sup>89</sup>. La Corte con la sentenza dell'1 giugno 2016 n. 126 ha però confermato la legittimità costituzionale dell'impianto legislativo del Codice sul presupposto che la diversa configurazione assoluta dalla responsabilità per danno ambientale a seguito del recepimento della direttiva 35/2004/CE fa assumere al risarcimento del danno una *posizione accessoria* rispetto alla funzione ripristinatoria in quanto volta ad assicurare al soggetto su cui incombe la funzione ripristinatoria in caso di inerzia del responsabile le somme necessarie per assolverla. In questa prospettiva la Corte ha affermato che la necessaria *gestione uniforme e unitaria* della funzione *si estende anche alla fase risarcitoria*.

La Corte ha poi escluso la violazione dell'art. 24 Cost. sul presupposto che agli enti territoriale è espressamente riconosciuta la facoltà di agire per risarcimento di danno *ulteriori e diversi* dal danno ambientale (art. 313), nonché la facoltà di agire davanti al giudice amministrativo per richiedere l'azione delle misure ripristinatorie a tutela dei *propri* interessi lesi dal danno ambientale (art. 310).

Va, tuttavia, sin d'ora osservato che il giudice costituzionale si è soffermata solo su un particolare aspetto della disciplina risarcitoria, quello della "liquidazione" del *danno pecuniario* derivante della mancata adozione delle misure riparatorie da parte del responsabile.

La pronuncia della Consulta va, quindi, indagata sia sotto della necessità dell'accentramento delle funzioni amministrative e risarcitoria per assicurare uniformità e unitarietà della tutela e della qualificazione dell'azione risarcitoria quale esclusivo mezzo di completamento della funzione amministrativa, sia sotto il profilo dell'effettività della tutela giurisdizionale del bene ambiente e della esclusione della rilevanza giuridica dell'interesse dell'ente territoriale alla conservazione delle risorse naturali situate nel proprio territorio.

<sup>88</sup> La questione di legittimità costituzionale dell'art. 311 è stata sollevata per la prima volta dalla Regione Calabria, Piemonte e Puglia in via principale per violazione degli artt. 24, 114 e 118 Cost. In quell'occasione il giudice costituzionale (v. Corte Cost. n. 235 del 2009) adottò, infatti, una pronuncia di inammissibilità in relazione agli artt. 24 e 114 Cost., in quanto il parametro evocato non rientrava nel titolo V della Cost. e la Regione aveva omesso di indicare con precisioni le circostanze da cui sarebbe derivata la violazione delle proprie competenze. In quell'occasione la Corte, tuttavia, ebbe a precisare che l'art. 311, sebbene non riconosca la legittimazione delle Regioni e degli enti locali a proporre l'azione risarcitoria per danno ambientale "*neppure la esclude in modo esplicito*".

<sup>89</sup> Va però evidenziato che rispetto alla negazione della legittimazione ad agire in via sostitutiva il parametro dell'art. 24 Cost. è inconferente, giacché attiene alla tutela di un "proprio" diritto o interesse legittimo.

### 9. *Correlazione tra funzione amministrativa di ripristino e legittimazione all'azione risarcitoria*

Come osservato la Corte Cost. ha giustificato l'accentramento della legittimazione ad agire, in quanto funzionale ad assicurare un sistema di tutela uniforme. Tale interpretazione, come più volte sottolineato, non tiene conto che questo stesso risultato potrebbe essere raggiunto attraverso un maggior decentramento amministrativo. L'uniformità della tutela è, infatti, assicurata dall'attribuzione di una potestà legislativa statale in materia ambientale (art. 117 Cost.), che stabilisce modalità e tempi d'intervento, garantendo l'uniformità della disciplina sul tutto il territorio nazionale, non anche dalla necessaria attribuzione della sua esecuzione a un'unica autorità con negazione di qualsiasi intervento da parte di Regione ed Enti locali, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, che garantirebbe altresì una sicura contrazione dei tempi di intervento.

In disparte le critiche sulla necessità che la gestione della riparazione del danno sia affidata a unico ente pubblico per assicurare un'uniformità di tutela<sup>90</sup>; ciò che va chiarito è il rapporto *tra iniziativa processuale risarcitoria e funzione amministrativa riparatoria*. Come peraltro già evidenziato in altra sede dalla stessa Consulta<sup>91</sup> la legittimazione ad agire in sede giurisdizionale non costituisce una funzione amministrativa e pertanto non risponde alla logica del suo riparto, ma attiene al tema della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche (art. 24 Cost.).

Nella prospettiva adottata dalla Corte Costituzionale l'esclusività della legittimazione ad agire del Ministro dell'ambiente per il risarcimento del danno ambientale è giustificata dalla "statalizzazione" del potere riparatorio<sup>92</sup> e dalla natura esclusivamente ripristinatoria assunta dalla responsabilità per danno ambientale. In questo senso si è sostenuta la natura oggettiva della legittimazione all'azione risarcitoria per la liquidazione del danno<sup>93</sup>, in quanto volta ad assicurare i mezzi per l'esercizio di una funzione pubblica.

In tale ottica giova, peraltro, evidenziare che l'idea secondo la quale la legittimazione all'azione risarcitoria sia collegata alla funzione amministrativa era già stata sostenuta in dottrina<sup>94</sup> che individuava nel pregiudizio ambientale la fonte

---

<sup>90</sup> V. anche Parere della Conferenza Stato – Regioni del 26 gennaio 2006, ove si evidenzia la soluzione di accentrare in capo autorità governativa qualsiasi iniziativa per la tutela, prevenzione e riparazione del danno ambientale "mal si concilia con i principi di sussidiarietà orizzontale e verticale a cui a seguito delle riforma costituzionale dovrebbe ispirarsi l'azione delle istituzioni".

<sup>91</sup> V. Corte Cost. n. 235 del 2009.

<sup>92</sup> La valenza da riconoscere all'intervento dello Stato è, tuttavia, secondo una parte della dottrina ambigua in quanto è controverso se lo Stato agisca quale soggetto direttamente leso o in quanto soggetto deputato alla tutela dell'ambiente nell'interesse della collettività v. sul punto C. VOLPE, *Giudice amministrativo e codice dell'ambiente. Il danno ambientale nel riparto di giurisdizionale*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>93</sup> Cfr. G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2019, 122.

<sup>94</sup> Cfr. G. GRECO, *Danno ambientale*, cit.

di un danno economico indiretto subito dal soggetto investito della funzione di tutela. In questa direzione l'esclusività risiederebbe nella diversa funzione della liquidazione del danno, non volta alla compensazione del bene danneggiato, ma unicamente ad assicurare i mezzi economici per la sua riparazione.

In questa prospettiva va in ogni caso osservato che tale legittimazione dovrebbe allora essere riconosciuta *all'ente territoriale investito di una specifica funzione ripristinatoria*. Si può così ritenere che il Comune, o in caso di sua inerzia, la Regione, tenuti a effettuare la bonifica dei siti contaminati in sostituzione del responsabile (ex art. 250 d.lgs. n. 156/2006), siano legittimati all'azione risarcitoria volta a recupero delle somme necessarie per la bonifica. Come del resto già ampiamente chiarito in dottrina la bonifica del sito contaminato rappresenta una misura di riparazione primaria del danno al terreno<sup>95</sup> di qui la necessità che all'ente territoriale per svolgere la propria funzione riparatoria sia consentito l'azione di risarcimento del danno ambientale.

Uno spazio per una siffatta interpretazione può, peraltro, individuarsi nel comma 3 dell'art. 311 che dispone che in caso di intervenuto risarcimento del danno sono esclusi, a seguito di azione concorrente di *autorità diversa* dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, nuovi interventi comportanti aggravati di costi per l'operatore.

#### 10. *L'effettività della tutela del bene ambiente e il diritto alla salvaguardia ambientale*

Sotto il profilo dell'effettività della tutela del bene ambiente la Corte Costituzionale, come già accennato, ha ritenuto che *la tutela del bene ambiente* fosse assicurata, nel caso d'inerzia da parte del Ministro dell'ambiente, dalla possibilità per gli enti territoriali (ma anche dei singoli che potrebbero essere colpiti) di denunciare l'illecito ambientale al Ministro e di agire in via giurisdizionale avverso l'esercizio o il mancato del potere ministeriale.

Abbiamo, tuttavia, già avuto modo di evidenziare che il potere di denuncia non determina un obbligo per il Ministro di attivarsi con azioni di danno essendo le stesse subordinate a valutazioni discrezionali del Ministro. Anche la direttiva 2004/35/CE all'art. 12 chiarisce che l'Amministrazione a seguito di denuncia non è tenuta ad agire, ma su di essa incombe solo il dovere di operare una valutazione discrezionale circa la sussistenza o meno dei presupposti dell'azione. La limitata sindacabilità dei provvedimenti adottati dal Ministro determina, tuttavia, un profilo d'inadeguatezza della tutela di un bene di rilevanza costituzionale (v. artt. 9, 32, 117 Cost.)<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> Sul punto cfr. D. SICLARI, *La bonifica dei siti inquinati e la giustiziabilità delle pretese*, Napoli, 31; v. anche S. BOCCHINI, *Lo statuto del sito contaminato e il vincolo ambientale ripristinatorio*, Napoli, 2018, 174 e ss.

<sup>96</sup> V. M. CALABRÒ, *Legittimazione*, cit., 816, che osserva che la devoluzione della tutela al solo

È del resto da osservare che l'effettività della tutela del bene ambiente era assicurata nel regime previgente o attraverso iniziativa *doverosa* del pm contabile allorché le controversie in materia di danno ambientale si ritenevano devolute alla giurisdizione della Corte dei Conti, o attraverso il riconoscimento *espreso* della legittimazione ad agire all'azione risarcitoria *aggiuntiva e concorrente* degli enti territoriali (al di là della questione della natura *iure proprio* o sostitutiva) nei confronti del responsabile davanti al giudice ordinario nella l. 349/1986<sup>97</sup>.

In quest'ottica anche nell'attuale contesto ordinamentale l'accentramento della funzione amministrativa ripristinatoria in capo al Ministro dell'ambiente non dovrebbe precludere, *specie laddove il Ministero assume la duplice veste di danneggiante e danneggiato, altre iniziative processuali* a tutela dell'interesse sostanziale alla conservazione delle risorse naturali per la tutela (v. art. 24 Cost.). L'accentramento esclusivo della tutela giurisdizionale, sconta, inoltre, limiti in termini di effettività in un sistema con il nostro ove una struttura centralizzata (il Ministero dell'ambiente) e con organico limitato deve intervenire tempestivamente per un numero potenzialmente elevato di danni che si verificano con grande frequenza in territori circoscritti. In tal senso il riconoscimento di diritto di azione in capo agli enti territoriali garantirebbe una contrazione dei tempi di tutela.

La Corte Cost. con la sentenza n. 126/2016 ha, infine, escluso la lesione del diritto di difesa degli enti territoriali (art. 24 Cost.) sul presupposto che gli interessi di cui gli stessi sono titolari in via esclusiva (diritto di proprietà, diritto all'immagine ecc.) siano adeguatamente tutelati dalla possibilità di agire avanti al giudice amministrativo nei confronti dell'esercizio o del mancato esercizio del potere ministeriale (v. art. 310) e di richiedere il risarcimento non del danno all'ambiente, ma dei *danni ulteriori e diversi* derivanti dal danno ambientale (art. 313)<sup>98</sup>.

Così una parte della dottrina<sup>99</sup> nel tentativo di riconoscere una legittimazione all'azione risarcitoria per la *lesione delle risorse naturali site nel proprio territorio*

---

Ministro dell'ambiente potrebbe assicurare solo una tutela debole laddove "catturabile" dagli interessi delle lobbies multinazionali e disponibile a monetizzare risorse che dovrebbero essere prima di tutto preservate in quanto strumentali al soddisfacimento di diritti fondamentali del singolo, dell'intera collettività, delle generazioni future. Nel senso della doverosità dell'azione del Ministro dell'ambiente v. però R. DONZELLI, *Interessi collettivi e diffusi*, cit., che proprio al fine di assicurare la tutela degli interessi della collettività ricostruisce l'esercizio del potere riparatorio del Ministro in chiave di doverosità.

<sup>97</sup> V. anche A. POLICE, *Il giudice amministrativo e l'ambiente: giurisdizione oggettiva o soggettiva*, in *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, a cura di D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE, Milano, 2005, 326, che evidenzia i limiti di una giurisdizione soggettiva nella materia ambientale in termini di effettività della tutela in assenza dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione diversamente dalla giurisdizione oggettiva della giurisdizione contabile.

<sup>98</sup> Cfr. *ex multis* Cass. pen., sez. IV, 27 maggio 2014, n. 24619.

<sup>99</sup> In tal senso C. RUSSO, *L'azione per risarcimento del danno ambientale*, in *Libro dell'anno del diritto*, 2017, in *www.treccani.it*. In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. III, 17 gennaio 2012, n. 19437.

ha ipotizzato un'autonoma azione risarcitoria degli enti territoriali per il danno derivante dal *degrado del territorio* o per il *danno all'assetto qualificato del territorio*, quale danno autonomo e diverso rispetto al danno ambientale, basata sulla norma generale dell'art. 2043 c.c. (v. art. 313 comma 7)<sup>100</sup>.

Tale interpretazione non è, a mio avviso, condivisibile, in quanto a bene vedere *il danno al degrado del territorio coincide con il danno all'equilibrio ecologico del territorio*, in cui vive una comunità, con il rischio, da una parte, di sottrarre tale risarcimento alla *disciplina esclusivamente rimediale* di impronta eurounitaria prevista dal Codice dell'ambiente nel caso in cui ad agire fosse solo l'ente territoriale e, dall'altro, di consentire *duplicazioni risarcitorie* laddove, invece, la tutela rimediale fosse stata azionata anche dallo Stato.

Una volta affermata, invece, la titolarità d'interesse sostanziale all'equilibrio ecologico e biologico che fa capo alle comunità territoriali, ove il fatto lesivo si è verificato, va, piuttosto, riconosciuta *un'autonoma legittimazione* ad agire dell'ente territoriale *all'azione riparatoria del danno propriamente ambientale*<sup>101</sup> ex art. 24 Cost. In questo senso, come da noi già osservato, il riconoscimento della legittimazione dell'ente territoriale ad agire avanti al giudice amministrativo per la tutela delle risorse naturali (art. 310) va letto *come indice della rilevanza giuridica di un interesse sostanziale alla conservazione di tali risorse che fa capo all'ente stesso*.

In merito agli interessi dei residenti alla salvaguardia dell'habitat naturale in cui gli stessi vivono, peraltro, già un'autorevole dottrina ha affermato l'esigenza di dare rilevanza agli stessi attraverso l'introduzione *de iure condendo* di una legittimazione all'azione risarcitoria su base comunale o provinciale.

La riflessione sulla titolarità di una situazione giuridica protetta in capo all'ente territoriale, ma anche dei singoli componenti la comunità locale, m'induce, per converso, ad affermare che una legittimazione ad agire per la riparazione davanti al giudice ordinario dell'ente pubblico territoriale possa essere già riconosciuta *de iure condito*, trattandosi di legittimazione che in virtù dell'appartenenza collettiva del bene ambientale, non necessita di un'apposita previsione di legge ex art. 81 c.p.c.

---

<sup>100</sup> L'art. 313, comma 7, prevede che resti fermo il diritto del soggetto danneggiati dal fatto produttivo del danno nei beni di loro proprietà privata di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti soggettivi e degli interessi lesi. Si tratta di una norma meramente ricognitiva di quella generale dell'art. 2043 c.c.

<sup>101</sup> Sotto il profilo dell'inadeguatezza della tutela offerta v. anche M. CALABRÒ, *Legittimazione* cit., il quale evidenzia che il Codice si limita a consentire agli enti locali di contestare i soli provvedimenti statali illegittimi concernenti misure di precauzione, prevenzione o contenimento del danno ambientale di cui alla parte VI del Codice, ma non anche eventuali ministeriali che pure potrebbero essere idonee ad arrecare un danno ambientale.

11. *L'azione di ripristino ambientale quale tecnica di tutela dell'interesse collettivo alla conservazione delle risorse naturali*

Alla stregua delle su esposte riflessioni di ordine sistematico occorre indagare sulla possibilità di utilizzare l'azione risarcitoria del danno ambientale, così come oggi configurata nel nostro Codice dell'ambiente, quale strumento processuale attivabile anche da soggetti diversi dal titolare della funzione amministrativa ripristinatoria.

Giova al tal fine evidenziare che la direttiva 35/2004/CE, impone il ripristino della risorsa naturale danneggiata rendendo incompatibile la norma interna che consente la monetizzazione del danno ambientale attraverso la riparazione per equivalente, ma fa salva le norme nazionale in tema di tutela giurisdizionale (art. 13).

La Corte Costituzionale, come visto, ha però escluso la legittimazione delle Regioni all'azione risarcitoria sulla base *della funzione esclusivamente ripristinatoria* assunta oggi dalla disciplina del danno ambientale. Come già osservato la Corte si è però soffermata solo su un particolare aspetto della disciplina risarcitoria, ossia quello della *liquidazione pecuniaria* delle spese di ripristino del danno a seguito della mancata riparazione del danno ad opera del responsabile.

In questa sede, intendo, invece, focalizzare l'attenzione sull'utilizzo dell'azione riparatoria quale strumento di tutela del danno ambientale, inteso quale lesione *ex se* dell'equilibrio ecologico biologico<sup>102</sup>, secondo la nota definizione della Corte Cost. del 1987, n. 641, a prescindere dai danni patrimoniali e non che dallo stesso possano derivare.

Sotto questo profilo una volta assodato<sup>103</sup> che la disciplina del contenuto delle ordinanze ingiunzioni che il Ministro dell'ambiente può adottare nei confronti dell'operatore *integrati dal punto di vista sostanziale* la disciplina del risarcimento del danno ambientale, deve anche riconoscersi che la *richiesta di misure rimediali nei confronti del responsabile può essere avanzata davanti al go*<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Sulla nozione di danno ambientale funzionale alla tutela della collettività e della comunità nel proprio ambito territoriale e degli interessi all'equilibrio ecologico, biologico e del territorio che a essi fanno capo v. Corte Cost. n. 641/1987, in cui la Corte afferma che il danno è indipendente dalle spese di ripristino e dalla diminuzione finanziaria dell'ente tenuto al ripristino.

<sup>103</sup> V. par. 4.

<sup>104</sup> V. Cass. sez. III, 4 aprile 2017, n. 8662, in *Danno e resp.*, 2017, 484 e ss., con nota di C. BALDASSARE E P. PARDOLESI, *Campi da golf: sulla parabola del risarcimento del danno ambientale*, ove la Cass. afferma che anche processi pendenti si applica il nuovo testo dell'art. 311 del d.lgs. n. 152/2006, per cui il giudice di rinvio, nel caso in cui il ripristino ambientale sia impossibile, deve individuare le misure di riparazione con il che ammettendo che il go possa condannare il responsabile all'adozione di misure riparatorie. In dottrina si è evidenziato però che l'individuazione di dette misure sia un'attività tecnicamente molto complessa per la quale il giudice civile dovrebbe contare sulle linee guida ministeriali cui rinvia l'art. 311 comma 3, che ad oggi non hanno ancora visto la luce

Tanto chiarito, occorre, a mio avviso, indagare sull'utilizzo dell'azione riparatrice quale tecnica di tutela dell'interesse alla salvaguardia ambientale. In questa direzione può osservarsi che la caratterizzazione in chiave rimediale dell'azione risarcitoria del danno ambientale configuri una *perfetta tecnica di tutela degli interessi collettivi*, laddove attraverso l'eliminazione della lesione consente soddisfare contemporaneamente gli interessi di tutti gli appartenenti a una comunità locale incisa dalla lesione. Se, quindi, la connotazione *esclusivamente individuale* della posizione coinvolta appare necessaria ove si consideri il contenuto prettamente risarcitorio della domanda (danno patrimoniale o non patrimoniale derivante dalla lesione del bene), tale individualità perde di rilevanza laddove lo strumento azionato *assuma esclusivamente carattere rimediale*<sup>105</sup>.

C'eravamo chiesti all'inizio del nostro lavoro se la connotazione ripristinatoria della responsabilità del danno ambientale incida negativamente sul tema della legittimazione ad agire dell'ente pubblico territoriale nei confronti del responsabile del danno; ebbene ritengo, al contrario, che la stessa possa deporre nel senso dell'estensione di tale legittimazione *laddove la richiesta risarcitoria abbia a oggetto misure riparazione e non il costo di tali misure*.

In questi termini la legittimazione ad agire da parte dell'ente pubblico territoriale, non titolare della funzione riparatrice, può dirsi straordinaria (v. art. 81 c.p.c.) solo in relazione alla richiesta di liquidazione delle somme per il ripristino, giacché solo rispetto a tali richieste si configura un diritto risarcitorio "esclusivo" dell'autorità governativa, in quanto sulla stessa gravano i costi del recupero ambientale (c.d. danno indiretto alla funzione)<sup>106</sup>.

---

sul punto cfr. G. LO SAPIO, *La responsabilità per danno ambientale e la chimera della calcolabilità del danno ambientale*, in *Urb. e app.*, 2018, 43.

<sup>105</sup> La dottrina civilista distingue tra giudizio collettivo proprio – tipico il giudizio collettivo inibitorio in cui l'oggetto del giudizio è un unico obbligo sostanziale volto alla soddisfazione di un interesse collettivo, ovvero di più interessi individuali concorrenti, dal giudizio collettivo improprio (tipicamente risarcitorio) nel quale la tutela giurisdizionale non è tesa alla realizzazione di interessi collettivi, bensì al soddisfacimento di distinti interessi individuali esclusivi e nel quale l'accertamento non cade su unico obbligo sostanziale, ma su tanti obblighi a *contenuto* risarcitorio v. R. DONZELLI, *Interessi collettivi*, cit.

<sup>106</sup> Ai fini di implementare la tutela ambientale sarebbe anche auspicabile che il legislatore prevedesse, accanto alla legittimazione straordinaria dell'ente pubblico territoriale per la liquidazione pecuniaria del danno, la contestuale devoluzione delle somme liquidate a favore dell'autorità governativa con *vincolo di utilizzo effettivo di tali somme per gli interventi riparatori* L'art. 317 del d.lgs. n. 152/2006, così come modificato dall'art. 25, comma 3, lett. *m* della l. agosto 2013, n. 97 del 2013, dispone che le somme derivanti dalla riscossione dei crediti in favore dello Stato per il risarcimento del danno ambientale disciplinati dalla presente parte sesta, ivi comprese quelle derivanti dall'escussione di fidejussioni a favore dello Stato, assunte a garanzia del risarcimento medesimo, siano versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere integralmente riassegnate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze ad un pertinente capitolo dello stato di previsione del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, per essere destinate alla realizzazione

### Abstract

Numerosi e persistenti dubbi animano il dibattito relativo all'individuazione dei tratti teorici e delle modalità operative della legittimazione ad agire per riparazione ambientale dell'ente pubblico territoriale. Le ragioni possono individuarsi, da un lato, nell'introduzione a fronte di un danno ambientale di un duplice sistema tutela di alternativo amministrativo e giurisdizionale entrambi rimessi all'iniziativa statale e, dall'altro, nella difficoltà di individuare tratti di differenziazione e qualificazione dell'interesse dell'ente pubblico territoriale alla conservazione delle risorse naturali che prescindano dalla lesione di specifici interessi individuali. Scopo del contributo è di riflettere su entrambi i profili alla luce del più ampio dibattito che sta investendo il tema della tutela degli interessi superindividuali e delle tecniche di tutela di tali interessi e ciò nell'intento di riportare a sistema l'intero impianto normativo e al contempo implementare il livello di protezione ambientale.

Interest in environmental protection.

Critical profiles on the "nationalization" of the reparation of environmental damage

by Sveva Bocchini

Numerous and persistent doubts animate the debate concerning the identification of the theoretical traits and operating methods of the legitimacy to act for environmental repair of the territorial public body. The reasons can be identified, on the one hand, in the introduction of a dual system of alternative administrative and judicial protection against environmental damage, both remitted to the state initiative and, on the other, in the difficulty of identifying traits of differentiation and qualification of interest of the local public body to the conservation of natural resources regardless of the damage to specific individual interests. The purpose of the contribution is to reflect on both profiles in the light of the broader debate that is affecting the issue of the protection of super-individual interests and the techniques for the protection of these interests and this with the aim of bringing a system of the entire regulatory framework and simultaneously implement the level of environmental protection.

---

delle misure di prevenzione e riparazione in conformità alle previsioni della direttiva 2004/35/CE ed agli obblighi da essa derivanti. In dottrina si è però evidenziata l'opportunità che tale modifica sia accompagnata da un effettivo vincolo di destinazione di tali somme per il ripristino ambientale, vincolo che finora non c'è stato sul punto v. R. LEONARDI, *L'esclusione della legittimazione*, cit., 2945.



# Il caso dello *spoils system* nelle società a partecipazione pubblica: profili critici in punto di riparto di giurisdizione

di Niccolò Maria d'Alessandro

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. I tradizionali criteri di riparto di giurisdizione – 2.1. Il criterio del *petitum* formale – 2.2. Il criterio del *petitum* sostanziale – 2.3. Il criterio che si fonda sulla distinzione tra cattivo uso di potere e carenza di potere – 2.4. La teoria che si fonda sulla distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale – 3. Il caso dello *spoils system* nelle società a partecipazione pubblica. L'esercizio del potere (discrezionale) e la dichiarata giurisdizione del giudice ordinario: una tesi che non convince – 4. Conclusioni.

## 1. Premessa

Una recente pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 16961/2018 fornisce l'occasione per analizzare il delicato problema dello *spoils system* e del relativo rapporto col riparto di giurisdizione in generale e, nel caso di specie, in materia di società a partecipazione pubblica<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sulle società a partecipazione pubblica in generale la bibliografia è copiosa. Per esigenze di sinteticità si riportano solo alcuni scritti: C. ANGELICI, *In tema di "socio pubblico"*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, a cura di F. CINTIOLI e F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017, 69 ss.; ID., *La costituzione della società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, vol. 16, Torino, 1985, 232 ss.; ID., *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, a cura di S. Fortunato e F. Vessia, Milano, 2017, 17 ss.; L. CAMERIERO, *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'IRI alle società pubbliche*, in *Le società pubbliche in house e miste*, a cura di R. De Nictolis e L. Cameriero, Milano, 2008, 1 ss.; M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli e M. Dugato, Torino, 2008, 1 ss.; S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, 1 ss.; M. CASTELLANO, *Società in house: controllo analogo e strumenti di attuazione*, in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, a cura di S. Fortunato e F. Vessia, Milano, 2017, 87 ss.; F. CINTIOLI, *Società in mano pubblica: interesse sociale e nuove qualificazioni nella giurisprudenza e nella riforma del d.lgs. n. 175 del 2016*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, Bologna, 2017, 245; M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, Torino, 2010, 1 ss.; E. CODAZZI, *Le "nuove" società in house: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, Paper presentato al convegno "Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso. I grandi cantieri aperti", Roma, 17-18 febbraio 2017; A. DI GIOVANNI, *I servizi di interesse generale tra poteri di autorganizzazione e concessione di servizi*, Torino, 2018, 1 ss.; V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, Milano, 2016, 1 ss.; M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 227 ss.; F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in *Riv. Corte conti*, 2014, 1 ss.; C. IBBA, *Società in house: nozione e rilevanza applicativa*, in *Munus*, 2015, 1 ss.; M. MACCHIA, *Introduzione*, in *Le società a partecipazione statale*, Rapporto IRPA 1-2015, a cura di M. Macchia, Napoli, 2015, 11 ss.; B.G.

Con tale pronuncia – come si vedrà – la Cassazione ha stabilito che, in tema di riparto di giurisdizione, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario (e non quella del giudice amministrativo) nelle controversie relative alla legittimità del provvedimento di decadenza dell'amministratore di una società a partecipazione pubblica, nominato dalla regione, quale effetto automatico previsto dalla legge del rinnovo degli organi politici regionali (c.d. “*spoils system*”), perché, a fronte della sopra menzionata decadenza *ex lege*, la p.a. non ha alcun potere discrezionale, vertendosi in materia di diritti soggettivi e la materia non rientra in alcuna ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.a.

L'ordinanza in esame – come si avrà modo di chiarire più avanti – lascia non pochi dubbi in ordine alla dichiarata giurisdizione del giudice ordinario in materia di *spoils system* nelle società a partecipazione pubblica.

Sinteticamente (dato che il caso di *spoils system* che si analizzerà di qui a poco riguarda l'applicazione dello stesso nei confronti di un soggetto preposto al vertice di una società a partecipazione pubblica) occorre rammentare che, con il d.lgs. n. 175/2016 e ss.mm. ii. – introdotto in virtù della delega di cui all'art. 18 l. n. 124/2015 (c.d. “Legge Madia”) in materia di riorganizzazione della p.a. –, il legislatore ha tentato di assemblare in un testo unico la normativa fino a quel momento vigente in materia di società a partecipazione pubblica.

Tale delega, con sentenza n. 9 del 25.11.2016, è stata dichiarata incostituzionale nella parte in cui ha previsto che il Governo adottasse i relativi decreti legislativi attuativi previo mero parere, in luogo di un'intesa, in sede di conferenza unificata (così violando il principio di leale collaborazione Stato-Regioni, necessaria per poter incidere sulle materie di competenza legislativa regionale). A seguito della citata pronuncia, il Governo è intervenuto con un apposito decreto attuativo (d.lgs. n. 100 del 16.06.2017), rimuovendo il *vulnus* censurato dalla Corte costituzionale e modificando alcune disposizioni presenti nel Testo Unico<sup>2</sup>.

L'operazione svolta dal legislatore, se da un lato ha riunito in un unico *corpus* normativo la disciplina in tema di società partecipate, dall'altro lato ha inevita-

---

MATTARELLA, *Il riordino delle società a partecipazione pubblica*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. Garofoli, A. Zoppini, R. de Nictolis, M. Fratini, G. Guizzi, A. Maresca, F. Massa Felsani, Molfetta, 2018, 3 ss.; G. MORBIDELLI, *Introduzione*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. Morbidelli, Milano, 2018, 3 ss.; G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Rivista delle società*, 2006, 1000 ss.; C. PECORARO, *Le società in house: profili societari*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. Ibba e I. Demuro, Bologna, 2018, 191 ss.; E. PICOZZA – M.A. SANDULLI – M. SOLINAS, *I lavori pubblici*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. X, Padova, 1990, 1 ss.; A. POLICE, *Corte dei Conti e Società pubbliche. Riflessioni critiche a margine di una recente riforma*, *Mimus*, 2016, 549; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997, 1 ss.; STELLA RICHTER JR. M., *I “controlli” nelle società a partecipazione pubblica*, in *Rivista delle società*, 2018, 1379 ss.; L. TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 323 ss.; A. ZOPPINI, *La società (a partecipazione) pubblica: verso una Public Corporate Governance?* in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., e poi anche in *Rivista di diritto commerciale*, 2018, II, (dal quale si cita), 35 ss.

<sup>2</sup> E. RAGANELLA, *Monitoraggio, indirizzo e coordinamento sulle società a partecipazione pubblica*, in *Codice delle Società a partecipazione pubblica*, a cura di G. Morbidelli, Roma, 2018, 356 ss.

bilmente frammentato e suddiviso le varie tipologie di società a partecipazione pubblica<sup>3</sup>.

La suddivisione in vari tipi di società a partecipazione pubblica comporta inevitabilmente specifiche problematiche per ogni società. Sul punto, una delle questioni maggiormente rilevanti in tema di società a partecipazione pubblica attiene sicuramente al riparto di giurisdizione tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo.

In linea generale, la giurisprudenza ha da sempre operato la distinzione tra il momento deliberativo e il momento costitutivo della società: è proprio su tale aspetto che si incentra l'individuazione del giudice fornito di giurisdizione.

Sul punto, infatti, è stato chiarito<sup>4</sup> che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie che riguardano gli atti antecedenti alla costituzione di una società partecipata (ad esempio, la delibera di costituzione di un organismo societario) in quanto espressione di potere pubblico; mentre la giurisdizione è del giudice ordinario ogniqualvolta sussistano atti espressione di capacità di diritto privato (ad esempio, gli atti compiuti dal socio pubblico in veste di azionista)<sup>5</sup>.

È bene comunque rilevare che per determinate fattispecie non è sempre agevole capire se una determinata controversia debba essere instaurata innanzi al g.a o al g.o.: in questi casi, dunque, è necessario svolgere un'attenta analisi partendo dai tradizionali criteri di riparto di giurisdizione fino ad arrivare al singolo caso concreto in cui si è recentemente espressa la Corte di Cassazione in materia di *spoils system* nelle società partecipate.

## 2. I tradizionali criteri di riparto di giurisdizione

Prima di affrontare la problematica del riparto di giurisdizione<sup>6</sup> nell'ipotesi di applicazione dello *spoils system* nei confronti di un titolare di funzioni di gestione ed esecuzione di una società a partecipazione pubblica, occorre brevemente

---

<sup>3</sup> F. D'ANGELO, *Controllo giudiziario sull'amministrazione di società a controllo pubblico*, in *Codice delle Società a partecipazione pubblica*, cit., 325.

<sup>4</sup> F. FRENI, *Alienazione di partecipazioni sociali*, in *Codice delle Società a partecipazione pubblica*, cit., 292 ss.

<sup>5</sup> C. FIGLIOLA, *Costituzione di società a partecipazione pubblica*, in *Codice delle Società a partecipazione pubblica*, cit., 235 ss.

<sup>6</sup> V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella costituzione*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 22, secondo il quale: "Invero, le ripetute critiche emerse in dottrina, anche in tempi recenti (segnatamente nell'ambito della scuola fiorentina) si riferiscono piuttosto al modello in sé, auspicandone il superamento o verso l'unicità della giurisdizione, o verso un ordinamento della giurisdizione amministrativa e della magistratura ad essa preposta, di tipo tedesco. Ma, in entrambe le direzioni, l'ordinamento potrebbe muoversi soltanto sulla base di una modifica costituzionale che allo stato non è prevedibile, né, da parte della maggioranza degli autori e degli operatori, auspicata."; A. ZITO, *Il tradizionale criterio di riparto*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, 2008, 63 ss.; ID., *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in, *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2014, °/1 ss.

– e senza alcuna pretesa di completezza – ripercorrere le principali teorie succedutesi nel tempo sul tema.

Come è noto, il problema del riparto di giurisdizione<sup>7</sup> affonda le sue radici nel lontano 1889 quando venne istituita la IV Sezione del Consiglio di Stato per opera della c.d. Legge Crispi, n. 5992/1889<sup>8</sup>, e solo in minima parte tale questione è stata risolta dalla creazione della c.d. giurisdizione esclusiva<sup>9</sup> del giudice

<sup>7</sup> V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premessa allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1978; N. PAOLANTONIO, *Centralità del cittadino e interesse legittimo (oltre le categorie, per una tutela effettiva: l'insegnamento di Franco Gaetano Scoca)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, 4, 1527 secondo cui: “L’opera del prof. Scoca rappresenta l’ultimo approdo (cronologicamente) di un percorso iniziato dalla dottrina italiana da oltre un secolo, alle origini sviluppatosi principalmente per risolvere il problema del riparto tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa, e poi esteso alla sistematica delle tutele individuali del privato nei confronti del pubblico potere attraverso le forme processuali più varie, nuove e di volta in volta adatte alla bisogna, secondo l’evoluzione dei tempi e dei modelli processuali (azione costitutiva di annullamento, azione di accertamento, azione di condanna, azione di adempimento, azione di esecuzione). Un approdo che — condivisibile o meno diviene un punto di riferimento obbligato per i cultori non solo italiani della dommatica sull’azione amministrativa autoritativa.”; M. STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione verso la A. e la doppia tutela*, Roma, 1979, 1 ss.

<sup>8</sup> E. FOLLIERI, *La legge 31 marzo 1889, n. 5992 nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *AA.VV.*, *Le riforme crispine*, II, Giustizia amministrativa, Istituto per la Scienza dell’Amministrazione Pubblica (ISAP), Milano 1990, 441 ss.; S. SPAVENTA, *Discorso per l’inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato*, pubblicato da R. Ricci nella *Rivista di diritto pubblico*, 1909; P. TANDA, *Contributo allo studio sul dualismo giurisdizionale*, Napoli, 2017, 1 ss.; S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 47 ss., 52.

<sup>9</sup> Sul tema, per esigenze di sinteticità, si rinvia soltanto ad alcuni contributi: M. VIPIANA, *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VII, Torino, 1991, 377 ss.; M.C. CAVALLARO, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato: brevi riflessioni a margine dei recenti orientamenti della Corte Costituzionale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010, 934 ss., 950-951, la quale, richiamandosi al noto studio di A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, *Contributo alla teoria dell’azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, puntualizza come la giurisdizione esclusiva si sia progressivamente evoluta, sino a divenire una “forma nuova di giurisdizione”; A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2004, fasc. 2, p. 417 – 442; ID, *Il quadro normativo della giurisdizione esclusiva sino all’avvento della Costituzione*, in *L’evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, *Atti del XLVIII Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione*, Varenna-Villa Monastero – 18-20 settembre 2003, Giuffrè, Milano, 2004; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 171 ss., 172; R. MEREGAZZI, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *La giustizia amministrativa, Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, a cura di G. Mele, Vicenza, 1968, 199 ss., 210; G. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1976, 169 ss., 199; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2, 14<sup>a</sup> ed., Napoli, 1984, 1322 ss., 1323. In senso diverso, F. LEDDA, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, Relazione al V seminario della Sezione umbra del Centro italiano di studi amministrativi, in *Nuova rassegna* 1971, 2717 ss., 2724; V. CAIANIELLO, *I caratteri della giurisdizione esclusiva*, in *Studi in onore di A. Papaldo*, Milano, 1975, 179 ss., 186; G. ROHERSSEN, *La giurisdizione esclusiva*, in *Impresa ambiente e pubblica amministrazione*, 1978, I, 119 ss., 131-132; A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n.*

amministrativo (R.D. n. 24 del 1923)<sup>10</sup>.

Ciò ha indotto la dottrina e la giurisprudenza ad elaborare una serie di criteri per distinguere i casi di giurisdizione ordinaria da quelli di giurisdizione amministrativa.

### 2.1. *Il criterio del petitum formale*

Un primo criterio adottato dalla dottrina per tentare di risolvere il problema sul riparto di giurisdizione<sup>11</sup> è il c.d. criterio del *petitum* formale<sup>12</sup> (o c.d. teoria della prospettazione).

Secondo tale teoria, ai fini del riparto di giurisdizione, si potrebbe radicare la giurisdizione del giudice amministrativo o del giudice ordinario sulla base di una

---

80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro italiano*, 2004, I, c. 2598 ss., c. 2599; E. PICOZZA, *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dall'avvento della Costituzione ad oggi*, In *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Milano, 2004, 1 ss. La nozione fu introdotta, come categoria giuridica, dalla notissima giurisprudenza del 1939 (definita "Fagiolari", dal nome del Presidente della Quinta Sezione), poi recepita dall'Adunanza Plenaria del 1940. Sul punto cfr. *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Atti del 49° convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 2003, Milano, 2004. Relazione introduttiva di A. ROMANO, *Il quadro normativo della giurisdizione esclusiva sino all'avvento della Costituzione*, E. PICOZZA, *Il quadro normativo della giurisdizione esclusiva dall'avvento della Costituzione ad oggi*.

<sup>10</sup> S. MENCHINI, *La connessione nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, 4, 1101 secondo cui: "D'altronde, anche Nigro, che pure poneva il rapporto giuridico sostanziale ad oggetto del processo amministrativo, concludeva che questo è identificato "dal particolare atto amministrativo impugnato, dal fatto costitutivo o dalla fattispecie costitutiva che danno origine al diritto all'invalidazione fatto valere (*causa petendi*); dalla misura richiesta (*petitum*)"; E. PICOZZA, *Connessione e cumulo (condizionale) di domande nel processo amministrativo: rilievi critici*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2016, 106 secondo il quale: "Per quanto in particolare riguarda il processo amministrativo, la natura giuridica e il campo di applicazione dell'istituto della connessione sta cambiando (ampliandosi anche nella sua portata pratica) proprio in conseguenza delle relazioni ordinamentali multilivello che incidono sulle categorie generali che sono alla base della definizione stessa della giurisdizione amministrativa secondo quanto previsto dall'articolo sette del codice del processo amministrativo."

<sup>11</sup> M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, 896 ss.; ID., *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 3 ss.

<sup>12</sup> P. CARPENTIERI, *Il nuovo riparto della giurisdizione (secondo Cass., sez. un., ord. n. 13659, n. 13660 e n. 13911 del 2006)*, in *Foro amministrativo TAR*, 2006, 7-8. 2760 secondo cui: "Il criterio di riparto riproposto dalla Cassazione si rivela infine inaffidabile perché finisce in sostanza per riportare a un sorta di doppia tutela imperniata sul criterio del *petitum* formale, per cui se si attacca l'atto e se ne chiede l'annullamento, si radica la cognizione del g.a., se invece si allega il diritto incompressibile e si chiede l'inibitoria e/o il risarcimento del danno, allora si radica la cognizione del g.o."; E. GUICCIARDI, *Causa petendi e petitum nei rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Giurisprudenza italiana*, 1946, 1 ss.

elaborata costruzione di norme di diritto sostanziale – e non quindi sulla base di una mera “affermazione” – da cui ne scaturisca una questione attinente a diritti soggettivi o interessi legittimi. In senso contrario è stato obiettato che a nessuno è preclusa la possibilità di presentare una domanda giudiziale particolarmente ricercata sotto il profilo dell’elaborazione normativa, ma infondata<sup>13</sup>.

Tale teoria, poco seguita anche in giurisprudenza<sup>14</sup>, conduce all’inaccettabile conseguenza che il privato – di fatto – diventerebbe “giudice di sé stesso”, nel senso che il radicarsi della giurisdizione sarebbe la conseguenza non di criteri predeterminati in modo obiettivo dal nostro sistema normativo, bensì di una mera valutazione soggettiva di colui che agisce in giudizio<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> P. TANDA, *Elementi di Giustizia Amministrativa*, Padova, 2011, 441 ss.; P. TANDA (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo I*, Roma, 2019, 219 ss.

<sup>14</sup> T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, sentenza, 22 dicembre 2015, n. 5849 secondo cui: “Conseguentemente, a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo a nulla vale la circostanza che la domanda giudiziale è stata introdotta con ricorso impugnatorio, per i vizi/motivi ivi dedotti in relazione agli atti amministrativi impugnati, atteso che tale circostanza, se si presentava coerente con l’antica c.d. teoria della prospettazione (*petitum* formale), ormai è da lungo tempo ripudiata in quanto tale da lasciare libera la parte di individuare il giudice avente giurisdizione, sul punto sempre attuale risultando l’insegnamento della Suprema Corte per il quale, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non tanto la prospettazione delle parti, bensì il “*petitum* sostanziale”, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della *causa petendi*, cioè della intrinseca natura della controversia dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti sono manifestazione (Cfr.: Cassazione civile SS.UU., Ordinanza n. 10180/2004.); T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, sentenza, 27 marzo 2017, n. 310 secondo cui: “Vero è che, per insegnamento costante di dottrina e giurisprudenza, nel giudizio amministrativo, ai fini dell’identificazione dell’oggetto della domanda, non vale la cd. teoria della prospettazione, cioè la modalità con cui un soggetto porta all’attenzione del giudice un suo interesse ritenuto leso da un atto, ma occorre avere riguardo al cd. *petitum* sostanziale della controversia, cioè alla pretesa fatta valere in giudizio (cfr., *ex multis*, C.d.S., Sez. V, 29 maggio 2008, n. 2548; id., 14 giugno 2004, n. 3819). In altre parole, l’oggetto della domanda va determinato non già in funzione della decisione richiesta al giudice, quanto in funzione della *causa petendi*, cioè della posizione giuridica soggettiva tutelata dedotta in giudizio: perciò, va respinta la cd. teoria della prospettazione (“*petitum* formale”) della parte, secondo cui il titolo della domanda dovrebbe desumersi dall’oggetto, quale è formulato nell’atto introduttivo del giudizio, e non già dalla natura intrinseca della posizione sostanziale fatta valere (T.A.R. Basilicata, 2 agosto 1996, n. 214)”.

<sup>15</sup> O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937 secondo cui: “Il concetto di diritto affievolito è strettamente legato a quello di attività discrezionale della a. e, corrispondentemente, il concetto di diritto perfetto è strettamente legato a quello di attività vincolata. Nella ricostruzione teorica in esame il diritto ha, per così dire, dimensione in funzione dell’interesse pubblico: ecco perché affievolisce di fronte a tale interesse pubblico a cui, comunque, il diritto stesso è condizionato.”; P. TANDA, *op.cit.*, 220 secondo il quale: “Pertanto, ciò a cui si ha principalmente riguardo è la situazione giuridica soggettiva in sé e non la sua vicenda e ciò è chiaro perché, secondo il Ranelletti, il diritto affievolito prescinde del tutto da qualsiasi vicenda di affievolimento: infatti, viene concepito come diritto perfetto nei confronti dei privati che si atteggia, però, come interesse legittimo nei confronti della Pubblica amministrazione”.

La teoria<sup>16</sup> così come prospettata si presenta particolarmente limitativa rispetto alla tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione<sup>17</sup>: infatti, forte è l'insoddisfazione derivante dal ritenere la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario nelle sole ipotesi in cui l'amministrazione avesse operato al di fuori dell'ambito dell'esercizio dei poteri che normativamente le sono riconosciuti e, quindi, solo nel caso di comportamento della p.a. concretantesi in un'attività di fatto. E tale sensazione permane nonostante gli approfondimenti dottrinali e giurisprudenziali che hanno portato a delle indubbie conquiste di civiltà giuridica (ad esempio, la distinzione tra incompetenza relativa ed incompetenza assoluta)<sup>18</sup>.

La giurisprudenza<sup>19</sup> aveva, infatti, ritenuto che la ripartizione di competenze tra la giurisdizione amministrativa e la giurisdizione ordinaria, nelle materie di cui il giudice amministrativo non ha la giurisdizione esclusiva, può essere attuata in base ai criteri della domanda e della natura della controversia, che si fondono

---

<sup>16</sup> A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro italiano*, 1952, 1073.

<sup>17</sup> T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, sentenza, 31 maggio 2019, n. 1489 secondo cui: "Non possono pertanto essere seguite quelle ricostruzioni, che si ritrovano in alcune pronunzie, secondo le quali la giurisdizione del G.O. indicata dalle richiamate sentenze delle SS.UU. della Cassazione sussisterebbe solo in caso di espressa denuncia di un comportamento discriminatorio, che inevitabilmente porterebbe ad una inammissibile sorta di divisione della giurisdizione sulla base della prospettazione di parte, con una singolare riedizione della teoria della prospettazione, opportunamente abbandonata da parecchi decenni."; T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, sentenza, 29 marzo 2017, n. 294 secondo cui: "Il tribunale amministrativo non può condividere tale opinione, posto che essa sembra fondarsi sulla risalente teoria cosiddetta della prospettazione, che individuava il giudice competente a decidere a seconda della formulazione della domanda"; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, sentenza, 11 giugno 2019, n. 1422 secondo cui: "Non può, pertanto, affermarsi che la giurisdizione del giudice ordinario sussista solo in caso di espressa denuncia di un comportamento discriminatorio, atteso che siffatta soluzione condurrebbe inevitabilmente ad una inammissibile divisione della giurisdizione sulla base della prospettazione (e della volontà) della parte, con una singolare riedizione della teoria della prospettazione, opportunamente abbandonata da parecchi decenni?".

<sup>18</sup> P. TANDA, *op.cit.*, 220. Sul concetto di inesistenza dell'atto amministrativo cfr. su tutti A.M. SANDULLI, *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici*, ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990; *Id.*, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, 1949, poi in *Scritti giuridici*, cit., 1 ss.

<sup>19</sup> Consiglio di Stato, sez. V, sentenza, 14 giugno 2004, n. 3819 secondo cui: "La decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda (art. 386 c.c.) che però deve essere identificato non in base alla mera prospettazione compiutane dall'interessato, bensì alla stregua degli elementi oggettivi che caratterizzano la sostanza del rapporto giuridico posto dalla domanda (teoria del "*petitum*" sostanziale), né l'indagine sulla giurisdizione può identificarsi con la verifica della sussistenza effettiva dei presupposti di fatto del diritto azionato."; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza, 29 maggio 2008, n. 2548 secondo cui: "Nel giudizio amministrativo, non vale la teoria della prospettazione e cioè la modalità con la quale un soggetto porta all'attenzione del giudice un suo interesse ritenuto leso da un atto, ma occorre aver riguardo al *petitum* sostanziale della controversia e cioè alla pretesa.".

nell'unico criterio del “*petitum*” sostanziale, nel senso che l'oggetto della domanda deve determinarsi non solo e non tanto in funzione della decisione richiesta al giudice, ma anche in funzione della “*causa petendi*”<sup>20</sup>, cioè della posizione giuridica soggettiva tutelata dedotta in giudizio<sup>21</sup>.

## 2.2. *Il criterio del petitum sostanziale*

La teoria del *petitum* sostanziale<sup>22</sup>, invece, si fonda sull'assunto secondo cui – ai fini del riparto di giurisdizione – occorre tenere in considerazione l'effettiva natura della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, in base ai fatti allegati che danno conto del rapporto giuridico dedotto in giudizio.

Pertanto, sulla base di tale teoria, il riparto di giurisdizione non dovrà fondarsi sulla mera “prospettazione” fatta valere dalla parte in giudizio, ma, al contrario, si dovrà tenere in debita considerazione l'effettiva natura della situazione giuridica dedotta in giudizio.

---

<sup>20</sup> In senso contrario alla teoria del *petitum* sostanziale cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, sentenza, 18 gennaio 2019, n. 77 secondo cui: “Ne può essere condivisa la tesi dei ricorrenti basata sulla prospettata teoria del *petitum* sostanziale che, nel caso di specie, sarebbe di interesse legittimo, poiché non finalizzato alla progressione economica ma solo all'ammissione alla selezione in questione. A tale riguardo va precisato che la cd “contrattualizzazione” del rapporto di pubblico impiego e delle carriere, è vicenda normativa che ha determinato la metamorfosi di una intera area in precedenza interessata dall'esercizio di un potere amministrativo (sebbene sfociante in atti tendenzialmente paritetici), in vera e propria gestione del rapporto di lavoro, ossia di un contratto, e della genesi, evoluzione e progressione delle relative obbligazioni. Il passaggio della giurisdizione al GO non è che il riflesso della mutata configurazione delle posizioni giuridiche.”

<sup>21</sup> *Ex multis*, T.A.R., Basilicata, sentenza, 2 agosto 1996, n. 214; Tribunale di Napoli, 31 agosto 2004 secondo cui: “Il riparto fra la giurisdizione del g.o. e quella del g.a., secondo un orientamento, ormai, consolidatosi della S.C., va operato non già in base alla teoria della prospettazione, ma a quella dei c.d. “*petitum*” sostanziale, avendosi riguardo, cioè, alla effettiva consistenza delle situazioni soggettive fatte valere in giudizio, nonché alla concreta funzione devoluta al giudice adito (nella fattispecie, si è escluso che l'allegazione dell'esistenza di meri comportamenti materiali, presuntivamente illeciti, sia in grado di attribuire la controversia alla cognizione dell'autorità giudiziaria).”

<sup>22</sup> S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato italiano*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2017, 2, 534 secondo la quale: “Un'applicazione rigorosa del criterio della *causa petendi* vorrebbe che fossero assegnate al G.O. tutte e sole le controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi, e al G.A. tutte e sole le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi”; G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, 3, 889 secondo il quale: “Altro tema è quello dei conflitti e delle questioni di giurisdizione: certamente si tratta di un problema annoso e reale, che da sempre crea disfunzioni profonde, ritardi e incertezze (182), stante la estrema porosità del criterio del *petitum* sostanziale, accolto dall'art. 103 Cost., e la sovente illusoria soluzione del problema rappresentata dal “ritaglio” per materie proprio della giurisdizione esclusiva [...]”.

Sul punto, la giurisprudenza<sup>23</sup> sembra ormai costante nel ritenere che la teoria del *petitum* sostanziale<sup>24</sup> debba considerarsi la più efficace in ordine al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

In senso favorevole alla teoria del *petitum* sostanziale è recentemente intervenuta anche la Cassazione a Sezioni Unite secondo la quale, ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non tanto la prospettazione compiuta dalle parti, quanto il “*petitum*” sostanziale, che va identificato soprattutto in funzione della “*causa petendi*”, ossia dell’intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio<sup>25</sup>.

Ciò ha comportato il superamento della teoria della prospettazione (o del *petitum* formale) in favore della teoria del *petitum* sostanziale, anche se quest’ultima – come si vedrà – necessita di essere integrata e rafforzata con una serie di criteri (di riparto) elaborati dalla dottrina<sup>26</sup> e dalla giurisprudenza.

---

<sup>23</sup> T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, sentenza 8 febbraio 2019, n. 251 secondo cui: “Ai fini della individuazione di quale sia il giudice munito di giurisdizione in relazione alle controversie concernenti il diritto all’inserimento in una graduatoria ad esaurimento (già permanente), occorre avere riguardo al *petitum* sostanziale dedotto in giudizio.”; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza, 15 maggio 2019, n. 3155 secondo cui: “Per la valutazione della sussistenza di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, non è rilevante la prospettazione della situazione giuridica soggettiva fatta da chi propone la domanda in giudizio, ma l’effettiva natura di tale situazione soggettiva, dunque la sua reale consistenza di diritto soggettivo o interesse legittimo, come risulta dai fatti allegati che danno conto del rapporto giuridico dedotto in giudizio; in virtù di quanto detto, il criterio di riparto della giurisdizione è comunemente individuato nel c.d. *petitum* sostanziale.”.

<sup>24</sup> T.A.R. Marche, sez. I, sentenza, 30 gennaio 2019, n. 85 secondo cui: “La giurisdizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo vanno, in termini generali, determinate non già in base al criterio della c.d. prospettazione del ricorso – ossia alla stregua della qualificazione giuridica soggettiva che l’istante attribuisce all’interesse di cui invoca tutela – bensì in ragione dell’effettivo *petitum* sostanziale, ossia dello specifico oggetto e della reale natura della controversia, da identificarsi in funzione della concreta *causa petendi*, costituita dal contenuto della posizione soggettiva dedotta in giudizio e individuabile in relazione alla protezione sostanziale accordata in astratto alla posizione medesima dalla disciplina legale da applicare alle singole fattispecie.”.

<sup>25</sup> Cassazione Civile Sezioni Unite, 15 settembre 2017, n. 21522 secondo cui: “Ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo rileva non tanto la prospettazione compiuta dalle parti, quanto il “*petitum*” sostanziale, che va identificato soprattutto in funzione della “*causa petendi*”, ossia dell’intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio; ne consegue che la controversia concernente l’ammissione alle agevolazioni di cui alla l. n. 296 del 2006 appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto l’inserimento del datore di lavoro nella procedura per la emersione del lavoro irregolare non discende da una valutazione discrezionale della pubblica amministrazione, ma dall’accertamento del diritto soggettivo di accesso alla procedura stessa che non rientra, inoltre, tra le materie per le quali è prevista la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 133 cod. proc. amm.”.

<sup>26</sup> F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, 1, 115 secondo cui: “[...] E ci si riferisce ancora a criteri di distinzione, in parte figli di quella deleteria distinzione tra atti di imperio e atti di gestione (probabilmente tra i maggiori fattori di crisi della legislazione del 1865), tra attività

### 2.3. Il criterio che si fonda sulla distinzione tra cattivo uso di potere e carenza di potere

Un ulteriore importante criterio, seguito da una buona parte della dottrina<sup>27</sup> e dalla giurisprudenza<sup>28</sup> (pressoché maggioritaria), attiene alla differenza tra cattivo uso di potere e carenza di potere.

È noto che la carenza di potere viene in rilievo ogniqualvolta l'amministrazione agisce in assenza di un potere attribuito dalla norma; tale vizio comporta la nullità del provvedimento amministrativo in violazione dell'art. 21 *septies*, c. 1, l. n. 241/1990 ed è in evidente violazione del principio di legalità (formale e sostanziale)<sup>29</sup>.

---

vincolata e attività discrezionale, o tra carenza (suddivisa in concreto e in astratto) e cattivo uso del potere. Ma, a ben guardare, è la stessa distinzione tra diritti e interessi legittimi come criterio di riparto, che peraltro troviamo nella Costituzione, a subire una radicale trasformazione concettuale nell'ottica rimediabile del processo e nella centralità della sfera giuridica del cittadino riguardata nel suo complesso.”; F. SAIJA, *Giurisprudenza ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, 592.

<sup>27</sup> R. DE NICOLIS, *Legge generale sul procedimento amministrativo e legislazione regionale: alla ricerca del procedimento amministrativo nella Costituzione*, in *Foro amministrativo TAR*, 2004, 5, 1609, secondo la quale: “O, ancora, alla tematica della tipologia dei vizi dell'atto amministrativo, che incide sul tipo di rimedio giurisdizionale, e sulla stessa sussistenza del rimedio giurisdizionale. Nel quadro attuale, nullità = carenza di potere = giudice ordinario; annullabilità = cattivo uso del potere = giudice amministrativo.”; F. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2009, 4, 978 secondo il quale: “Alla fine degli anni Quaranta, in asse con il dettato costituzionale, la Cassazione ha portato alle estreme conseguenze la teoria della degradazione ed ha organizzato il riparto in base alla dicotomia «carenza di potere / cattivo uso di potere», che rispettivamente vedono coinvolte situazioni di diritto conoscibili dall'autorità giudiziaria e situazioni di interesse legittimo, da devolvere alla giurisdizione amministrativa. È questa la genesi delle famose equazioni, che tanto successo hanno avuto fino in anni recentissimi: «carenza di potere – diritto soggettivo – giudice ordinario»; «cattivo uso del potere – interesse legittimo – giudice amministrativo”.; A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, 1952, oggi pubblicato in *Scritti giuridici*, vol. V, Napoli, 1990, 200 secondo il quale “È evidente che alla discriminazione delle competenze non si possa procedere sulla base della richiesta dell'istante – e cioè a seconda che questi intenda far valere la carenza del potere dell'amministrazione, ovvero, senza sollevare tale questione, si limiti a dolersi del cattivo uso del potere che l'Amministrazione avrebbe inteso esercitare – bensì sulla base della posizione a lui realmente fatta dall'ordinamento: e cioè sulla base della circostanza che l'ordinamento neghi o consenta all'Amministrazione il potere di interferire nella sua sfera di azione”.

<sup>28</sup> Cassazione Sezioni Unite, sentenza, 4 luglio 1949, n. 1657 e Cassazione Sezioni Unite 5 marzo 2018, n. 5097. Certamente il primo indirizzo fornito dalla pronuncia del 1949 si appalesa più in linea con la tutela dei diritti fondamentale di cui agli artt. 13-21 Cost. Il progressivo mutamento della giurisprudenza dalla Cassazione a Sezioni Unite si deve all'ampliamento della giurisdizione esclusiva del g.a. Essa rimane comunque ancora “opaca” perché è sempre il giudice di prima e seconda istanza (salvo il controllo della Suprema Corte sui limiti esterni di giurisdizione) a statuire quando ci si trovi di fronte alla lesione di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo. Questo può tradursi in un “appannamento” del principio di legalità come sottolineato da F.G. SCOCA, *Voce Attività amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, VI, Milano 2002, 1 ss.

<sup>29</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza, 3 marzo 2010, n. 1247 secondo cui: “L'art. 21 *septies*, l.

Di converso, sia ha cattivo uso (*rectius*, scorretto uso) del potere quando l'amministrazione esercita illegittimamente il potere conferito dalla norma di azione. Conseguentemente, in caso di scorretto uso del potere, il provvedimento emanato dall'amministrazione sarà viziato ex art. 21 *octies* l. n. 241/1990 comportandone l'illegittimità<sup>30</sup>.

È stato altresì sostenuto che in caso di sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità ovvero di sua caducazione in sede giurisdizionale, non si verifica una fattispecie di carenza di potere, bensì – richiamando l'insegnamento tradizionale – di cattivo uso del potere<sup>31</sup>.

Tale criterio, quindi, garantisce senz'altro un importante ausilio per gli operatori del diritto in tema di riparto di giurisdizione<sup>32</sup> tra giudice ordinario e giudice amministrativo<sup>33</sup>.

---

n. 241 del 1990, pur individuando i casi di nullità del provvedimento amministrativo, non indica se sulla nullità abbia giurisdizione il g.o. o quello amministrativo, salvo quanto alla nullità per violazione o elusione del giudicato, che viene espressamente intestata al giudice amministrativo. Si applicano, pertanto, gli ordinari criteri di riparto di giurisdizione, per cui: a) in caso di giurisdizione generale di legittimità, il g.a. conosce solo dell'illegittimità del provvedimento, mentre la nullità è attribuita al g.o. secondo il consueto criterio carenza di potere - nullità – g.o., cattivo uso del potere - annullabilità – g.a.; b) in caso di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, questo conosce sia dell'illegittimità che della nullità del provvedimento.”. In dottrina sulla illegittimità del provvedimento amministrativo si veda tra tanti: M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004, 1 ss.; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 1 ss.; M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa, 2013, 1 ss.; N. PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2007, 1 ss.

<sup>30</sup> Tribunale di Palermo, sentenza, 11 ottobre 2016 secondo cui: “La stessa giurisprudenza ha rilevato che la giurisdizione del giudice ordinario ovvero del giudice amministrativo deve essere verificata con riferimento all'oggetto della domanda, delineato alla stregua della “*causa petendi*” o “*petitum*” sostanziale individuato in base agli elementi oggettivi che caratterizzano la sostanza del rapporto giuridico posto a fondamento della pretesa fatta valere. Il predetto criterio della “*causa petendi*” o “*petitum*” sostanziale deve essere integrato, o meglio attuato, tramite la distinzione della carenza e cattivo uso del potere; il primo è il caso in cui l'amministrazione agisca spendendo un potere che non le è stato attribuito da alcuna norma, mentre la seconda ipotesi si verifica allorché la a. eserciti male ed illegittimamente un potere attribuito da una norma di azione. L'applicazione del criterio di cui sopra e della distinzione tra carenza e cattivo uso del potere, porta quindi ad individuare i casi in cui, dinanzi al potere amministrativo, esista una situazione di diritto soggettivo o di interesse legittimo.”.

<sup>31</sup> T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, sentenza, 23 ottobre 2012, n. 1707.

<sup>32</sup> M. L. MADDALENA, *La disciplina della espropriazione per pubblica utilità nei principali paesi europei, alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con particolare riferimento alla questione della c.d. espropriazione di fatto*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, 2, secondo la quale: “In questo quadro, ci si può chiedere allora se davvero solo noi meritavamo tutte condanne che ci sono state inflitte della CEDU o se non si sia trattato invece di un problema di “prospettazione” della questione nei giudizi coinvolgenti l'Italia, problema probabilmente aggravato dalle difficoltà di comprensione delle nostre categorie giuridiche, nate in un sistema retto da un riparto di giurisdizione fondato sul binomio carenza di potere — cattivo esercizio del potere, così come interpretate dalle pronunce della Cassazione in materia.”.

<sup>33</sup> F. CARINGELLA, *Corso di Diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, II, Milano, 2011,

#### 2.4. *La teoria che si fonda sulla distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale*

La dottrina e la giurisprudenza hanno adottato anche un altro criterio di riparto di giurisdizione, questa volta incentrato sulla distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale<sup>34</sup>.

In base a tale criterio, nel caso in cui l'attività dell'amministrazione sia interamente vincolata, la giurisdizione è del giudice ordinario<sup>35</sup> in quanto il provvedimento emanato lede la posizione giuridica di diritto soggettivo (ad eccezione, ovviamente, delle controversie rientranti nella giurisdizione c.d. esclusiva ai sensi dell'art. 133 c.p.a.).

Si parla di attività interamente vincolata ogniqualvolta la p.a. emana un provvedimento amministrativo sulla base di un'attività procedimentale "vincolata" dalla norma attributiva del potere. In tali casi, l'amministrazione non ha alcun

---

2766 secondo il quale: "Si tratta in definitiva di valutare se il legislatore ordinario, nel risolvere il problema di contemperare esigenze di stampo pubblicistico e tutela dei diritti della persona da un lato, e garanzia delle altre posizioni soggettive in rilievo dall'altro, abbia rispettato il canone della ragionevolezza oltre ai limiti stabiliti dal legislatore costituzionale; risolto positivamente l'interrogativo, la sorte degli atti amministrativi che (sulla base del principio di tipicità e nominatività ed in ottemperanza alla norma attributiva del potere) abbiano tradotto in statuizioni concrete la scelta (rectius, il contemperamento fra principi) operata a monte dal legislatore, non può, sul piano della giurisdizione, che essere affidata al criterio che distingue carenza (in astratto o, secondo alcuni, in concreto) e cattivo uso del potere. Se la legge c'è, ed è rispettosa dei parametri costituzionali, anche il potere, rispettoso delle condizioni stabilite dal legislatore, sortisce effetti degradatori sottoposti alla giurisdizione del giudice amministrativo."

<sup>34</sup> V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984, 463 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 1 ss.; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Diritto pubblico*, 1998, 129 ss.; C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, 1936, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1972, 997 ss.; M. E. SCHINAIA, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1999, 1101 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, 39 ss.; S. TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, 1385 ss.

<sup>35</sup> Secondo T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, sentenza, 23 settembre 2015, n. 1034, "in materia di delimitazione del demanio rispetto alla proprietà privata, la pubblica amministrazione non esercita un potere autoritativo costitutivo, ma si limita ad accertare l'esatto confine demaniale, posto che siffatto accertamento, pur svolgendosi con le forme del procedimento amministrativo, ha carattere vincolato, non comporta la spendita di potere amministrativo discrezionale ed è inidoneo a degradare il diritto di proprietà privata in interesse legittimo, trattandosi appunto, di un atto di accertamento e non di un atto ablatorio, da qualificare come autotutela privatistica speciale e non come attività provvedimentale discrezionale; pertanto, secondo l'ordinario criterio di riparto di giurisdizione fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, in difetto di norma attributiva al g.a. di giurisdizione esclusiva, le controversie di cui all'art. 32 c. nav. rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario".

marginale discrezionale (o di scelta), ma si limita ad emettere il provvedimento sulla base della mera applicazione della norma posta alla base dell'attività che intende intraprendere.

Differentemente, tutte le volte in cui la norma attributiva del potere lascia alla p.a. la libertà di adottare un provvedimento amministrativo con determinate modalità, entro un dato termine e con un certo contenuto si parla di attività discrezionale.

Pertanto, nell'esercizio del potere discrezionale (o parzialmente discrezionale) l'amministrazione adotta un provvedimento amministrativo idoneo ad incidere sulla posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo e, per tali ragioni, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo<sup>36</sup>.

Ed è proprio da tale teoria che occorre prendere le mosse al fine di poter meglio comprendere la problematica rilevata nella recente sentenza della Corte di Cassazione.

Come si avrà modo di osservare, infatti, risulta difficile immaginare che l'applicazione dello *spoils system* sia espressione di un'attività interamente vincolata, con conseguente radicamento della giurisdizione ordinaria.

---

<sup>36</sup> Consiglio di Stato, sez. V, sentenza, 30 agosto 2013, n. 4327 secondo cui: "il criterio di ripartizione della giurisdizione fra g.a. e g.o. nell'ipotesi di attribuzione o revoca di contribuzioni pubbliche, comunque denominate, deve essere individuato nel carattere discrezionale o vincolato della relativa attività, ovvero nel fatto che la spettanza dell'elargizione sia riconosciuta direttamente dalla legge, senza che residui spazio per ulteriori valutazioni da parte dell'amministrazione precedente, ovvero presupponga l'accertamento, appunto, discrezionale, da parte della stessa Amministrazione, dei relativi presupposti per cui le controversie riguardanti la revoca delle suddette contribuzioni rientrano nella sfera di giurisdizione del g.a. quando presuppongano accertamenti condotti su apprezzamenti discrezionali quanto meno sotto il profilo tecnico". Secondo Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza, 20 settembre 2013, n. 21592, "in tema di riparto della giurisdizione, la controversia avente ad oggetto la scelta dei criteri per la determinazione del compenso, fisso e aggiuntivo, spettante ai componenti delle commissioni tributarie per l'attività svolta, appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo trattandosi di emolumenti di natura indennitaria, la cui determinazione non è automatica ma resta affidata al potere discrezionale dell'autorità che ha proceduto alla nomina dei componenti medesimi, il cui esercizio deve avvenire in base a parametri correlati alla qualità, quantità e complessità del lavoro svolto ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 545".

4. *Il caso dello spoils system nelle società a partecipazione pubblica. L'esercizio del potere (discrezionale) e la dichiarata giurisdizione del giudice ordinario: una tesi che non convince*

Un'autorevole dottrina<sup>37</sup> ha evidenziato che l'introduzione dello *spoils system* abbia comportato non pochi problemi nel nostro ordinamento<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 1, 1 secondo cui: "[...] la separazione tra politica e amministrazione, oltre ad essere influenzata dall'amministrare legiferando, è stata annullata o superata dall'introduzione del cosiddetto «spoils system». La distinzione tra indirizzo e controllo, affidati ai vertici politici, e gestione, affidata all'amministrazione era contenuta nel d.lgs. n. 29/1993 e poi ripetuta nel d.lgs. n. 165/2001. Alla separazione formale si è sostituita la commistione, per motivi che attengono in parte al contesto, e quindi estranei all'amministrazione, e in parte attinenti alla stessa amministrazione. Lo «spoils system» (o, meglio, le sue diverse versioni) ha liberato l'organo politico del peso delle responsabilità, mentre ne ha rafforzato l'incidenza nelle decisioni amministrative (nella gestione), a causa della «dipendenza» dell'alta e media amministrazione dal livello politico».

<sup>38</sup> Sullo *spoils system* in generale si veda tra tanti: G. AMOROSO, *Dirigenza pubblica e Spoils System nella giurisprudenza costituzionale*, in *Foro Italiano*, 2009 I, 1332 ss.; S. BATTINI, *In morte del principio di distinzione fra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo Spoils System*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 8, 911 ss.; ID, *L'invasione degli apicali: la Corte costituzionale riabilita lo spoils system*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 3, 281 ss., secondo cui: "Nella nomina da parte dell'autorità politica è "insito il carattere fiduciario" (sent. n. 23 del 2019 e sent. n. 20 del 2019). A sua volta, il carattere fiduciario della carica giustifica sia l'applicazione di un regime di trasparenza che maggiormente comprime la tutela della riservatezza (sent. n. 20 del 2019). Infine, hanno carattere fiduciario, e vanno ricompresi fra le posizioni dirigenziali apicali, i titolari di funzioni di controllo e verifica di legittimità, come quelle dei segretari comunali non direttori (sent. n. 23 del 2019); di funzioni eminentemente gestionali, come quelle dei segretari comunali direttori (sent. n. 23 del 2019); di compiti di "gestione di risorse umane e strumentali", come quelle dei dirigenti generali dei Ministeri ed equivalenti (sent. n. 20 del 2019). Vanno aggiunte ovviamente le posizioni dirigenziali presso gli uffici di diretta collaborazione. Rimane forse qualcuno che non sia apicale?"; D. BOLOGNINO, *Nuove ordinanze di rimessione alla corte costituzionale: alcune riflessioni sulle "estensioni" legislative dello Spoils System e sulla valutazione del personale con incarico dirigenziale*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, 1, 58; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, 1 ss.; P. CERBO, *Come fare di necessità virtù, ovvero lo Spoils System in Italia*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2008, III, 3 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *La funzione amministrativa tra politica e amministrazione*, in *La dirigenza pubblica: analisi e prospettiva*, a cura di M. Chiti e R. Urtsi, Torino, 2007, 25 e ss.; C. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Roma, 1973, 1 ss.; G. D'AURIA, *Ancora su nomine fiduciarie dei dirigenti pubblici e garanzie contro lo Spoils System*, in *Foro Italiano*, 2010, I, 2279; G. GARANCINI, *Ancora in tema di Spoils System: le più recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Iustitia*, 2007 294 ss.; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, 2003, 1 ss.; C. MARI, *Il risarcimento del danno da Spoils System*, in *Il Commento a Tribunale di Roma, sez. lav., sentenza 19 luglio 2007*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 4, 419 ss.; F. MERLONI, *Spoils System: il timore dell'overruling impedisce alla Corte di fare chiarezza*, in *Le Regioni*, 2010, 1136 ss.; ID, *Gli incarichi dirigenziali nelle ASL tra fiduciarità politica e competenze professionali*, in "Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario", a cura di A. Pioggia et al., Milano, Franco Angeli, 2008, 1 ss.; ID, *Interesse pubblico, funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, Napoli, 2009 D. MEZZACAPO, *L'alta dirigenza statale tra politica e amministrazione (osservazioni sullo "Spoils System all'italiana")*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2003, 209 ss.; C. NAPOLI, *Spoils System e Costituzione. Contributo allo studio dei rapporti tra politica e amministrazione*, Torino, 2017, 1 ss.; E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*,

È noto che lo *spoils system*<sup>39</sup> – in base alla disciplina generale – costituisce un meccanismo di cessazione “automatica” dalla funzione di incarico apicale, consentendo al nuovo governo di poter confermare o revocare le nomine degli organi di vertice, conferite dal precedente esecutivo, nei sei mesi che precedono la fine della legislatura.

Attraverso la riformulazione dell’art. 19, comma 8, d.lgs. n. 165/2001, operata dalla l. n. 145/2002, il legislatore ha sancito, per gli incarichi apicali sovra dirigenziali, il potere di sostituzione dei titolari, determinando un ulteriore avanzamento della linea di confine tra politica ed amministrazione, a vantaggio della prima e a danno di quest’ultima<sup>40</sup>.

---

Padova, 1988, 1 ss.; C. PINELLI, *L’avallo del sistema delle spoglie, ovvero la vanificazione dell’art. 97 Cost. Commento a Corte Cost. 16 giugno 2006, n. 233*, in *Corte Costituzionale*, 2006, 3/4, 2327 ss.; S. ROCCHI, *Il punto sullo Spoils System regionale, L’evoluzione della giurisprudenza costituzionale e i recenti interventi legislativi*, in *Il diritto della regione Veneto*, 2011, 6, 1 ss.; F.G. SCOCA, *Politica e amministrazione nelle sentenze sullo Spoils System*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 1015 ss.; V. TALAMO, *Lo Spoils System all’italiana” fra legge Bassanini e legge Frattini*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, I, 237.

<sup>39</sup> E. PICOZZA, *Commento alle sentenze n. 103 e 104 della Corte Costituzionale*, in *www.neldiritto.it*, 2007, 1 ss.; G. SORICELLI, *Lo spoils system tra politica e amministrazione. Profili ricostruttivi e nuove prospettive*, Roma, 2018, 216 ss. il quale acutamente osserva che: “[...] in una prospettiva *de iure condendo*, occorre ripensare sia i rapporti tra politica e amministrazione che la stessa figura dello *Spoils System*. Sotto il primo profilo, le nuove riforme amministrative, non ultima il complessivo disegno riformatore della legge Madia che ha avuto una momentanea interruzione per incostituzionalità del decreto attuativo (Legge n. 124 del 2015 e decreto attuativo), dovranno ridefinire i rapporti tra politica e amministrazione tentando di delinearne con certezza i confini di operatività ma garantendo, nel contempo, “momenti di unità che impediscono la frammentazione dell’amministrazione stessa e il distacco “funzionale” tra le due sfere. Sotto il secondo profilo, occorre ripensare la decadenza automatica degli incarichi dirigenziali apicali. Se si parla di fiducia “professionale e tecnica” che deve caratterizzare l’apicale, ogni forma di decadenza automatica non potrà che apparire come un *vulnus* all’elemento fiduciario, per cui alla scadenza automatica del mandato politico, anche per gli apicali, non dovrà necessariamente scattare la decadenza “in corso d’opera”, (quando non si conoscono ancora gli esiti della propria prestazione lavorativa) in via automatica ma solo al termine di un autonomo procedimento disciplinare che accerti almeno un atteggiamento colpevole e riprovevole del dirigente per non aver contribuito fattivamente e positivamente al raggiungimento degli obiettivi programmati dal *Government*. Inteso, quest’ultimo, come funzione tradizionalmente espressiva dell’attività di indirizzo politico si dovrebbe passare ad una “*Governance* di sistema, dove il risultato dell’amministrazione deve andare ben al di là del riparto di compiti e di attribuzioni tra politica e amministrazione per abbracciare una maggiore integrazione tra la prima e la seconda.”.

<sup>40</sup> F. BACCHINI, *Lo spoils system e l’elemento della fiduciarietà: profili problematici e spunti di riflessione fra Corte costituzionale ed evoluzione normativa*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 5, 793; L. CASINI, *Politica e amministrazione: “The Italian Style”*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 1, 13 secondo il quale: “Una seconda difficoltà, di carattere esogeno, discende dalla successiva introduzione di numerosi meccanismi di c.d. spoils system, che hanno rafforzato la dipendenza del vertice amministrativo dalla dirigenza politica; anche se una lettura approfondita di questi fenomeni non assolve l’amministrazione, spesso complice di talune scelte compiute dai vertici politici.”; S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 1341; M. SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, 2, 641 secondo cui: “Lo spoils system sopravvive soltanto per gli incarichi dirigenziali «apicali», posti a diretto contatto con il

Nel caso oggetto del presente lavoro, Tizio, in qualità di amministratore di una società partecipata dalla Regione Calabria, decadeva “automaticamente” dalla sua carica in virtù dell’applicazione dello *spoils system* disciplinato della legge regionale Calabria n. 12 del 2005<sup>41</sup>.

In particolare, il comma 1 dell’art. 1<sup>42</sup> della succitata legge costituiva un’ipotesi di *spoils system* applicabile nei nove mesi antecedenti alla data delle elezioni per il rinnovo degli organi di indirizzo politico della Regione<sup>43</sup>. Successivamente alla data delle elezioni, gli organi di vertice decadevano automaticamente al momento della proclamazione del Presidente della Giunta regionale.

La Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del suindicato comma, incidendo su quest’ultimo con due distinte sentenze: l. n. 34 del 5 febbraio 2010 e, successivamente, la n. 269 del 15 dicembre 2016. In particolare, per quel che qui interessa, la sentenza della Corte Costituzionale n. 269/2016 – richiamando sul punto ulteriori pronunce della Corte tra cui la n. 34/2010 – precisa che la nomina a Presidente del Consiglio di Amministrazione della Fincalabra Spa ha sì carattere fiduciario, ma avviene mediante avviso pubblico a seguito del quale

---

*vertice politico (criterio organizzativo); o, meglio, per quegli incarichi che comportano la partecipazione del dirigente generale alla determinazione degli indirizzi da parte dell’organo politico, e non una mera attività di gestione (criterio funzionale)”.*

<sup>41</sup> F. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell’amministratore nominato dallo Stato, (osservazioni sugli artt. 2458 ss. del Codice Civile)*, in *Rivista di diritto civile*, 258 ss.

<sup>42</sup> Art. 1 l. r. Calabria n. 12/2005: “Le nomine degli organi di vertice e dei componenti o dei rappresentanti della Regione nei consigli di amministrazione o negli organi equiparati degli enti pubblici, degli enti pubblici economici, delle aziende sanitarie, ospedaliere ed assimilabili dei consorzi, delle società controllate o partecipate, delle agenzie, degli ambiti territoriali ottimali, delle fondazioni e di ogni altro soggetto od organismo, comunque denominato, individuale o collegiale, di diritto pubblico o privato, appartenente o meno alla struttura amministrativa della Regione ed a qualsiasi livello, nonché dei componenti di comitati, commissioni, gruppi di lavoro ed organismi regionali od interregionali, conferite, rinnovate o comunque rese operative, anche di intesa o di concerto con altre autorità o previa selezione, o comunque resi operativi degli organi di indirizzo politico regionale, nonché dal capo di gabinetto del Presidente della Giunta regionale e dai dirigenti dei dipartimenti, nei nove mesi antecedenti la data delle elezioni per il rinnovo degli organi di indirizzo politico della Regione e successivamente rispetto a tale data, fino all’insediamento di questi ultimi, decadono alla data di proclamazione del Presidente della Giunta regionale ed i conseguenti rapporti di natura patrimoniale sono risolti di diritto”. La Corte Costituzionale con sentenza n. 34 del 5 febbraio 2010 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del presente comma. Successivamente, la Corte Costituzionale, con sentenza 15 dicembre 2016, n. 269 (in *Gazz. Uff.*, 21 dicembre, n. 51) ha dichiarato nuovamente l’illegittimità costituzionale del presente comma.

<sup>43</sup> E. A. APICELLA, *Conferme e novità in tema di conferimento di incarichi dirigenziali dopo la “Riforma Brunetta”*, in *Foro amministrativo CDS*, 2010, 6, 1327 secondo cui: “Va tuttavia rilevato che nel conferimento degli incarichi di dirigente generale, molti dei quali soggetti a *spoils system* in conseguenza del rinnovo degli organi di rappresentanza politica, non sembra che i nuovi governi regionali stiano adempiendo agli obblighi di pubblicità dei posti da assegnare e dei criteri di scelta da utilizzare. Si tratta, come dicevamo, di disposizioni non direttamente applicabili agli enti diversi dallo Stato, ma spesso in materia di affidamento degli incarichi la normativa regionale opera un rinvio recettizio alla disciplina statale.”.

la valutazione dei candidati viene affidata ad un Dipartimento istituito presso la Giunta regionale. Ne deriva che tale nomina “[...] subordinata al possesso di specifici requisiti di competenza e professionalità e preceduta da «avviso pubblico», presuppone dunque una forma di selezione che, per quanto non abbia natura concorsuale in senso stretto, è tuttavia basata sull’apprrezzamento oggettivo, ed eventualmente anche comparativo, delle qualità professionali e del merito degli aspiranti. È perciò da escludere che la scelta possa avvenire in base ad una mera valutazione soggettiva di consentaneità politica e personale fra nominante e nominato.”

E ancora: “[...] il presidente del consiglio di amministrazione di Fincalabra spa non collabora direttamente al processo di formazione dell’indirizzo politico, ma ne deve garantire l’attuazione nei settori pertinenti alle funzioni assegnate a Fincalabra spa. A tal fine, non è necessaria, da parte del dirigente, la condivisione degli orientamenti politici della persona fisica che riveste la carica politica o la fedeltà personale nei suoi confronti.”

La Corte ha altresì evidenziato che il Presidente del Consiglio di Amministrazione della Fincalabra Spa non solo è una figura tecnico-professionale, titolare di funzioni gestionali e di esecuzione, ma è anche responsabile del perseguimento di obiettivi definiti in appositi atti di pianificazione ed indirizzo, deliberati dagli organi di governo della Regione<sup>44</sup>: ciò esclude che possa ritenersi titolare di funzioni di collaborazione all’elaborazione di indirizzi politici.

Pertanto, la Corte, nel ritenere l’illegittimità costituzionale della norma richiamata, ha operato una distinzione tra i titolari di funzioni di stretta collaborazione alla programmazione degli indirizzi politici e i titolari di funzioni di gestione ed esecuzione volti a perseguire gli obiettivi politici decisi a monte dagli stessi titolari di funzioni di indirizzo: nel primo caso, secondo la Corte, l’applicabilità dello *spoils system* può ritenersi corretta in quanto il titolare svolge funzioni di indirizzo politico; nel secondo caso, invece, la norma è illegittima in

---

<sup>44</sup> F. BONELLI, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, nota a Cass. 15 luglio 1982, n. 4139, in *Giurisprudenza commerciale*, 1983, II, 511; P. PETTITI, *Nomina, revoca e “prorogatio” degli amministratori pubblici*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2015, 2, 458; R. RANUCCI, *Gli amministratori delle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò – A. Catricalà, 2017, vol. I, 459. In senso contrario M. COPPOLA, *Sulla natura privatistica degli atti di nomina e revoca di amministratori e sindaci di società a partecipazione pubblica. Commento a Cass. civ., Sez. Unite, 1° dicembre 2016, n. 24591*, in *Le Società*, 2017, 4, 489, è dell’avviso che l’assunto privatistico adottato dalla recente giurisprudenza trovi pieno riscontro nell’impostazione adottata nel Testo Unico; F. PASERO, *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul tema del c.d. spoils system in caso di revoca degli amministratori delle società a partecipazione pubblica*, in *Le Società*, 2020, 2, 159; A. ROSSI, *Le società a partecipazione pubblica ancora a metà del guado: spoil system e giusta causa di revoca, nota a sentenza Ap Milano 5 aprile 2016, n. 1299*, in *Le Società*, 2016, 11, 1252. L’Autore aveva ritenuto non condivisibili le conclusioni raggiunte dalla sentenza ponendo l’accento sulla sostanziale differenza tra le società partecipate – “dalla connotazione funzionale del tutto eccentrica” – e le società di capitali, evidenziando la particolare rilevanza che, per le prime, assume il rapporto che intercorre tra amministratore nominato e maggioranza azionaria. Infatti, “(...) in un contesto di partecipazione totalitaria dell’ente pubblico, gli amministratori si fanno veri e propri interpreti dell’azione amministrativa, piuttosto che dell’interesse sociale, pur in un sistema che, a seguito della scelta dello strumento d’azione adottato dalla A., impone loro di rispettare gli obblighi di conservazione del capitale sociale e, con essi, le aspettative dei creditori sociali?”.

quanto la nomina della persona fisica deputata allo svolgimento delle funzioni di gestione ha carattere fiduciario ma è slegata dalle funzioni di indirizzo e si basa su una valutazione svolta dall'amministrazione subordinata al possesso di specifici requisiti di competenza e professionalità e preceduta da avviso pubblico<sup>45</sup>.

Pertanto, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge regionale Calabria n. 12 del 2005, nel caso di specie sembra applicabile l'art. 6 di cui alla l. n. 145/2002 in base al quale "Le nomine degli organi di vertice e dei componenti dei consigli di amministrazione o degli organi equiparati degli enti pubblici, delle società controllate o partecipate dallo Stato, delle agenzie o di altri organismi comunque denominati, conferite dal Governo o dai Ministri nei sei mesi antecedenti la scadenza naturale della legislatura, computata con decorrenza dalla data della prima riunione delle Camere, o nel mese antecedente lo scioglimento anticipato di entrambe le Camere, possono essere confermate, revocate, modificate o rinnovate entro sei mesi dal voto sulla fiducia al Governo".

È altresì utile menzionare la disciplina generale di cui gli artt. 19 e 21 d.lgs. n. 165/2001. In particolare, occorre ricordare che l'art. 21 del citato decreto stabilisce che il mancato raggiungimento degli obiettivi (accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione di cui al Titolo II del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni) ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente comportano (previa contestazione e ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo quanto stabilito dal contratto collettivo) l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale.

Ed è proprio l'elemento della valutazione, della ponderazione e della scelta che sembra essere determinante ai fini del riparto di giurisdizione in tale materia. La valutazione si estrinseca, quindi, nel capire se il titolare di funzioni gestionali ed esecutive abbia o meno svolto diligentemente il proprio lavoro in linea con l'indirizzo politico precedente e futuro.

Ne deriva che è indispensabile riconoscere se l'applicazione dello *spoils system* a livello nazionale e/o a livello regionale<sup>46</sup> o locale nei confronti di titolari di funzioni

---

<sup>45</sup> Peraltro, occorre ricordare che Cassazione Civile, Sez. Lav., sentenza, 31 gennaio, 2017, n. 2510 aveva aderito a tale orientamento ritenendo che: "I principi fissati dalla giurisprudenza costituzionale hanno trovato nel tempo rispondenza nell'evoluzione della normativa statale, in quanto l'attuale formulazione dell'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001 prevede che la cessazione del rapporto di ufficio in corso di svolgimento può essere conseguenza soltanto di accertata responsabilità dirigenziale: la vigente disciplina statale, dunque, ha escluso dal sistema di regolazione della dirigenza tutte le fattispecie di *spoils system*, con la sola eccezione, ammessa sul piano costituzionale, degli incarichi di vertice". Nel presente giudizio, la Corte di Cassazione ha ritenuto legittima l'applicazione dello *spoils system* con riferimento alla revoca automatica dell'incarico di un dirigente generale della Regione (appartenente o meno al ruolo regionale della dirigenza), capo dipartimento, il quale "[...] ha la funzione di coordinare e dirigere il dipartimento, assicurando l'unitarietà di azione e a tal fine assistere gli organi di direzione politica".

<sup>46</sup> S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Rivista trimestrale*

di gestione e di esecuzione sia caratterizzata da esercizio del potere dotato di un (sempur) minimo di discrezionalità o, in caso contrario, esso sia il risultato di un'attività interamente vincolata in quanto mera applicazione della normativa di riferimento.

Per poter comprendere tale aspetto – secondo chi scrive – risulta necessario interrogarsi sulla natura giuridica dello *spoils system*.

A tal fine, occorre brevemente ricordare la distinzione tra atto politico<sup>47</sup> e atto di alta amministrazione<sup>48</sup>.

---

*di diritto pubblico*, 2012, 1, 39 secondo il quale: “[...] il c.d. *spoils system*, in virtù del quale l’incarico cessa automaticamente prima della scadenza, in ragione di un avvicendamento politico e, di nuovo, a prescindere dai risultati ottenuti dal titolare dell’ufficio. Quest’ultimo strumento è stato, inizialmente, limitato ai soli capi di dipartimento e segretari generali, in ragione della peculiare posizione di contiguità con il ministro che, come detto, connota tali figure. Ma lo *spoils system* ha poi conosciuto diverse varianti e, con queste, un più vasto ambito di applicazione. Allo *spoils system* a regime, connesso ad ogni mutamento di governo, si sono affiancati meccanismi di *spoils system una tantum*, disposti cioè con norme «usa e getta», utilizzabili una sola volta dalla stessa maggioranza di governo che le approva: questi meccanismi sono stati applicati anche alle posizioni dirigenziali meno elevate. Allo *spoils system* per i dirigenti di ruolo, si è affiancato lo *spoils system* per i dirigenti «esterni», che sono stati fatti oggetto di tale meccanismo a prescindere dal livello dell’incarico ricoperto. Allo *spoils system* previsto dal legislatore statale, si sono affiancati i diversi meccanismi di *spoils system* previsti dalle Regioni, che talvolta hanno reso fiduciarie tutte le principali cariche dell’amministrazione, comprese quelle delle aziende sanitarie.”; G. GARDINI, *La dirigenza locale in bilico tra uniformità e specialità*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2016, 1-2, 156 secondo cui: “per questi motivi la prassi diffusissima a livello locale di un largo ricorso alla «dirigenza a contratto» (i dirigenti ex art. 110 Tuel, speculari ai dirigenti ex 19, comma 6 TUIPI), rischia di dare vita ad uno *spoils system* locale eccessivo”.

<sup>47</sup> Sia consentito rinviare a N. M. D’ALESSANDRO, *Riflessioni sulla sindacabilità dell’atto politico*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2020, 4, in corso di pubblicazione; ID, *Riflessioni sulla sindacabilità dell’atto politico*, in *Scritti in Onore di E. Piozza*, Napoli, 2019, 485 ss. secondo cui: “[...] In primo luogo, sarebbe opportuno circoscrivere le ipotesi in cui può considerarsi un atto come espressione del potere politico. Tale intervento legislativo garantirebbe certezza nei rapporti giuridici e porrebbe definitivamente fine a quei provvedimenti di natura “ibrida” a confine tra gli atti politici e gli atti di alta amministrazione. In alternativa, occorrerebbe inserire nella Carta costituzionale o, quantomeno, nel codice del processo amministrativo, una previsione che legittimi l’impugnazione in sede giurisdizionale degli atti qualificati formalmente come politici (ma che in realtà si tratta in concreto di atti di alta amministrazione) ogniqualvolta questi ultimi ledano situazioni giuridiche soggettive in deroga all’attuale (e generale) previsione di cui all’art. 7, comma 1, del codice del processo amministrativo. L’inserimento nel codice del processo amministrativo di una siffatta previsione garantirebbe da un lato una tutela giurisdizionale per gli atti di natura politica lesivi di situazioni giuridiche soggettive, dall’altro lato sarebbe senz’altro in grado di armonizzare l’attuale art. 7, comma 1, del codice del processo amministrativo con gli artt. 24 e 113 della Costituzione. Preme, infatti, ribadire che già la Corte Costituzionale con la sentenza n. 81/2012 aveva “aperto una porta d’accesso” alla sindacabilità degli atti politici stabilendo che l’ambito di estensione del potere discrezionale – anche quello amplissimo che connota un’azione di governo – è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l’esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell’atto, sindacabile nelle sedi appropriate. Inoltre, tale argomentazione riuscirebbe a portare a compimento il lungo percorso argomentativo della dottrina e della giurisprudenza volto a ridurre considerevolmente l’adozione di atti politici totalmente liberi nel fine e, quindi, non impugnabili.”.

<sup>48</sup> V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione. Tra “atti politici” e atti “di alta amministrazione”*, in *Diritto pubblico*, 2009, 1 ss.

L'orientamento maggioritario in dottrina e in giurisprudenza considera l'atto politico come l'espressione della libertà politica riconosciuta dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per soddisfare esigenze unitarie ed indivisibili a questo inerenti; l'atto politico<sup>49</sup> è, quindi, composto da un elemento soggettivo – dovendo provenire da un organo dell'amministrazione preposto all'indirizzo al massimo livello della cosa pubblica – e da un elemento oggettivo, in quanto lo stesso deve riguardare la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione<sup>50</sup>. Tali requisiti devono essere oggetto di uno scrutinio rigoroso, in quanto dalla qualifica di un atto come politico deriva la dichiarazione di difetto assoluto di giurisdizione e, dunque, l'impossibilità di dare seguito alla domanda di tutela prevista dal privato. Se, infatti, in ragione del principio di separazione dei poteri, va riconosciuta una sfera di insindacabilità delle decisioni politiche in sede giurisdizionale, i limiti di tale immunità, tenuto conto del principio di effettività della tutela giurisdizionale, devono essere individuati in maniera rigorosa al fine di evitare la creazione di indebiti vuoti di tutela giudiziale, che possano porsi in contrasto con i valori costituzionali stabiliti dagli art. 24 e 113 Cost.<sup>51</sup>.

Di converso, l'atto di alta amministrazione è un atto che si pone in una funzione di raccordo tra il momento politico e quello di amministrazione.

L'atto di alta amministrazione – a differenza dell'atto politico – non è totalmente libero nel fine, ma è un atto connotato da una forte discrezionalità, impugnabile in sede giurisdizionale. Questo carattere rende quindi gli atti di alta amministrazione giustiziabili, sia pure nei ristretti limiti entro cui atti a forte tasso di discrezionalità si prestino ad essere sindacati nell'ambito della generale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo prevista dall'art. 7, c. 1, c.p.a.; infatti, per quanto ampia possa presentarsi negli atti in esame la discrezionalità amministrativa, quest'ultima rimane sempre vincolata dal necessario perseguimento delle finalità pubbliche e dal fondamento sostanziale del potere amministrativo, consistente nell'impossibilità di utilizzare lo stesso per fini diversi da quelli che ne giustificano l'attribuzione. Da ciò si trae il corollario per cui anche rispetto agli atti di alta amministrazione (in prevalenza: atti di nomina di organi di vertice di amministrazioni ed enti pubblici) sono configurabili posizioni giuridiche soggettive, per la cui tutela è ammesso il diritto di azione<sup>52</sup>.

Fatta questa breve (seppur doverosa) premessa, lo *spoils system* sembra inqua-

<sup>49</sup> V. FANTI, L'"atto politico" nel governo degli enti locali, in *Diritto e processo amministrativo*, 2008, 2, 433-520; ID., *Politica e amministrazione tra storia e attualità: a proposito della figura del dirigente pubblico*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2011, 3, 817-917.

<sup>50</sup> Sia consentito rinviare a N. M. D'ALESSANDRO, *L'atto politico e l'atto di alta amministrazione*, in *Manuale di diritto amministrativo I*, a cura di P. Tanda, 2019, 62.

<sup>51</sup> T.A.R., Lazio, Roma, sez. III, sentenza, 7 gennaio 2019, n. 176.

<sup>52</sup> Consiglio di Stato, sez. V, sentenza, 2 agosto 2017, n. 3871.

drabile come un peculiare atto di alta amministrazione, ossia un atto connotato da forte discrezionalità, impugnabile in sede giurisdizionale<sup>53</sup>. Ciò risulta confermato dal fatto che – come è stato acutamente osservato<sup>54</sup> – il nuovo governo nell'applicare lo *spoils system* deve necessariamente basarsi sulla verifica dell'attitudine del soggetto a ricoprire quel determinato ruolo; tale verifica dovrà essere compiuta sia con riferimento all'attività svolta in precedenza, sia in merito alla compatibilità dello stesso con i nuovi piani tecnici e attuativi della p.a.

La verifica è già in sé esercizio del potere discrezionale, in quanto il nuovo governo dovrà operare un bilanciamento di interessi in ordine alla compatibilità di quel soggetto a ricoprire un ruolo definito anche in ossequio al principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> *Ex multis*, G. CUGURRA, *op.cit.*, 107; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2011, 41; R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2011, 323; sia consentito rinviare a N. M. D'ALESSANDRO, *op.cit.*, 62 e 63; S. PERONGINI, *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 67.

<sup>54</sup> G. CORSO, G. FARES, *Quale spoils system dopo la sentenza 103 della Corte costituzionale?*, in *Studium iuris*, 2007, 1 ss., secondo i quali: “[...] alla risposta della Corte si ricava che al legislatore non è precluso di prevedere forme di cessazione del rapporto dirigenziale, legate all'avvicendamento della compagine governativa: solo che tale cessazione non può essere automatica, bensì preceduta da un momento di valutazione dell'attività del dirigente, condotta anche alla luce dei nuovi obiettivi politico-amministrativi prefissati dal governo entrante, e idonea a giustificare l'interruzione dell'incarico non ancora scaduto”; D. D'ALESSIO, *La nuova disciplina della dirigenza nel disegno di legge sulla riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2015, 1, 1 secondo il quale: “E ci si dovrebbe porre — ma senza confonderlo con quello dell'attribuzione di incarichi di uffici dirigenziali di line a persone non di ruolo — il problema di una disciplina distinta per gli incarichi «fiduciari», sottoponibili a *spoils system*, che collocherebbe su basi di maggiore serietà e correttezza anche il tema del riconoscimento alla politica della libertà di scelta, cioè di una «riserva» per una quota di posti dirigenziali. In passato erano state elaborate proposte in tal senso (distinguendo fra la piena fiduciarietà per gli uffici di staff e la semi-fiduciarietà per gli incarichi apicali) [...]”; G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in *Foro amministrativo TAR*, 2011, 9, 6-9.

<sup>55</sup> L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano, 1958, 1 ss.; L. IEVA, *Gli incarichi dirigenziali nel lavoro pubblico*, in *Foro amministrativo*, 2016, 6, 1678 secondo cui: “Non va poi dimenticata la giurisprudenza della Corte costituzionale (cfr., *ex multis*, sentenze n. 20 del 2016, n. 27 del 2014, n. 152 del 2013, n. 228 del 2011, n. 34 del 2010, n. 104 del 2007), secondo le quali gli incarichi dirigenziali, che non siano direttamente collegati alla elaborazione dell'indirizzo politico-amministrativo e di diretta collaborazione con l'organo politico, non possono essere assoggettati al sistema del cd. *spoils system*, ossia a decadenze automatiche collegate con la cessazione della funzione di governo (nazionale, regionale o locale), perché ciò urterebbe con il dettato di cui all'art. 97 Cost. e con il principio della continuità dell'azione amministrativa, che deve avvenire in base a legge e con imparzialità, in un'ottica tecnico-amministrativa.”; N. PAOLANTONIO, *Note sul c.d. principio di continuità in diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2011, 2, 443 secondo il quale: “Non resta che prendere atto della circostanza che di “principio” di continuità non può parlarsi neppure allorché vengano in giuoco i limiti ad un istituto (quello dello *spoils system*) cui dovrebbe guardarsi con “istituzionale” sospetto, almeno sino a quando la vigenza di tale principio viene esclusa nell'ambito delle funzioni di indirizzo politico dell'amministrazione statale, ove maggiore dovrebbe essere il rigore per il rispetto dell'imparzialità e del buon andamento”.

Ulteriore elemento a favore – ma non necessariamente determinante – dell'esercizio del potere discrezionale in capo al governo nell'applicazione dello *spoils system* (come si evince nel caso di specie) sembra essere la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo<sup>56</sup> di cui all'art. 7 l. n. 241/1990 per la “presa d'atto” della decadenza della carica ricoperta ai sensi della l. r. Calabria n. 12/2005<sup>57</sup>. È noto, infatti, che la comunicazione di avvio del procedimento costituisce un istituto di fondamentale importanza al fine di ottenere la più ampia partecipazione procedimentale<sup>58</sup> ai sensi dell'art. 10 l. n. 241/1990<sup>59</sup>.

Pertanto, la *ratio* sottesa a tale istituto è quella di far conoscere al privato l'avvio di un procedimento amministrativo destinato successivamente a concludersi con l'emanazione del provvedimento finale. Tale istituto, dunque, obbliga in un certo senso l'amministrazione procedente a notificare al destinatario del futuro provvedimento l'apertura (o l'avvio) di un determinato procedimento garantendo la più ampia partecipazione del privato al procedimento stesso<sup>60</sup>.

Con la partecipazione, infatti, il privato entra in “contatto” con l'amministrazione potendo egli presentare delle proprie memorie e/o osservazioni che la stessa p.a. è tenuta a valutare. Ed è proprio con la comunicazione di avvio del procedimento e la pedissequa partecipazione che si apre la fase c.d. istruttoria del procedimento amministrativo; nella fase istruttoria, infatti, vengono acquisiti gli elementi necessari al fine di poter emanare il miglior provvedimento possibile. La valutazione, pertanto, è sinonimo di esercizio del potere discrezionale e, in quanto tale, idoneo ad incidere nella sfera del destinatario, il quale si troverà in una posizione di interesse legittimo<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I, sentenza, 22 ottobre 2018, n. 562 secondo cui: “[...] la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo non può ridursi a mero rituale formalistico con la conseguenza, nella prospettiva del buon andamento dell'azione amministrativa, che il privato non può limitarsi a denunciare la mancata o incompleta comunicazione e la conseguente lesione della propria pretesa partecipativa, ma è anche tenuto ad indicare o allegare gli elementi, fattuali o valutativi, che, se introdotti in fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento.”

<sup>57</sup> Peraltro, è stato evidenziato dalla Corte di Cassazione che il procedimento amministrativo non sia mai stato concluso con un provvedimento finale, ma vi è stata unicamente l'approvazione del bando con Delib. 24 febbraio 2015, n. 9 dell'ufficio di presidenza del Consiglio regionale per le nomine di alcuni organi di enti ed aziende riconducibili alla Regione, tra le quali quella del presidente del consiglio di amministrazione della s.a. FinCalabra.

<sup>58</sup> *Ex multis*, F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 1 ss.; M. PICHI, *Il diritto di partecipazione*, Milano, Giuffrè, 2002, 1 ss.; S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008, 1 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, spec. 103.

<sup>59</sup> Art. 10 l. n. 241/1990: “I soggetti di cui all'art. 7 e quelli intervenuti ai sensi dell'art. 9 hanno diritto: a) di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'art. 24; b) di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento.”

<sup>60</sup> P. TANDA (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo I*, cit., 125 ss.

<sup>61</sup> La bibliografia sull'interesse legittimo è numerosa ed autorevole e, per questo motivo,

Va da sé, quindi, che la situazione giuridica che viene in rilievo quando un soggetto entra in “contatto” con un’Autorità che esercita discrezionalmente il proprio potere – come nel caso di specie – è quella di interesse legittimo e, per tale ragione, la giurisdizione dovrebbe essere del giudice amministrativo.

È, appunto, nella fase istruttoria che viene in rilievo la valutazione operata dalla p.a. volta all’individuazione del soggetto ritenuto idoneo a ricoprire determinate funzioni gestionali ed esecutive. Inoltre, la valutazione deve essere svolta dall’Amministrazione ogniqualvolta risulti necessario stabilire se un determinato soggetto abbia ricoperto diligentemente il proprio ruolo in linea con gli obiettivi prefissati dalla stessa pubblica amministrazione.

Ne deriva che la valutazione quale esercizio del potere discrezionale operata dalla p.a. avviene sia a monte (ossia nella fase di nomina del soggetto quale titolare di funzione di gestione e di esecuzione) sia a valle, quando il nuovo governo è tenuto a valutare se l’operato di quel soggetto sia in linea con il proprio indirizzo politico. Pertanto, tale valutazione dovrà altresì essere svolta ottemperando al noto principio di continuità dell’azione amministrativa<sup>62</sup>, il quale evoca concetti universali, quali la coerenza delle scelte ed anche, all’opposto ma al contempo,

---

si riportano per esigenze di sinteticità soltanto alcuni scritti: A. ROMANO, *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*, in *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, vol. II, Napoli, 2010, 405-444; L. FERRARA, *Statica e dinamica nell’interesse legittimo: appunti*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 475; G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Diritto amministrativo*, 2014, 479; E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell’amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F. G. Scoca, V ed., Torino, 2017, 31; C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione giustizia*, 2009, 34 ss.; M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l’interesse legittimo?* in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 46; L. MAZZAROLLI, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo, dopo l’emanazione del codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, profittabile dialogo con Alberto Romano)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, 1207; N. PAOLANTONIO, *L’interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3)*, in *www.giustamm.it*, 2011, 1 ss.; ID., *Esistenza dell’interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda)* in *Diritto amministrativo*, 2015, 1 ss.; ID., *Centralità del cittadino e interesse legittimo. Oltre le categorie, per una tutela effettiva: l’insegnamento di Franco Gaetano Scoca*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, 4, 1527-1550; F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 1 ss.; ID., *Attualità dell’interesse legittimo?*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, 920; ID., *La “gestazione” dell’interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, I, Padova, 2007, 294; B. SPAMPINATO, *Interesse legittimo e dintorni*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 2, 275.

<sup>62</sup> Sul principio di continuità dell’organizzazione e dell’azione amministrativa si vedano, tra tanti, R. MARRAMA, *Titolari degli organi pubblici e principio di continuità*, Napoli, 1969, 1 ss.; L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano, 1958, 1 ss.; A. ROMANO, *Ordinaria amministrazione e continuità funzionale degli organi*, Torino, 1988, 1 ss.; F. S. MARINI, *Il principio di continuità degli organi costituzionali*, Milano, 1997, 1 ss.; C. LEONE, *Il principio di continuità dell’azione amministrativa. Tra operatività dell’organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, 2007, 1 ss.; R. TOMEI, *Note sul principio di continuità nel diritto amministrativo*, in *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, 2008, 3; N. PAOLANTONIO, *Il principio di continuità dell’azione amministrativa*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna – F. Saitta, Milano, 2012, 313 ss.

la flessibilità delle stesse, nell'ottica di un costante *standard* di garanzia per tutti i cittadini sia dal punto di vista procedurale sia sotto il profilo contenutistico.

Tale pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite, quindi, lascia non poche perplessità in merito alla dichiarata giurisdizione del giudice ordinario, in quanto il meccanismo dello *spoils system* costituisce un potere straordinario attribuito ad una determinata p.a. dotata – comunque – di alcuni margini di discrezionalità, la quale deve utilizzarlo secondo canoni di ragionevolezza e proporzionalità<sup>63</sup>. Per questo motivo, dato che dovrebbe sempre prevalere il fine pubblico rispetto a mere esigenze gestionali di un organo, si configura in capo al soggetto una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio di potere, con la conseguenza che la giurisdizione dovrebbe sussistere in capo al giudice amministrativo<sup>64</sup>.

Per le ragioni suesposte sembra difficile immaginare l'applicazione dello *spoils system* nei confronti di titolari di funzioni apicali di gestione ed esecuzione in assenza di un potere discrezionale in capo all'amministrazione.

---

<sup>63</sup> B. G. MATTARELLA, *Il principio del merito e i suoi oppositori*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 3, 641 il quale evidenzia che: “Proprio sul piano della dirigenza, negli ultimi anni, il principio del merito ha subito i più intensi attacchi, con l'introduzione di massicce dosi di *spoils system* che hanno privilegiato la fedeltà politica rispetto all'imparzialità e hanno minato la stabilità del rapporto d'ufficio dei dirigenti. A parte la disciplina della dirigenza, lo *spoils system* e gli attacchi al principio del merito si sono spesso annidati in atti normativi di vario genere, per esempio nelle leggi finanziarie: sopprimere un organismo per poi ricostituirlo quasi uguale, per esempio, è spesso una tecnica per liberarsi di coloro che attualmente occupano i relativi uffici. E, naturalmente, le violazioni del principio del concorso pubblico dipendono spesso da pratiche clientelari, cioè da degenerazioni della democrazia rappresentativa”.

<sup>64</sup> Sul punto, è opportuno evidenziare che con sentenza n. 924/2015 il Tar Catanzaro aveva ritenuto che la giurisdizione fosse del giudice amministrativo: “La giurisdizione del Giudice Amministrativo, nella specie, si radica anche perché il provvedimento impugnato costituisce chiara espressione di un potere straordinario, attribuito all'Amministrazione regionale, che involve anche una valutazione, connotata da alcuni margini di discrezionalità, in ordine alla sussistenza dei presupposti di legge per procedere alla “riorganizzazione degli enti” da essa dipendenti, per esigenze di coerenza del potere di intervento del nuovo esecutivo con la “ratio” della previsione in discussione.”. Con tale pronuncia il Tar ha evidenziato altresì che: “Invero, il meccanismo del cosiddetto “*spoils system*”, anche con riguardo a enti o associazioni formalmente privati, va applicato secondo canoni di ragionevolezza e di proporzionalità, che richiedono di non assumere a parametro il solo dato formale del presupposto e preesistente esercizio di una potestà di nomina regionale, proprio al fine di evitare di pervenire ad un'estensione applicativa del sistema fino a ipotesi che non riflettano campi di intervento propri delle esigenze di attuazione e conformazione, perseguite dal potere di indirizzo politico. In tale ottica, la rilevanza del carattere gestionale di un organo diventa recessiva a fronte delle finalità pubblicistiche che si intendono perseguire con il meccanismo dello “*spoils system*”, con conseguente configurazione di posizioni di interesse legittimo al corretto esercizio dell'azione amministrativa”.

## 5. Conclusioni

Alla luce di quanto sin ora detto, si può fondatamente sostenere che l'applicazione dello *spoils system* costituisce un atto di alta amministrazione connotato da forte discrezionalità e impugnabile in sede giurisdizionale amministrativa.

La giurisdizione del giudice amministrativo dovrebbe sempre sussistere, come nel caso di specie (*spoils system* rivolto ad un dirigente di una società partecipata titolare di funzione di esecuzione e di gestione), ogniqualvolta – in conformità della teoria del *petitum* sostanziale e/o del criterio dell'attività vincolata/discrezionale – si sia in presenza di un potere discrezionale esercitato per finalità pubbliche; l'esercizio di tale potere – come sopra evidenziato – per una corretta e legittima applicazione dello *spoils system* (considerando la *ratio* e la finalità dell'istituto) deve necessariamente avvenire valutando la persona fisica preposta a quella determinata funzione e tale valutazione dovrà riguardare sia l'attività svolta dal soggetto fino a quel momento, sia le funzioni che egli potrebbe (o dovrebbe) ricoprire con la nuova compagine governativa.

Per tali ragioni, la scelta operata dall'amministrazione frutto dell'esercizio del potere (discrezionale) confluita – come nel caso di specie – nella cessazione dall'incarico da Presidente del Consiglio di Amministrazione della Fincalabra Spa avente funzioni gestionali ed esecutive (non tramite un provvedimento finale preceduto della comunicazione di avvio del procedimento, ma tramite la pubblicazione del bando per le nomine di alcuni organi di enti e aziende riconducibili alla Regione), genera una posizione giuridica di interesse legittimo in capo a quest'ultimo, facendo sì che la giurisdizione dovrebbe essere del giudice amministrativo e non già del giudice ordinario. Ciò sembra avvalorato anche da quanto in precedenza accennato relativamente all'istituto della comunicazione di avvio del procedimento.

### Abstract

Il presente lavoro trae spunto da una recente sentenza della Corte di Cassazione in materia di *spoils system* in una società a partecipazione pubblica nella quale è stata dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario. L'autore – dopo una doverosa premessa con riferimento ai criteri ed alle teorie sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo – affronta il problema dello *spoils system* in generale per poi andare a focalizzarsi (in chiave critica) sulla richiamata sentenza della Cassazione. L'autore, infatti, cercando evidenziare le criticità e i punti dolenti di tale sentenza, ritiene che l'applicazione dello *spoils system* costituisca un atto di alta amministrazione connotato da forte discrezionalità e impugnabile in sede giurisdizionale – amministrativa.

The case of the spoils system in public participation companies: critical profiles in the point of jurisdiction

by Niccolò Maria D'Alessandro

The present work draws inspiration from a recent ruling by the Court of Cassation on the subject of spoils system in a public participation company in which the jurisdiction of the ordinary judge has been declared. The author – after a necessary premise with reference to the criteria and theories on the division of jurisdiction between ordinary judge and administrative judge – faces the problem of the spoils system in general and then focuses (critically) on the aforementioned Cassation sentence. The author, in fact, seeking to highlight the critical points and the sore points of this sentence, believes that the application of the spoils system constitutes an act of high administration characterized by strong discretion and challenged in the jurisdictional – administrative context.

# Poste Italiane: tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica

di Riccardo D'Ercole

SOMMARIO: 1. L'evoluzione storico-giuridica di Poste Italiane: da amministrazione pubblica a ente privato. – 2. Le nozioni di organismo di diritto pubblico e impresa pubblica. – 3. Poste Italiane e le sue diverse qualificazioni: le diverse interpretazioni giurisprudenziali alla luce della normativa in materia di appalti. – 4.1. L'organizzazione e i settori di operatività di Poste Italiane. – 4.2. Onori ed oneri del servizio postale universale: il complicato rapporto tra Poste Italiane e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. – 5.1. Nasce, cresce, cambia: quando dall'attività concretamente posta in essere da Poste Italiane, dipende l'applicabilità del Codice dei contratti pubblici. – 5.2. Riflessioni conclusive.

## 1. *L'evoluzione storico-giuridica di Poste Italiane: da amministrazione pubblica a ente privato*

Sebbene in passato Poste Italiane fosse annoverata nel novero delle amministrazioni pubbliche, a partire dalla fine degli anni '90 la qualificazione della natura giuridica di Poste è pacifica, stante la sua trasformazione in società per azioni perfino quotata nei mercati regolamentati.

Attesa la sua natura privatistica, particolarmente dibattuta sia in dottrina che in giurisprudenza<sup>1</sup> è la possibilità di poterla ricondurre, sotto il profilo soggettivo, alla categoria dell'organismo di diritto pubblico oppure a quella dell'impresa pubblica<sup>2</sup>: nel primo caso, Poste sarebbe inevitabilmente assoggettata alle norme del Codice dei Contratti Pubblici, in specie in riferimento all'obbligo di svolgere procedure di affidamento di contratti pubblici; diversamente la disciplina pubblicistica troverebbe applicazione solo nel caso in cui venissero svolte le attività ricomprese nei settori speciali di cui agli articoli 115 a 120 del codice degli appalti pubblici.

---

<sup>1</sup> In giurisprudenza si veda Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498 in *Dir. proc. amm.*, 1996, I, 147, con nota di A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione*, per cui le controversie afferenti ai contratti di appalto stipulati da S.p.A. in mano pubblica rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo; Cons. Stato, sez. VI, 2 Marzo 2001, n. 1206, in *Cons. Stato* 2001, I, 566 e altre pronunce di cui si darà conto successivamente. In dottrina: A. MIRABILE, *I contratti pubblici di Poste Italiane. La situazione attuale ed il futuro: fra liberalizzazione e quotazione*, in *Giust.Amm.it*, 2016, III; M. A. SANDULLI, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, in *federalismi.it*, 2008; R. GAROFOLI-V. DE GIOIA, *Appalti e contratti: percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2007, 416 ss.

<sup>2</sup> Si veda A.M. SANDULLI, *Servizi postali*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2019, II, 604, il quale afferma espressamente che “Poste Italiane deve considerarsi impresa pubblica ai fini dell'applicazione del diritto dei contratti pubblici, escludendo la sussistenza dei requisiti per ricondurla alla diversa nozione dell'organismo di diritto pubblico”

Si anticipa fin da subito che la conclusione a cui perviene il presente lavoro è che, stante l'ormai tendenziale prevalenza delle attività "privatistiche" sull'intero assetto organizzativo e produttivo di Poste, essa debba essere considerata un'impresa pubblica.

Per pervenire a tale conclusione l'analisi può prendere le mosse dalla ricostruzione dell'evoluzione storica dell'ente che nacque con legge 5 marzo 1862 n. 604 quando vennero riuniti tutti i servizi postali in capo a tale organismo<sup>3</sup>. La citata legge del 1862 (la c.d. *riforma postale*) classificava le poste nel novero delle amministrazioni centrali dello Stato e introdusse il sistema di servizio postale unico che prevedeva un'offerta di servizi (tra cui raccolta, smistamento, trasporto di recapiti postali) a tariffa unica sull'intero territorio nazionale.

Poste nasce, quindi, come una vera e propria amministrazione pubblica<sup>4</sup>.

L'ente Poste divenne Poste Italiane S.p.a. quando la legge n. 71 del 29 gennaio 1994, condusse ad una trasformazione di Poste dapprima in ente pubblico economico e poi in società per azioni.

A seguito di una serie di successive trasformazioni, attualmente Poste Italiane è una società per azioni quotata in borsa<sup>5</sup>, che si occupa non solo del servizio postale nazionale – come avveniva originariamente – ma che esercita anche le proprie attività in settori completamente diversi.

Con riferimento altresì al servizio postale si evidenzia un importante mutamento: Poste Italiane è passata da un regime sostanzialmente monopolistico ad un regime di mercato libero.

<sup>3</sup> Come ricordato da M. ASPRONE, *Le criticità relative all'accesso agli atti nell'impiego pubblico di natura privata nella giurisprudenza*, in *Amministrativamente*, Rivista di diritto amministrativo, 2018, III-IV, 12, "Nel Regno di Sardegna, l'amministrazione delle poste era stata trasferita, con r.d. 14 dicembre 1853, dal Ministero degli affari esteri al Ministero dei lavori pubblici. Venne successivamente riorganizzata con i rr.dd. 15 dicembre 1860, n. 4480, 19 marzo 1861, n. 4685 e 1° aprile 1861, n. 4755, rimanendo sempre nell'ambito del Ministero dei lavori pubblici. In seguito alle disposizioni contenute nella legge sulla riforma postale del 5 maggio 1862, n. 604, le poste furono organizzate in amministrazione centrale. Con r.d. 3 maggio 1863, n. 1255, emanato per l'applicazione del regolamento approvato con r.d. 21 settembre 1862, n. 891, l'amministrazione centrale delle poste divenne direzione generale, articolata in quattro divisioni. La Direzione generale delle poste – riordinata con i rr.dd. 25 dicembre 1869, n.5359 e 29 dicembre 1870, n. 6189 – fu articolata in otto divisioni e una ragioneria: Divisione I – personale; Divisione II – trasporti; Divisione III – servizi marittimi; Divisione IV economato e protocollo; Divisione V – vaglia e cassa; Divisione VI – revisione contabilità; Divisione VII e Divisione VIII – risparmi?".

<sup>4</sup> L'evoluzione storica dell'organizzazione di Poste Italiane è compendiata da V. CASTRONOVO, a cura di, *Storia della posta in Italia. Da amministrazione pubblica a sistema d'impresa*, Bari, Laterza, 2004; si veda anche V.L. MAGRONE, *Le poste*, in S. CASSESE, a cura di, *Trattato di diritto amministrativo*, III, Giuffrè, Milano, 2003, 2323.

<sup>5</sup> In realtà Poste Italiane è una holding che detiene il controllo di un gruppo di numerose società tutte interamente controllate al 100%.

Il pacchetto azionario di Poste Italiane indica che il Ministero dell'Economia e delle Finanze è detentore del 29,26% delle azioni totali, Cassa Depositi e Prestiti (a sua volta controllata per l'83% dal MEF) del 35,00%, il 35,34% è flottante e quindi disponibile per la negoziazione in borsa e il restante 0,40% sono azioni in mano alla stessa Poste.

Il riferimento è a tutti quei prodotti non rientranti nel novero del servizio universale, in cui Poste è appunto fornitore universale. In tali settori esclusi dal servizio universale, Poste opera in regime di concorrenza con molte altre società private<sup>6</sup> ed è quindi costretta a dividersi “le porzioni di mercato” con le già menzionate società.

Tale situazione costituisce l'esito della procedura di liberalizzazione del servizio postale<sup>7</sup>.

In sintesi, Poste nasce come una pubblica amministrazione, subisce le predette trasformazioni e oggi risulta essere una delle più importanti società private che opera all'interno di numerosi altri settori operativi, tra cui anche quello postale.

Appare però ora necessario ripercorrere il percorso che conduce alle già menzionate conclusioni e tale indagine non può che partire dalle nozioni di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica.

## 2. *Le nozioni di organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*

L'organismo di diritto pubblico<sup>8</sup> è definito dall'articolo 1, paragrafo 9 della

<sup>6</sup> Poste Italiane gestiva le notifiche degli atti giudiziari in regime di monopolio fino al 2017, difatti, come stabilito dall'art. 1 commi 57 e 58 del Ddl Concorrenza del 2017, tutte le notifiche degli atti giudiziari e delle multe potranno essere consegnate anche da operatori privati e non più solo da Poste Italiane. Ad oggi, sono numerosissimi gli operatori postali che svolgono attività affini a quelle di Poste. Eccezion fatta per le licenze speciali individuali per la notifica di atti giudiziari e multe per cui è prevista appunto un'apposita licenza, attualmente le società che offrono servizi postali sono poco più di 4000, come indicato dal MISE.

<sup>7</sup> Sulla procedura di liberalizzazione del servizio postale si veda, A. MIRABILE, *I contratti pubblici di Poste Italiane. La situazione attuale ed il futuro: fra liberalizzazione e quotazione*, cit.; S. PEDRABASSI, *Quale libertà di impresa per l'assegnatario del servizio postale? Riflessioni sull'attuale modello di regolazione nel segmento dell'industria del recapito*, in *Il Diritto dell'economia*, 2017, III, 771 ss.; V. VISCO COMANDINI-F. MAZZARELLA, *Regolazione e concorrenza nel mercato postale italiano*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, III, 533 ss.; B. ROMANO, *La liberalizzazione del settore postale: i nuovi ambiti oggettivi e soggettivi della Direttiva postale. La concorrenza tra gli operatori nel settore*, in *Amministrativamente*, 2018, VII-VIII.

<sup>8</sup> Sul tema, la bibliografia è sterminata. Si veda, senza presunzione di esaustività, R. GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico, criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 1997, 960; Id., *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del Giudice comunitario e dei Giudici italiani a confronto*, in *Foro it.*, 1998, IV, 133; B. MAMELI, *Un possibile ridimensionamento della nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Urb. e app.*, 2002, 66; Id., *L'organismo di diritto pubblico*, cit.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 13; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 839; D. MARRAMA, *Contributo sull'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 585; D. GALLI, *Brevi considerazioni sulla nozione di organismo di diritto pubblico nella normativa comunitaria e nazionale*, in *Contr. Stato e Enti Pubbl.*, 1999, 529; E. CHITI, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Urb. e app.*, 1999, 71; E. SCOTTI, *I nuovi confini dell'organismo di diritto pubblico alla luce delle più recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 1999, IV, 140; R. DE NICTOLIS, *L'organismo di diritto pubblico. Profili relativi alla giurisdizione*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, IV, 2004, 97; L.R. PERFETTI- A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa*, in *Dir. amm.*, I, 2004, 135 ss.; C. GUCCIONE, *La*

direttiva 2004/18, come un qualsiasi organismo: a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; b) dotato di personalità giuridica; c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Un ente, quindi, costituisce un organismo di diritto pubblico ed è soggetto alle disposizioni di tale direttiva, laddove siano soddisfatte cumulativamente le tre condizioni su indicate<sup>9</sup>.

Ciò sta a significare, come ribadito dalla stessa Corte di Giustizia<sup>10</sup>, che la disciplina delle direttive europee sugli appalti pubblici n. 17 e 18/2004, s'impone nei confronti di tutti quei soggetti che, indipendentemente dal *nomen iuris* rivestito nei singoli ordinamenti, si trovano in una situazione di rapporto con i soggetti pubblici tale per cui, nell'acquistare sul mercato lavori, servizi o forniture, potrebbero non seguire le logiche proprie dell'impresa privata e, di conseguenza, necessitano di regole particolari per assicurare il rispetto delle norme e dei principi del Trattato, garantendo l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza ed un efficiente utilizzo delle risorse pubbliche, in attuazione del principio eurounitario, di tutela e rispetto della concorrenza stessa.

È in questa prospettiva che si spiega la revisione operata sulle direttive 17 e 18/2004, dalle direttive nn. 23,24 e 25/2004 che, come ricordato in dottrina<sup>11</sup>, non hanno modificato l'ambito soggettivo di applicazione delle stesse, ma si sono limitate a precisarlo: la nozione di organismo di diritto pubblico va interpretata nel senso che "un organismo che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività, non dovrebbe essere considerato un organismo di diritto pubblico, in quanto è lecito supporre che sia stato istituito allo scopo o con l'incarico di soddisfare esigenze di interesse generale che sono di natura industriale o commerciale"<sup>12</sup>.

---

*nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*, nota a Corte di Giustizia, CE sez. V, 22 maggio 2003, causa C-18/01, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 1032; M. RENNA, *L'organismo di diritto pubblico nella giurisprudenza (e nella dottrina)*, in L. D'ORAZIO-L. MONTEFERRANTE, a cura di, *Procedure concorsuali e diritto pubblico*, Ipsoa, Milano, 2017; R. DE NICIOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Torino, Zanichelli, 2017.

<sup>9</sup> Cfr. Corte di Giustizia, 12 settembre 2013, causa C-526/11, in *Nuovo notiziario giuridico*, 2014, II, 668.

<sup>10</sup> Corte di Giustizia, 9 giugno 2009, causa C-480/06; Corte Giust. 12 settembre 2013, causa C-526/11, entrambe in eur-lex.europa.eu.

<sup>11</sup> Si veda B. MAMELI, *Gli organismi di diritto pubblico alla luce delle nuove direttive*, in *Giur. It.*, 2014, VII, 1798.

<sup>12</sup> Si veda il *considerando* 10 della direttiva 2014/24/CE.

Quanto agli elementi strutturali dell'organismo di diritto pubblico, essi non subiscono alcuna variazione; le nuove direttive, semplicemente, pongono l'accento sul carattere cumulativo dei suddetti tre requisiti attraverso la locuzione "hanno tutte le seguenti caratteristiche"<sup>13</sup>.

Attualmente la definizione di organismo di diritto pubblico è compendiata all'art. 3, comma 1, lett. d), del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e non presenta sostanziali modifiche rispetto a quella introdotta dalla direttiva 2004/18/CE.

Il che sta ad indicare che per vagliare la natura giuridica di un ente come organismo di diritto pubblico, sarà necessario valutare la compresenza dei tre presupposti richiesti dalla disciplina in materia di appalti.

Nella fattispecie si tratta dei requisiti di personalità, di dominanza pubblica e, infine, quello teleologico.

Quanto all'individuazione del primo requisito, non sorgono molte perplessità.

Difatti, la giurisprudenza<sup>14</sup> è concorde nel ritenere che, ai fini della qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico, sia del tutto indifferente che esso abbia forma di diritto privato o di diritto pubblico, essendo sufficiente che abbia soggettività giuridica, indipendentemente dalla sua veste giuridica.

Maggiori criticità sorgono in riferimento al secondo requisito di dominanza pubblica, riconducibile alla valutazione di indici<sup>15</sup> – che vanno valutati autonomamente ma cumulativamente ai restanti due requisiti<sup>16</sup> – attinenti al finanziamento maggioritario, alle sovvenzioni pubbliche aventi carattere maggioritario, al controllo pubblico, all'ingerenza dello Stato o di altro ente pubblico nella nomina di un *quorum* qualificato di componenti degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza degli organismi in questione.

In particolar modo si è discusso sul significato da attribuire ai singoli lemmi, atteso che un'interpretazione troppo riduttiva o particolarmente espansiva avrebbe riflessi importanti sulla dilatazione dell'ambito di applicazione della

---

<sup>13</sup> Nella direttiva 2004/18/CEE tale specificazione era assente. L'aggiunta ha consolidato una posizione da tempo sostenuta dalla giurisprudenza comunitaria: sulla tesi della valutazione cumulativa dei tre requisiti, si veda Corte Giust. 15 gennaio 1998, in causa C-44/96; Corte Giust. 10 novembre 1998, in causa C-360/1996, tutte in eur-lex.europa.eu.

<sup>14</sup> Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7393 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>15</sup> Si veda O. RANELETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1916, VIII, 337, il quale individuava tra gli indici di pubblicità, la circostanza che l'attività posta in essere da soggetti svolgenti attività imprenditoriali, fosse posta a servizio dello Stato, sulla base di un particolare rapporto di diritto pubblico, ravvisabile in poteri d'ingerenza di quest'ultimo ed espressa in potestà di direzione, di controllo e nomina degli organi direttivi, indefinitiva, un'incidenza significativa sulla gestione del soggetto stesso.

<sup>16</sup> Sul punto si legga, B. MAMELI, *Gli organismi di diritto pubblico alla luce delle nuove direttive*, cit., 1799, la quale afferma che "il giudice europeo ha imposto la sussistenza del finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica o del controllo della gestione da parte dell'autorità pubblica come requisito autonomo che deve cumularsi a quello teleologico.

disciplina sull'organismo di diritto pubblico, tanto in senso sostanziale<sup>17</sup> quanto in quello processuale<sup>18</sup>.

L'ultimo requisito, quello teleologico, è quello che presenta le maggiori perplessità, imponendo una doppia verifica nella parte in cui richiede che la persona giuridica sia istituita “per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale<sup>19</sup>”.

La dottrina che si è occupata del tema<sup>20</sup>, suole individuare tre fasi di evoluzione della giurisprudenza comunitaria in merito all'interpretazione del requisito teleologico.

Nel corso della prima, vi è stata un'espansione applicativa della nozione di organismo di diritto pubblico.

In tal senso, il *leading case* è rappresentato dalla sentenza Mannesmann<sup>21</sup>.

Con essa, la Corte europea ha stabilito che il soddisfacimento di un bisogno di interesse generale sia di per sé idoneo ad escludere il carattere commerciale o

<sup>17</sup> Per finanziamento pubblico si intendono solo quelle erogazioni svincolate da una controprestazione contrattuale e quindi rientranti in un finanziamento concesso da un'autorità pubblica nell'ambito delle sue attività, quindi solo a quei versamenti che producono l'effetto di generare o rinforzare il legame di stretta dipendenza tra il soggetto e lo Stato, gli enti locali o gli altri organismi di diritto pubblico, così ritiene B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico*, cit.

R. GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico: il recente allineamento tra Giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, cit., aggiunge che “come emerge dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, sentenza 3 ottobre 2000, C-380/98, per “finanziamento” rilevante occorre intendere le sole erogazioni concesse da un'amministrazione aggiudicatrice senza alcun vincolo di sinallagmaticità rispetto ad una controprestazione posta a carico del soggetto ricevente”.

<sup>18</sup> Deve infatti rammentarsi che dalla qualificazione di un soggetto quale organismo di diritto pubblico – obbligato quindi a seguire la disciplina dettata per gli appalti pubblici – dipende, visto l'art. 133, co.1, lett. e), c.p.a., l'affermazione della giurisdizione esclusa del giudice amministrativo.

<sup>19</sup> Per un approfondimento sul tema, si veda F. CINTIOLI, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività? (brevi note sull'organismo di diritto pubblico)*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, 2004, IV, 79 ss.

L'autore ritiene che ad essere valorizzata maggiormente, debba essere l'attività e non già il bisogno in quanto tale soluzione “sarebbe stata la più coerente con la ratio che, dall'origine, ha connotato le direttive sugli appalti”.

<sup>20</sup> Si veda, tra gli altri, A. CAVINA, *Organismo di diritto pubblico e mercato concorrenziale: un indizio che non fa la prova*, in *Urbanistica e Appalti*, 2017, IV, 513 ss.; F. CALIANDRO, *L'evoluzione della nozione di organismo di diritto pubblico e la sua riferibilità alle società concessionarie autostradali*, in *I contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, 2017, II, 29 ss.

<sup>21</sup> Corte di Giustizia, sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96. Si trattava di individuare la qualificazione giuridica della tipografia di Stato austriaca, la quale esercitava sia attività di natura certamente commerciale, tra cui l'edizione e distribuzione di libri, sia funzioni conferite per legge, quali la produzione di stampati in favore dell'amministrazione federale (passaporti, carte d'identità, ecc.). Per risolvere la questione, la Corte di Giustizia ha enfatizzato le esigenze di ordine pubblico cui erano strettamente collegate le funzioni attribuite alla tipografia austriaca; ed ha quindi concluso per la natura di interesse generale dei bisogni perseguiti, facendo derivare da tale accertamento anche il relativo carattere non industriale né commerciale degli stessi.

industriale dell'attività svolta dall'organismo, con un approccio criticato in dottrina<sup>22</sup> perché non considera la possibilità che interessi generali possano comunque essere perseguiti secondo criteri di imprenditorialità.

Sempre in questa prima fase, un altro momento rilevante nell'ottica di ampliamento della nozione di organismo di diritto pubblico è individuabile nella sentenza BFI Holding<sup>23</sup>. Secondo la Corte di Lussemburgo, la circostanza che un determinato ente operi in un mercato aperto alla concorrenza di altri operatori, non sta di per sé a significare che sia da escludersi la sussistenza del requisito teleologico; semmai tale circostanza può rappresentare un indizio del fatto che il bisogno perseguito abbia carattere non industriale o commerciale, essendo comunque necessaria la compresenza di altri elementi presuntivi quali la possibilità che l'organismo si lasci guidare, nell'adozione delle proprie scelte, da logiche ulteriori e diverse da quelle squisitamente economiche.

La seconda fase è, invece, contrassegnata dalla sentenza Ente Fiera di Milano<sup>24</sup>.

La pronuncia della Corte di Giustizia si è resa necessaria dopo un acceso dibattito circa la possibilità di ricondurre tale ente nel novero degli organismi di diritto pubblico. Difatti, inizialmente il Consiglio di Stato<sup>25</sup> ha sostenuto la tesi della qualificazione dell'Ente come organismo di diritto pubblico, operando una scissione concettuale tra il carattere sicuramente commerciale dell'attività espletata dall'ente fieristico – quella relativa alla locazione degli spazi espositivi – e il carattere generale dei bisogni per il cui soddisfacimento l'ente stesso è stato istituito, tra i quali in particolare “quello di promuovere lo sviluppo economico, favorendo la conoscenza dei prodotti dell'industria italiana”.

Per il TAR Lombardia<sup>26</sup>, inoltre, l'Ente Fiera di Milano è da considerarsi

---

<sup>22</sup> Si legga R. GAROFOLI, op.cit., 29, il quale fa espresso riferimento alla necessità di procedere a doppia verifica nella parte in cui afferma che “si è precisato infatti che ai fini della qualificazione dell'ente aggiudicatore, il carattere non industriale o commerciale dell'attività deve ritenersi essenziale per la verifica della sussistenza del requisito sopra richiamato ma non tutti i bisogni di interesse generale rivestono invero carattere non industriale o commerciale avendo il legislatore comunitario distinto tra bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e quelli, pure a connotazione generale, privi tuttavia del secondo requisito indicato. Si impone pertanto un duplice e distinto accertamento”.

<sup>23</sup> Corte di Giustizia, sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96 in eur-lex.europa.eu.

<sup>24</sup> Corte di Giustizia, sentenza 10 maggio 2001, cause C-223/99 e C-260/99 in eur-lex.europa.eu. Con essa la Corte ha escluso che l'Ente Fiera potesse essere qualificato come organismo di diritto pubblico, ritenendo sostanzialmente determinante la circostanza che il settore fieristico – pur afferendo a bisogni di interesse generale – fosse aperto alla concorrenza, facendo derivare da questa circostanza il carattere industriale e commerciale dell'attività svolta in tale settore.

<sup>25</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 21 aprile 1995, n. 353, con nota di B. MAMELI, *Gli enti fieristici e le procedure dell'evidenza amministrativa*, in *Giur. it.*, 1995, III, 525 ss.

<sup>26</sup> TAR Lombardia, sede di Milano, Sez. III, 17 novembre 1995, n. 1365, in *I TAR*, 1996, I, 102 ss.

organismo di diritto pubblico anche quando, pur espletando un'attività di promozione e di incentivo di altrui attività economiche, e pur operando con una «strumentazione imprenditoriale» e con «criteri di economicità», non sia dedito «all'esercizio immediato di attività industriale e commerciale».

La tesi negativa è stata, invece, sostenuta da un'altra pronuncia del Consiglio di Stato e dalla Corte di Cassazione. Difatti, i giudici amministrativi di secondo grado<sup>27</sup> hanno escluso la possibilità di qualificare l'Ente Fiera Milano in termini di organismo di diritto pubblico facendo perno sulla connotazione commerciale dell'attività fieristica, «legata alla promozione ed alla commercializzazione di prodotti e servizi, complementare all'attività produttiva imprenditoriale».

Ad analoghe considerazioni, sono giunte anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>28</sup>, le quali hanno conseguentemente sostenuto la facoltà dell'Ente Fiera di affidare a terzi, appalti senza l'obbligo di osservare le procedure di evidenza pubblica comunitaria.

Sulla questione è poi intervenuta, in maniera risolutiva, la Corte di Giustizia<sup>29</sup> che – con la sentenza predetta – ha considerato decisiva, al fine di escludere la qualificazione dell'Ente Fiera come organismo di diritto pubblico, la duplice circostanza per cui lo stesso agisce in concorrenza con altri operatori fieristici – circostanza non dirimente ma indiziante – e, soprattutto, il rilievo che detto soggetto opera, al fine di favorire l'incontro tra operatori privati, sopportando il rischio di perdite senza finanziamenti pubblici, e quindi essendo costretto ad una logica operativa che tende naturalmente ad assecondare meccanismi competitivi e concorrenziali.

In sostanza l'ente, pur non perseguendo scopi lucrativi, segue una gestione che si fonda su criteri di rendimento, efficacia e redditività.

La terza fase è, invece, inaugurata dalla sentenza Taitotalo<sup>30</sup> con cui i giudici europei ricordano che la circostanza in virtù della quale un soggetto operi in un contesto concorrenziale non è considerata di per sé sufficiente, ma non è neppure ritenuta un fattore irrilevante, dato che l'esistenza di uno scenario concorrenziale può costituire un indizio a sostegno del fatto che un bisogno di interesse generale abbia carattere industriale o commerciale.

In particolare, occorre che il soggetto: a) operi in normali condizioni di mercato; b) persegua scopi di lucro; c) subisca le perdite commerciali connesse all'esercizio della sua attività.

Se, all'esito di tale verifica, emerge che «l'organismo opera in normali

<sup>27</sup> Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 1998, n. 1267, in *Foro it.*, 1999, III, 178

<sup>28</sup> Cass., Sez. un., 4 aprile 2000, n. 97, con nota di B. MAMELI, *L'ente Fiera di Milano estromesso dall'organismo di diritto pubblico*, in *Urb. e app.*, 2000, VII, 721-777.

<sup>29</sup> Corte di Giustizia, sentenza 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99 con nota di E. CHITTI, *Cala il sipario sull'Ente Fiera di Milano*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, IX, 900 ss.

<sup>30</sup> Corte di Giustizia, sentenza 22 maggio 2003, in causa C-18/2001 in eur-lex.europa.eu.

condizioni di mercato, persegue lo scopo di lucro e subisce le perdite connesse all'esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere non industriale o commerciale e quindi la disciplina degli appalti pubblici non si applicherebbe, poiché un organismo che persegue uno scopo di lucro e che si assume i rischi connessi alla propria attività non si impegnerà di regola in un procedimento di aggiudicazione di un appalto a condizioni che non siano economicamente giustificate.”<sup>31</sup>.

Quello sostenuto dalla giurisprudenza europea è, quindi, un approccio fattuale ed empirico: un soggetto potrà essere qualificato come organismo di diritto pubblico o meno a seconda del caso concreto.

Tale insegnamento è stato sostenuto anche dalla giurisprudenza nazionale: particolarmente significativo è l'orientamento assunto dal TAR Puglia<sup>32</sup>, il quale ha considerato, adottando un approccio induttivo e sostanziale, l'Ente Fiera del Levante come organismo di diritto pubblico.

Nella disciplina eurounitaria degli appalti nei settori c.d. speciali o esclusi (acqua, trasporti, energia, servizi postali così come indicato dalla direttiva 17/2004) agli organismi di diritto pubblico si aggiungono anche le imprese pubbliche sulle quali le “amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare direttamente o indirettamente un'influenza dominante, perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione.”

Si è posto, in questo modo, il problema di operare una distinzione tra la figura dell'organismo di diritto pubblico e quella dell'impresa pubblica: in dottrina si è optato per la non compatibilità delle due figure, essendo la prima caratterizzata dal “soddisfacimento di bisogni generali a carattere non industriale o commerciale” e la seconda dallo svolgimento di attività economica a carattere imprenditoriale e quindi qualificata dalla presenza sintomatica dei seguenti indici (che rivelano la qualità di impresa e, al contempo, escludono il carattere non industriale o commerciale dei bisogni): a) l'agire in condizioni normali di mercato; b) il perseguimento di uno scopo di lucro; c) l'assunzione del rischio d'impresa<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Si veda il punto 51 della suddetta decisione.

<sup>32</sup> TAR Puglia, sede di Bari, Sez. II, 2 aprile 2015, n. 534, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui si afferma che “l'accertamento della natura di organismo di diritto pubblico richiede un'indagine in concreto delle peculiarità statutarie ed operative dell'ente, peculiarità che questo Tar ha già ravvisato nelle finalità lato *sensu* culturali e politiche assunte dall'organismo in questione e nel fatto che lo stesso benefici della copertura delle proprie eventuali perdite di gestione attraverso contributi pubblici, ed è in tal modo tenuto indenne dal rischio d'impresa.”

<sup>33</sup> Così afferma F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Servizi pubblici e Appalti*, 2006, I, 29. In tema si legga anche B. RINALDI, *Sulla nozione di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica e sui limiti all'applicazione dell'evidenza pubblica*, in *Foro amm.-TAR*, 2007, VI, 1899; M.A. SANDULLI, *Imprese pubbliche*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2019, II, 470.

### 3. *Poste Italiane e le sue diverse qualificazioni: le diverse interpretazioni giurisprudenziali alla luce della normativa in materia di appalti*

Dopo alcuni iniziali contrasti tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato<sup>34</sup> agli esordi degli anni 2000, non sembravano essere rimasti particolari dubbi attorno alla qualificazione di Poste come organismo di diritto pubblico. Più volte, difatti, i giudici di Palazzo Spada ribadirono tale assunto in una serie di decisioni dalle quali si evinse, tra gli altri, l'obbligo per Poste di effettuare gare d'appalto.

In particolar modo, il Consiglio di Stato con decisione n. 1206 del 2 marzo 2001 ha ribadito che “non è dubitabile che Poste Italiane S.p.a. sia un organismo di diritto pubblico, perché possiede i tre requisiti cui la normativa nazionale subordina l'attribuzione della qualifica di organismo di diritto pubblico”.

I giudici di Palazzo Spada ritennero la privatizzazione avvenuta nel 1997 meramente formale<sup>35</sup>, visto che lo Stato italiano mantenne la maggioranza delle azioni conservando così ampi poteri governativi sulla società.

Una netta inversione di rotta si ebbe nel 2011, con decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 1 agosto in cui si ribadì che “l'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo sulle procedure di affidamento di contratti relativi a lavori, servizi, e forniture, è individuato sulla scorta di nozioni oggettive e soggettive tratte dal diritto sostanziale dei pubblici appalti, occorrendo che vi sia una procedura di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”.

Prosegue poi la decisione, affermando che “l'assoggettabilità dell'affida-

<sup>34</sup> Si veda al riguardo Corte Cass., Sez. Un., 6 maggio 1995, n. 4989 in *Foro amm.*, 1996, I, 32, con cui i giudici di legittimità, seppur all'interno di una vicenda completamente slegata rispetto a quella relativa a Poste, ritennero che “la costituzione di una società per azioni a prevalente capitale pubblico locale determina la nascita di un soggetto di diritto privato, del tutto distinto dall'Amministrazione pubblica (la quale “dispone del controllo sugli organi societari”) e quindi svincolato dai “meccanismi di gestione propri del diritto pubblico, comprese le norme dettate per i pubblici appalti”. Di orientamento drasticamente opposto era il Consiglio di Stato: si veda Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498 in *Dir. proc. amm.*, 1996, I, 147, con nota di A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione*, per cui le controversie afferenti ai contratti di appalto stipulati da S.p.A. in mano pubblica rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo (nel caso di specie si trattava di Ferrovie dello Stato).

<sup>35</sup> Sul punto, si veda L. AMMANNATI (a cura di), *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, Giuffrè, 1995; F. CAVAZZUTI, *Privatizzazioni, imprenditori e mercati*, Bologna, il Mulino, 1996; P. PIRAS, *Le privatizzazioni tra aspirazioni all'efficienza e costi sociali*, Torino, Giappichelli, 2005; E. BARUCCI – F. PIEROBON, *Stato e mercato nella seconda Repubblica. Dalle privatizzazioni alla crisi finanziaria*, Bologna, il Mulino, 2010; E. CARDI, *Servizi pubblici e mercato: l'esperienza di riforma delle Poste Italiane*, in *Quad. plur.*, 1998, pp. 125 ss. e G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001, pp. 397 ss.

mento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale".

Nel 2016 sempre il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria è tornato sulla *vexata quaestio* attraverso un quartetto di decisioni: le nn. 13, 14, 15 e 16<sup>36</sup> con cui si è riaffermata la natura di Poste Italiane come organismo di diritto pubblico.

Difatti, ai sensi dell'art. 3 comma 26 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (ora art. 3 comma 1 lett. d) del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), gli elementi fondanti dell'organismo di diritto pubblico sono quelli riconducibili alla rilevanza degli interessi generali a carattere non industriale o commerciale, alla circostanza che l'Ente sia dotato di personalità giuridica e quella per cui l'attività debba essere finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

La tesi sostenuta dalla Corte di Cassazione è invece diametralmente opposta rispetto a quella inizialmente abbracciata dai giudici di Palazzo Spada.

Difatti, con una recente ordinanza, la n. 4899/2018<sup>37</sup>, le Sezioni Unite hanno affermato la natura di impresa pubblica di Poste Italiane con conseguente giurisdizione del giudice ordinario relativamente alla procedura di gara posta in essere (nella fattispecie una gara per l'affidamento del servizio mensa per i dipendenti di Poste Italiane e delle società del gruppo).

Nel panorama eurounitario, merita di essere segnalata la pronuncia della Corte di Giustizia UE, n. C-393/06 del 10 aprile 2008<sup>38</sup>.

In essa, la Corte di Giustizia Europea ribadisce un aspetto centrale e nevralgico: la circostanza in forza della quale, l'ambito applicativo della direttiva 2004/18/CE – abrogata dalla 2014/24/UE – espressamente circoscritta alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori nei settori ordinari, si estenda a tutti gli organismi di diritto pubblico anche se operanti nei settori speciali e anche quando l'attività contrattuale posta in essere abbia oggetto estraneo a questi settori.

Da ultimo, il tema della natura giuridica di Poste è stato posto da un'ordinanza del TAR Lazio<sup>39</sup>, con la quale – pur avendo, i giudici romani, preferito

<sup>36</sup> Tutte consultabili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>37</sup> Cass. civ. Sez. Un., 1 marzo 2018, n. 4899, in *Foro amm.*, 2018, X, 1647-1648; anche con nota di D. GALLI, *Settori ordinari e settori speciali: complementarità o alternative?* in *Giorn. dir. amm.*, 2019, II, 227 ss.

<sup>38</sup> Con nota di M.D. POLI, *Le autorità amministrative indipendenti, il rinvio pregiudiziale e la teoria della contaminazione per l'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2008, III, 1471-1480; B. RINALDI, *Sull'applicazione della "teoria del contagio" alle diverse attività di un organismo di diritto pubblico operante nei settori speciali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, III-IV, 975-992.

<sup>39</sup> E ancor più di recente da Tar Lazio, sede di Roma, sez. III, ord., 26 aprile 2019, n. 5327, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2019, I, 132-134.

la tesi dell'organismo di diritto pubblico<sup>40</sup> – tale questione è stata rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea affinché la stessa provvedesse a dirimere il contrasto sulla qualificazione di Poste Italiane.

La pronuncia della Corte di Giustizia è, alla data attuale, ancora attesa nonostante, *medio tempore*, Poste abbia deciso di ritirare la gara.

#### 4.1. *L'organizzazione e i settori di operatività di Poste.*

Attualmente, l'attività in cui Poste è complessivamente impegnata, è segmentata in quattro settori operativi presidiati da varie società del Gruppo: a) Corrispondenza, Pacchi e Distribuzione; b) Servizi Finanziari; c) Servizi Assicurativi e Pagamenti; d) Mobile e Digitale, che includono, tra gli altri, i servizi di telefonia mobile.

Con riferimento allo spettro dei servizi finanziari offerti dalla Società, BancoPosta è attualmente uno dei principali *competitor* in Italia<sup>41</sup>, in riferimento al settore assicurativo il servizio Poste Vita offre una serie di soluzioni assicurative relative a determinati rami e settori: ramo vita, infortuni e salute, responsabilità civile.

Evidentemente, l'attività principale con cui Poste Italiane è nata e si è sviluppata, è stata quella di corrispondenza e distribuzione: ancora oggi Poste Italiane è il primo operatore postale della nazione.

È pacifico che tale attività sia funzionale al soddisfacimento di interessi generali<sup>42</sup>: la stessa, difatti, è tuttora concessionaria – in esclusiva e almeno fino al 30 aprile 2026 – del cosiddetto Servizio Postale Universale<sup>43</sup>, che implica la fornitura obbligatoria – con correlativi esborsi statali a parziale copertura degli oneri – di servizi essenziali di consegna di lettere e pacchi, ad un prezzo controllato, a tutti i Comuni italiani.

Ciò che merita comunque di essere sottolineato, come preannunciato nelle prime righe del presente lavoro, è che la stessa attività postale non può essere analizzata unitariamente ma va esaminata distinguendo tra attività rientranti nel servizio postale universale e servizi esclusi in cui Poste opera in regime di con-

<sup>40</sup> Si veda TAR Lazio, sede di Roma, 12 luglio 2018, n. 7778, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>41</sup> Si veda, sul punto, M.G. BRETONI, *L'evoluzione dei servizi finanziari di Poste a favore degli enti locali sempre più autonomi*, in *La Finanza Locale*, 2005, XII, 179 ss., la quale ricorda quali sono i prodotti finanziari messi a disposizione da Poste Italiane sia per le imprese che per le pubbliche amministrazioni.

<sup>42</sup> Il riferimento è alla più volte citata sentenza del Cons. Stato, Sez. VI, n. 1206/2001.

<sup>43</sup> Il fornitore del servizio universale è individuato dal MISE. I rapporti tra lo Stato e il fornitore del servizio universale sono disciplinati dal contratto di programma, tra il Ministero dello sviluppo economico e Poste Italiane. L'Autorità di regolazione indipendente del settore è l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) che ha conseguentemente istituito, nel dicembre 2012, la direzione per i servizi postali.

correnza con altre società che privatisticamente perseguono i propri scopi. Nella fattispecie, se è vero che rientrano nel servizio universale una serie di attività – di cui si dirà successivamente – è anche vero che gli altri numerosissimi servizi posti in essere da Poste<sup>44</sup> sono offerti liberamente sul mercato.

In riferimento ad essi, pertanto, Poste non svolge un'attività ad interesse schiettamente pubblico e lavora con logiche privatistiche che le permettono di confrontarsi con altri operatori e di spartirsi con essi le porzioni di mercato interessate: per tali ragioni non potrà essere sottoposta alle logiche che governano la disciplina dei contratti pubblici<sup>45</sup>.

Conclusa tale ricognizione, appare quantomeno utile soffermarsi sulle aree di business in cui Poste Italiane maggiormente opera. Nel 2016, del 100% dei ricavi ottenuti da Poste Italiane, il 72% faceva riferimento a servizi assicurativi e di risparmio, il 16% a servizi finanziari, l'11% a servizi postali e commerciali e la restante minima parte per altri servizi.

Ciò significa che, al di fuori di quest'ultima attività che si può definire di “pubblico interesse” – nei limiti in cui la si riferisca al solo servizio universale – i servizi offerti da Poste devono ritenersi interamente assoggettati alle regole del libero mercato<sup>46</sup>.

#### 4.2. *Onori ed oneri del servizio postale universale: il complicato rapporto tra Poste Italiane e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.*

Prima della legge n. 124/2017<sup>47</sup>, i servizi rientranti nel servizio postale universale si distinguevano in riservati (quelli consistenti nella notificazione degli

<sup>44</sup> Tali servizi sono individuati nella Carta dei Servizi Postali ed espressamente individuati come prodotti non rientranti nel Servizio Postale Universale. A titolo esemplificativo, se ne ricordano alcuni: a) PostaTime; b) Raccomandata 1 per la consegna veloce di invii di posta registrata; c) Telegramma; d) Poste Delivery Express Servizio di corriere espresso per spedire documenti e pacchi in tutta Italia fino a 30 kg.

<sup>45</sup> Si leggano a tal proposito le considerazioni svolte da A.M. SANDULLI, *Servizi postali*, cit., 606 ss.

<sup>46</sup> Cfr. D. CAPOTORTO, *Poste Italiane organismo di diritto pubblico? Il conflitto interpretativo torna a Lussemburgo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, V, 637, il quale afferma che “l'evoluzione degli ultimi anni ha indubbiamente determinato un profondo mutamento del quadro complessivo. Innanzitutto, si è completato il processo di apertura alla concorrenza di tutti i segmenti del settore postale, con la definitiva abolizione di qualsiasi spazio di riserva in favore del Fornitore del Servizio Universale (incluse quelle afferenti alle notifiche degli atti giudiziari e delle contravvenzioni del codice della strada), ormai sottoposto alla pressione di migliaia di operatori diffusi su tutto il territorio nazionale.” I dati di cui sopra, sono ricavabili dalla Relazione annuale finanziaria 2016.

<sup>47</sup> Il riferimento è alla legge per la concorrenza che ha disposto l'abrogazione, a decorrere dal 10 settembre 2017, del regime di esclusiva in favore di Poste Italiane dei servizi di notifica a mezzo del servizio postale degli atti giudiziari e delle violazioni del codice della strada. Sul punto si veda D. AGUS, *La legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, VI, 729 ss.

atti giudiziari e delle contravvenzioni al codice della strada) erogati, quindi, in esclusiva dal fornitore del servizio universale e non riservati, erogati cioè anche da parte di operatori postali privati alternativi in possesso di licenza individuale<sup>48</sup>.

Al momento, il servizio postale universale comprende la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione degli invii postali fino a 2kg e dei pacchi postali fino a 20 kg; i servizi relativi agli invii raccomandati ed assicurati nonché la cd. “posta massiva” (ad es. comunicazioni bancarie, bollettini di pagamento ecc.).

Il che sta a significare che Poste Italiane, in qualità di fornitore del servizio universale<sup>49</sup>, garantisce il recapito della corrispondenza secondo le tariffe così come regolate e, per lo svolgimento di tale attività, beneficia di vantaggi economici costituiti dalla corresponsione di finanziamenti erariali erogati a titolo di compensazione per i cosiddetti oneri iniqui: trattasi di quei costi che nessun imprenditore sorretto dalle logiche del profitto, sosterebbe in assenza di obblighi dettati dalla sottoposizione al servizio universale<sup>50</sup>.

Sul punto è, inoltre, necessario menzionare le varie procedure sanzionatorie irrogate dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato proprio nei confronti della predetta società.

Il riferimento è, ad esempio, al provvedimento n. 23065/2011 con cui l’A-

---

<sup>48</sup> Si veda B. ROMANO, *La liberalizzazione del settore postale: i nuovi ambiti oggettivi e soggettivi della Direttiva postale. La concorrenza tra gli operatori nel settore*, in *Amministrativamente*, 2018, VII-VIII, la quale spiega anche le originarie finalità sottese alla predisposizione del servizio universale in capo a Poste; difatti l’autrice ricorda che “il concetto di servizio universale vanta, invero, una matrice anglosassone, tipica dei sistemi di *common law*, che ispirava quattro principi fondamentali all’offerta di *public utilities*: servire tutti; senza ingiustificate discriminazioni; in modo adeguato; ad una tariffa ragionevole. Il servizio postale universale si caratterizza, pertanto, per questi quattro aspetti.”

<sup>49</sup> In relazione al rapporto tra servizio pubblico e mercato sono rinvenibili in dottrina diversi orientamenti, tutti riconducibili peraltro a due contrapposte visioni: da un lato vi è chi concepisce il servizio pubblico come strumento di regolazione volto a conciliare concorrenza e interessi sociali, sottintendendo in tal modo una priorità logica della disciplina del mercato; dall’altro chi sostiene invece che esso sia del tutto incompatibile con la liberalizzazione del mercato, rappresentando un regime dell’attività economica alternativo rispetto a quello della libertà di iniziativa, e non possa quindi essere confuso con una sua forma di regolazione. Per i sostenitori della prima tesi si veda: G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Giuffrè, Milano, 2002, 345 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in *Diz. Dir. pubbl.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2006, 5520.; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 184 ss., ove si chiarisce che servizio universale è «una nozione flessibile, da puntualizzare settore per settore, ed evolutiva, che deve tener conto degli sviluppi tecnologici e delle nuove esigenze dell’utenza». Invece, per i sostenitori della seconda tesi, si veda, tra gli altri, L. BERTONAZZI – R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, 1825.

<sup>50</sup> Sul punto si veda D. CAPOTORTO, *op. cit.*, 9, il quale aggiunge che “La disciplina europea prescrive al fornitore del servizio universale di comportarsi secondo le logiche di un corretto e diligente imprenditore, condizionando la possibilità di ottenere la compensazione dei c.d. costi iniqui proprio all’osservanza di tale comportamento.”

GCM ha sanzionato Poste Italiane per abuso di posizione dominante dovute ad una serie di condotte poste in essere dalla già menzionata società<sup>51</sup>.

Volendo necessariamente riassumere, le finalità che hanno mosso l'Autorità ad avviare tale procedura sono state dettate dalla volontà di stigmatizzare gli effetti di natura anti-competitiva legati alla possibilità per Poste di competere in modo più aggressivo per mezzo della sovrabbondanza di personale e mezzi di cui la stessa dispone per lo svolgimento del servizio universale.

È evidente che una società come Poste, ex monopolista, in mercati sostanzialmente liberalizzati, può trarre ancora beneficio da una posizione di ampio vantaggio iniziale ed è altresì evidente che in una simile condizione, non tutti gli operatori economici saranno indotti ad entrare in simili mercati dove la società stessa, dispone già di un grosso vantaggio<sup>52</sup>.

A ciò si aggiunge che, con il provvedimento n. 26900/2017, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha irrogato una sanzione pecuniaria a carico di Poste Italiane per aver abusato della propria posizione dominante nel mercato del recapito degli invii multipli di corrispondenza ordinaria, ponendo in essere condotte riconducibili ad un'unica strategia escludente nei confronti dei concorrenti sul mercato finale del recapito di tali invii<sup>53</sup>.

Essendo Poste affidataria fino al 2026 dell'erogazione del servizio postale universale, con riferimento a tale ultimo aspetto, l'AGCM ha riscontrato l'esistenza di un monopolio di fatto nell'erogazione dei servizi postali in gran parte delle aree extra-urbane, ovvero in tutte quelle zone meno sviluppate e popolate, in cui i costi per l'erogazione dei servizi postali sono più elevati e quindi senza una sovvenzione statale, alcuna impresa privata erogherebbe il servizio postale in quanto indubbiamente sconveniente ed antieconomico<sup>54</sup>.

Si è così giunti al centro nevralgico del presente contributo: è evidente che se dall'attività appena descritta, Poste non avesse tratto alcun giovamento, sicuramente non avrebbe dato seguito ad una mansione molto dispendiosa e poco

---

<sup>51</sup> La vicenda è riportata e commentata da A. CANEPA, *La tutela della concorrenza nel mercato postale*, in A. CANDIDO, A. CANEPA, V. CARFI, *La tutela della concorrenza nei mercati regolati: le decisioni dell'Agcm in materia di servizi di interesse economico generale (anno 2011)*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, 187-189.

<sup>52</sup> Così afferma L. VASQUES, *Le Poste tra servizio universale e concorrenza. Una recente sentenza del Tar del Lazio*, in *Mercato concorrenza regole*, 2013, I, 209.

<sup>53</sup> Difatti l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha il potere di adottare provvedimenti regolatori in materia di qualità e caratteristiche del servizio universale, disciplinate dal contratto di programma, in cui controparte del gestore postale è il Ministero dello Sviluppo Economico, il quale svolge anche un'attività di controllo e di vigilanza proprio nei confronti di Poste Italiane.

<sup>54</sup> Si veda R. SCIAUDONE – E. CARAVÀ, *L'AGCM sanziona Poste Italiane per abuso di posizione dominante di natura escludente*, in <http://www.replegal.it>. Già precedentemente Poste Italiane era stata sanzionata da AGCM, si veda a riguardo, A. CANDIDO – A. CANEPA – V. CARFI, *La tutela della concorrenza nei mercati regolati: le decisioni dell'Agcm in materia di servizi di interesse economico generale (anno 2013)*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, III, 483- 499.

remunerativa con un evidente sbilanciamento del rapporto costi-benefici in favore del primo fattore e a scapito del secondo<sup>55</sup>.

Inoltre, dal già citato provvedimento n. 26900/2017 con cui l'AGCM ha sanzionato Poste Italiane per abuso di posizione dominante di natura escludente, emerge come la stessa Autorità consideri "dominante" la posizione detenuta da Poste Italiane nei mercati rilevanti.

Per circoscrivere questi ultimi, si è fatto riferimento al mercato intermedio degli invii multipli di corrispondenza ordinaria e al mercato finale del recapito di tali invii: attività, queste, che Poste è tenuta a garantire anche nelle aree extra urbane dove i costi per l'erogazione del servizio sono sicuramente più elevati e, soprattutto, dove non esistono reti di recapito alternative a quella di Poste Italiane<sup>56</sup>.

Nondimeno, secondo il legislatore comunitario<sup>57</sup> una corretta gestione del servizio postale universale è necessaria, per un verso, ad assicurare "a tutti gli utenti accesso agevole alla rete postale offrendo, in particolare, un numero sufficiente di punti di accesso e garantendo condizioni soddisfacenti per quanto riguarda la frequenza della raccolta e della distribuzione" e, per altro, ad evitare meccanismi distorsivi della concorrenza.

Tuttavia, specie negli ultimi tempi, si è assistito ad un programma di rivisitazione – avviato dallo stesso legislatore – degli oneri gravanti su Poste per lo svolgimento del Servizio Universale.

---

<sup>55</sup> Cfr. M. VELLISCIG, *Organismo di diritto pubblico (rinvio pregiudiziale – organismo di diritto pubblico – impresa pubblica – qualificazione – settori speciali – art. 3, comma 1, d.lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, III-IV, 685, il quale afferma che "Il TAR (sentenza del TAR Lazio, Roma, n. 7778/2018) ha quindi giudicato determinante la qualificazione giuridica della società e, sulla scorta sia delle precedenti pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sia di molteplici rilievi fattuali evidenziati nella motivazione dell'ordinanza *de qua*, ha dichiarato difficilmente confutabile la natura di organismo di diritto pubblico della società Poste Italiane Spa. Il Collegio ha infatti affermato che l'operare in regime concorrenziale non è *ex se* sufficiente ad escludere il requisito teleologico, ma mero indice della sua insussistenza, dovendosi invece verificare se l'ente persegua "finalità schiettamente economiche, con piena assunzione del rischio d'impresa", circostanza concretamente esclusa rispetto alla Poste Italiane Spa."

<sup>56</sup> Si veda la delibera 342/14/CONS, con cui l'Agcom ha sottolineato che ratio del servizio universale è infatti quella di assicurare l'accessibilità ad un set minimo di prestazioni essenziali anche in situazioni di mancato equilibrio economico (scarsa domanda) che resterebbero escluse dalle dinamiche di mercato», evidenziando peraltro come il beneficio così garantito agli utenti del servizio postale che risiedono nelle zone remote e, più in generale, alla collettività debba misurarsi in termini di inclusione e coesione sociale, nonché di integrazione degli operatori nell'economia nazionale e globale, a prescindere dunque dalla quantità di servizi postali effettivamente richiesta ed erogata.

<sup>57</sup> Cfr. Direttiva 97/67/CE, c.d. "Prima direttiva postale". Con tale provvedimento, integrato successivamente con le direttive 2002/39/CE "Seconda direttiva postale" e 2008/6/CE "Terza direttiva postale", si è avviato il processo di liberalizzazione dei servizi postali che ha favorito un'apertura graduale dei mercati nazionali alla concorrenza ed una progressiva armonizzazione delle regole che disciplinano il settore postale negli Stati dell'Unione Europea.

Difatti, l'art. 3, paragrafo 3 della direttiva 97/67/CE impone all'operatore che fornisce il servizio universale di garantire una raccolta e una distribuzione della posta in tutti i giorni lavorativi e per almeno 5 giorni alla settimana, obbligo cui è possibile venir meno esclusivamente in «circostanze o condizioni geografiche eccezionali valutate dalle autorità nazionali di regolamentazione».

Il summenzionato quadro legislativo è stato recepito dall'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 261/1999, successivamente modificato dal decreto legislativo del 23 dicembre 2003, n. 384 e dal d.lgs. n. 58/2011, che, a sua volta, ha recepito la direttiva n. 2008/6/CE, e da ultimo dalla legge n. 190 del 2014 (c.d. "legge di stabilità 2015")<sup>58</sup>.

L'art. 3 del d.lgs. n. 261/1999, quindi, in virtù della previgente modifica, attualmente stabilisce che "è assicurata la fornitura del servizio universale e delle prestazioni in esso ricomprese, di qualità determinata, da fornire permanentemente in tutti i punti del territorio nazionale, incluse le situazioni particolari delle isole minori e delle zone rurali e montane, a prezzi accessibili all'utenza" ed "è fatta salva la fornitura a giorni alterni, che è autorizzata dall'autorità di regolamentazione, in presenza di particolari situazioni di natura infrastrutturale o geografica in ambiti territoriali con una densità inferiore a 200 abitanti/kmq e comunque fino ad un massimo di un ottavo della popolazione nazionale. Ogni circostanza eccezionale ovvero ogni deroga concessa dall'autorità di regolamentazione ai sensi del presente comma è comunicata alla Commissione europea."

Come è stato ricordato in dottrina<sup>59</sup>, appare, quindi, evidente la volontà – manifestata in questi molteplici interventi del legislatore – di operare una revisione, un rinnovamento degli obblighi del servizio universale con l'intenzione di estendere il regime di mercato anche ad attività tradizionalmente sottratte alla piena applicazione delle sue regole.

---

<sup>58</sup> Sul punto, si veda E. SANTA MARIA, *La liberalizzazione dei servizi postali*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001, I, 145 ss.

<sup>59</sup> Si veda B. ROMANO, *op. cit.*, 11, la quale afferma che "La disciplina del servizio universale interseca il tema della concorrenza: il fornitore del servizio postale universale, nell'ambito della relativa gestione, è vincolato a scelte organizzative che, lungi dal garantire allo stesso un maggior guadagno, si traducono nell'assunzione di costi cui non sono invece soggetti gli altri operatori privati soprattutto nelle fasi di raccolta e distribuzione. A ciò si aggiunga, l'inammissibilità, per il fornitore, di ricorrere al cd. fenomeno del cream skimming: a differenza degli operatori postali alternativi che ben possono scegliere di offrire le proprie prestazioni esclusivamente a favore delle fasce di clienti o delle aree territoriali più profittevoli, a Poste Italiane non spetta alcuna scelta nel senso che, in qualità di fornitore universale, deve farsi carico anche delle aree in perdita"; anche V. PAMPANIN, *Il postino non suona sempre due volte o non suona affatto: sul mutamento di modello normativo del servizio postale universale*, in *Il Diritto dell'economia*, 2018, I, 102, il quale sostiene che "se la formulazione originaria della disposizione poteva apparire coerente con le disposizioni europee, i recenti interventi di modifica mostrano invece l'intento legislativo di consentire alla società a prevalente capitale pubblico, Poste Italiane, di attuare una profonda ristrutturazione del servizio postale e dell'azienda, in modo da garantire la sua valorizzazione in vista di una possibile collocazione sul mercato, ottenendo al contempo una significativa riduzione dell'onere finanziario sostenuto dallo Stato; il tutto però a costo di un sostanziale ridimensionamento del servizio pubblico universale."

5.1. *Nasce, cresce, cambia: quando dall'attività concretamente posta in essere da Poste Italiane, dipende l'applicabilità del Codice dei contratti pubblici.*

Considerando la progressiva erosione degli oneri connessi al servizio postale universale e la circostanza che Poste abbia ricavato e ricavi tutt'ora moltissimi dei propri proventi dai servizi finanziari e assicurativi, si impone una riflessione: Poste si è evoluta da una società che offriva un solo servizio – quello postale – ad una che offre ai propri clienti un insieme di prestazioni<sup>60</sup>.

Da ciò si può giungere ad affermare che la qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico di Poste Italiane, appaia una forzatura evidente.

L'attività che esercita è, di fatto, parificata a quella che quotidianamente realizzano istituti di credito e agenzie assicurative: imprese private che svolgono con logiche privatistiche le rispettive attività.

In un certo senso, la questione della qualificazione dell'ente è molto simile a quella dei c.d. appalti (o contratti) misti<sup>61</sup>, ovvero a tutte quelle procedure di gara relative ad un contratto avente ad oggetto tanto una componente di forniture di beni quanto una componente di servizi.

In tema, sia sufficiente ricordare che la *vexata quaestio* riguarda proprio la qualificazione giuridica del contratto misto, nel senso che tra le due opposte componenti ci si chiede quale sia quella che prevale: se ad imporsi sia la componente dei servizi o quella della fornitura.

In una recente sentenza, i giudici di Palazzo Spada<sup>62</sup> hanno cercato di fornire una risposta a tale questione muovendo dall'interpretazione dell'art. 20, co. 1, del D.Lgs. 50/2016 con cui si è fornito un duplice principio per la valutazione della qualificazione contrattuale: a) principio della "prevalenza funzionale" b) principio della "prevalenza economica".

Il primo concetto tiene conto di quale sia l'effettiva finalità del contratto, individuando e distinguendo oggetto principale dell'appalto da tutte quelle

<sup>60</sup> Come ricordato da M. ASPRONE, *Le criticità relative all'accesso agli atti nell'impiego pubblico di natura privata nella giurisprudenza*, cit., 8, il gruppo Poste italiane è attivo anche in settori diversi da quello postale. In particolare, dalla fine degli anni Novanta si è sviluppata l'attività di Bancoposta. In proposito, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nella già citata segnalazione dell'ottobre 2012, ha indicato al Parlamento l'esigenza di disporre la separazione societaria dell'attività di BancoPosta dalle attività postali tradizionali, con lo scopo di aumentare il grado di concorrenza nel settore bancario e di garantire maggior trasparenza nel settore postale tradizionale.

<sup>61</sup> In tema, si veda A. BERTOLDINI, *La qualificazione degli appalti pubblici a causa mista fra diritto interno e diritto comunitario: verso un sindacato giurisdizionale sulla funzionalità prevalente del contratto*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2005, IV, 1119 ss.; R. GAROFOLI, *La disciplina degli appalti misti*, in M.A. SANDULLI – V. GAROFOLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2005, 33; R. DE NICTOLIS, *I contratti misti nel codice del 2016*, in *Urb. e app.*, 2016, XI, 1169 ss.; L.A. SCIALLA, *Appalto pubblico di lavori, contratti misti e forza del giudicato interno, tra certezza del diritto "primauté" comunitaria*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2014, IV, 1960 ss.

<sup>62</sup> Cons. Stato, Sez. III, 30 novembre 2018, n. 6822, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

prestazioni che siano, proprio rispetto a questo, strumentali e/o accessorie<sup>63</sup>; il secondo, ad ulteriore conferma e a completamento del primo, stabilisce che l'oggetto principale dell'appalto si determina sulla base del valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi e forniture.

Se si applicassero questi postulati, evidentemente solo in senso "provocatorio" (non essendo in discussione alcun contratto di appalto misto) al caso di Poste Italiane, i risultati sarebbero singolari: attualmente l'attività di Poste è maggiormente incentrata su quei settori che la rendono una società di capitali a tutti gli effetti, con un esborso e un indotto economico che meglio la soddisfa proprio per il tramite di queste attività finanziarie e assicurative, tipicamente privatistiche<sup>64</sup>, rispetto a quella classica di servizio postale in senso stretto.

Sembra ormai potersi affermare con plausibile evidenza che Poste Italiane non possa più essere considerata organismo di diritto pubblico, sebbene in passato non vi siano stati dubbi circa tale qualificazione.

Si è già visto che per effetto della liberalizzazione del servizio postale, oggi, Poste possa considerarsi completamente liberalizzata ed esposta alla concorrenza di migliaia di altri operatori.

---

<sup>63</sup> Nella suddetta sentenza avente ad oggetto la domanda di annullamento di aggiudicazione di una procedura di gara relativa alla fornitura di tutto quanto necessario al controllo delle lavorazioni in asepsi da destinare ad alcuni ospedali veneti, si legge espressamente che "in base al principio di "prevalenza funzionale" di cui all'art. 28 primo comma, primo periodo del d.lgs. n.50/2016, ai fini della fornitura di quanto necessario al controllo lavorazioni in asepsi, l'eventuale componente servizi connessa ai cd. *test* di verifica assumeva una caratterizzazione del tutto strumentale ed accessoria del contratto, che costituiva il reale fine della fornitura. Per questo non vi sono dubbi che il regime giuridico del contratto fosse in ogni caso attratto dalla disciplina delle forniture". In tema si veda anche R. DE NICTOLIS, a cura di, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo. Procedure di affidamento, Volume 1*, 2007, Giuffrè, Milano, 105 ss.; G. MORBIDELLI-M. ZOPPOLATO, *Gli appalti pubblici*, in M.P. CHITI- G. GRECO, a cura di, *Trattato di diritto amministrativo europeo, Volume 2*, 2007, Giuffrè, Milano, 423 ss.; G. GRECO, *Contratti misti e appalti comunitari*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, VI, 1262 ss.; R. GAROFOLI, *Commento all'art.2, l. Merloni*, in F. CARINGELLA, a cura di, *La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici*, 1999, Ipsoa, Milano, 35-47.

<sup>64</sup> Si veda, ad esempio, Cass. sez. V pen. 21 luglio 2015, n. 31660, con nota di J. MACRÌ, *Il dipendente Bancoposta e la raccolta del risparmio tra il pubblico tra attività d'impresa e pubblico servizio*, in *Cassazione Penale*, 2016, X, 3695 ss., il quale, nel criticare l'indirizzo dei giudici di legittimità secondo cui l'operatore bancoposta addetto alla raccolta del risparmio tra il pubblico, debba rientrare nella definizione di cui all'art. 358 c.p. – essendo quindi da considerarsi come persona incaricata di un pubblico servizio – in quanto le trasformazioni subite dall'amministrazione postale negli ultimi venti anni, non hanno influito sulla natura pubblicistica dell'attività, ricorda che "il d.P.R. n. 144 del 2001, ritenuto non rilevante dalla giurisprudenza al vaglio, si rivelerebbe al contrario determinante «nel dimostrare che i servizi di tipo bancario offerti da Poste spa sono esattamente gli stessi servizi offerti da qualsiasi banca». In particolare, il decreto opererebbe una «specifica parificazione di Poste spa. alle banche ai fini dell'applicazione del T.U. Bancario e del T.U. Finanza»; un generale assoggettamento «per quanto non espressamente previsto dal presente decreto», alle leggi civili per ciò che attiene ai rapporti con la clientela; una piena separazione contabile dell'attività di bancoposta rispetto alle altre attività di Poste S.p.A. Da tali argomenti discenderebbe dunque la natura privatistica dell'attività bancaria posta in essere da Poste Italiane".

Attualmente, l'unica circostanza che potrebbe protendere per la conferma della tesi pubblicistica sarebbe quella in forza della quale, Poste resterebbe tuttora detentrica del Servizio Postale Universale<sup>65</sup>. Tuttavia, l'attuale tendenza – nei modi e termini in cui si è in precedenza affermato – di limitare il contesto operativo di tale servizio, sembra tendere verso la soluzione opposta.

Difatti, come si è più volte già sostenuto, Poste Italiane oltre ad essere affidataria del servizio postale universale, si occupa del risparmio postale, è impegnata nel mercato del Welfare e dei servizi di natura assicurativa e, da ultimo, svolge una serie di servizi generalmente utili per il cittadino e per le amministrazioni pubbliche.

Inoltre, le attività maggiormente produttive poste in essere da Poste Italiane ricadono proprio sui settori diversi da quello postale<sup>66</sup> ed è in questo senso che si spiegano le ragioni per cui Poste ha iniziato a sviluppare una propensione sempre maggiore per lo sviluppo di esse<sup>67</sup>.

È chiara in questo senso, la volontà della predetta società di mutare “pelle”: dal tradizionale ruolo rivestito dalla cura del servizio postale, fino alle più recenti – e maggiormente redditizie – attività di risparmio bancario, di previdenza e di copertura assicurativa<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Sul punto, si veda AGCM, deliberazione 15 gennaio 2013 A441 n. 24293 ove si rileva che “considerando l'insieme dei servizi postali rientranti nel servizio universale, resi su tutto il territorio nazionale, Poste Italiane detiene una posizione particolarmente significativa che si attesta intorno all'80% sia in termini di numero che di valore degli invii” e si nota che anche considerando i singoli mercati rilevanti, la posizione di Poste Italiane è sempre qualificabile come dominante.

<sup>66</sup> Si veda M.S. BONOMI, *La trasformazione del servizio universale per rispondere ai nuovi bisogni*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *La riforma del settore postale nell'era digitale*, 2015, in irpa.eu, 103. L'autrice ricorda che “Dall'analisi dei bilanci dell'ultimo triennio dell'attuale fornitore Poste Italiane S.p.A. emerge che, pur essendo l'operatore economico di maggiori dimensioni, essa opera strutturalmente in perdita nel settore postale. Quanto detto può trovare spiegazione nel contesto economico attuale, caratterizzato dal declino delle attività postali tradizionali e dallo sviluppo del commercio elettronico.”

<sup>67</sup> Si legga, sul punto, l'analisi di F. BATTINI, *La gestione finanziaria di Poste Italiane S.p.A. nel 2010*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, V, 530, il quale, nell'analizzare il bilancio di Poste Italiane, ricorda che “seppure i risultati del 2010 registrino lievi diminuzioni rispetto a quelli dell'esercizio precedente, la tendenza degli andamenti aziendali merita una favorevole considerazione soprattutto tenendo conto che nel 1998 – anno di trasformazione in società per azioni dell'Ente pubblico Poste – si era registrato un disavanzo di circa 2.650 miliardi di lire. Tra le cause di tale decisa inversione di tendenza ha avuto rilievo la scelta di ampliare e differenziare l'oggetto sociale e di mirare ad un graduale sviluppo dell'attività finanziaria di BancoPosta, affiancata dalla remunerativa attività di assicurazione. Tale attività “commerciale” è valsa nel tempo a bilanciare i risultati non favorevoli, sotto il profilo finanziario, del servizio postale universale.”

<sup>68</sup> Si legga la delibera Agcom 728/13/CONS, paragrafo 151, in cui si osserva che la stessa Poste ha dichiarato che i servizi degli invii singoli di posta prioritaria e di posta raccomandata sono in perdita e quindi le tariffe di servizi ricadenti nel servizio universale sono ormai insufficienti a ricoprire i costi.

Proprio in questa prospettiva di consolidamento – nel caso di specie nel settore finanziario – Poste ha iniziato a diversificare le attività di gestione del risparmio. Va in questa direzione, ad esempio, la costituzione della società di gestione del risparmio BancoPosta Fondi S.p.A. SGR che istituisce, promuove, gestisce e commercializza fondi comuni di investimento aperti e armonizzati<sup>69</sup>.

Ulteriore riprova dell'intenzione di Poste di voler diversificare le varie attività da essa svolta, sta nella separazione contabile tra le attività commerciali e quelle istituzionali dell'ente stesso. Difatti, con delibera dell'Assemblea straordinaria del 14 aprile 2011, Poste ha costituito – ai sensi dell'art. 2, comma 17 octies del D.L. 29 dicembre 2010 n. 225, convertito con modificazioni con legge 26 febbraio 2011, n. 10 – un patrimonio destinato esclusivamente all'esercizio dell'attività di BancoPosta, così come disciplinata dal D.P.R. 14 marzo 2001, n. 144.

Con tale regolamento, Poste ha precisato che le attività che rientrano nel servizio Bancoposta, sono distinte sotto il profilo contabile<sup>70</sup> ed organizzativo dalle tradizionali attività legate al servizio postale, stante la specificazione di cui al punto 3.1. del predetto regolamento che statuisce: “il patrimonio Bancoposta è separato, a tutti gli effetti, sia dal patrimonio di Poste Italiane, sia da eventuali altri patrimoni destinati”.

Evidente è quindi la scelta<sup>71</sup> di operare una separazione contabile tra le varie attività di Poste (quella finanziaria si ritiene annessa a quella bancaria).

Da ultimo, al 30 settembre 2014 il patrimonio complessivo della clientela riferibile all'attività di BancoPosta Fondi era di circa 60,8 miliardi di euro. In particolare, il patrimonio relativo ai fondi comuni di investimento era pari a circa cinque miliardi di euro e il patrimonio relativo alla gestione di portafogli era pari a circa cinquantacinque miliardi di euro.

In definitiva, si può affermare, con piena cognizione di causa, che le funzio-

---

<sup>69</sup> Così G. MOCAVINI, *I compiti strategici di Poste Italiane*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *cit.*, 41.

<sup>70</sup> Già con il d.lgs. n. 261/1999 che ha recepito la direttiva 97/67/CE, si è stabilito per Poste un obbligo di separazione contabile derivante dalla necessità di quantificare l'onere del servizio postale universale in modo da evitare che la concessione di sussidi statali, previsti solo per tale servizio, potesse andare a beneficio di altri servizi.

<sup>71</sup> In realtà, più che una scelta si tratta di una sorta di imposizione: come ricordato da L. SALTARI, *Poste italiane sempre più banca (del Mezzogiorno)?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, VIII, 835, “la destinazione patrimoniale è frutto di una decisione del legislatore e non degli organi sociali, chiamati solo a renderla operativa. La creazione di un patrimonio destinato per Bancoposta è ordinata alle finalità di vigilanza prudenziale. Questa disciplina, a ben vedere, consente più che altro di formare un “patrimonio di vigilanza” per l'attività creditizia e finanziaria di Poste Italiane. Ciò permette a Bancoposta di adeguarsi alle nuove e più stringenti regole della Banca d'Italia, senza che si renda necessario un vero e proprio scorporo societario. Alla separazione contabile e divisionale, già prevista nel 2001, si aggiunge anche quella patrimoniale. L'adeguamento agli standard più stringenti di vigilanza colloca Poste Italiane alla stessa stregua delle imprese di credito che hanno recepito la più rigorosa regolazione prudenziale seguita alla crisi del 2008. Continua così ad aumentare la discontinuità tra Bancoposta e le altre attività di Poste legate alla nozione di servizio pubblico.”

ni di Banco Posta non siano dissimili da quelle espletate da una qualsiasi società bancaria privata: difatti, esattamente come accade per i classici istituti di credito, nei servizi Bancoposta sono ricomprese tutte le operazioni relative ai conti correnti postali, agli assegni e al pagamento dei bollettini postali.

*Mutatis mutandis*, un discorso simile può essere affrontato per l'attività assicurativa che vede Poste impegnata con la società Poste Vita. Utilizzando la rete di vendita costituita dai vari uffici postali diffusamente ed ampiamente dislocati nella penisola italiana, questa è oggi diventata l'impresa assicurativa leader nel ramo vita in Italia a conferma del fatto che una presenza capillare nel Paese permette di proporre soluzioni assicurative e previdenziali idonee a intercettare e soddisfare i bisogni più comuni di risparmio e protezione per famiglie e imprese<sup>72</sup>.

Tutto ciò permette, quindi, di poter affermare – anche in tal caso – che i servizi assicurativi siano per Poste molto più remunerativi dei servizi postali o del risparmio postale messi insieme.

A quanto appena affermato, si aggiunga che le perdite del settore postale sono riequilibrate dai proventi derivanti dalle altre attività svolte da Poste ed in particolare dal settore bancario-finanziario<sup>73</sup>.

Appare quindi altamente riduttivo dover continuare a considerare Poste unicamente per il settore con cui è nata e cresciuta – ovvero quello postale – ma che, dati alla mano, è stato oramai messo da parte in luogo di altri settori di mercato maggiormente produttivi e redditizi.

Risulta ben più aderente all'attuale realtà evolutiva del gruppo, prendere contezza della netta differenziazione avvenuta per lo svolgimento delle molteplici attività extra postali ed evitare di restare ancorati unicamente al momento genetico di essa: Poste Italiane è attualmente una realtà imprenditoriale talmente variegata e stratificata al punto di poter affermare che ben poco ha mantenuto di quello che un tempo era il Ministero delle poste e dei telegrafi<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Così G. MOCAVINI, *op.cit.*, 48.

<sup>73</sup> La circostanza è ricordata da V. VISCO COMANDINI, *Il settore postale: liberalizzazione e servizio universale*, in P. M. MANACORDA (a cura di), *I nodi delle reti – Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, Passigli, Firenze, 2010, 410. Si legga, inoltre, V. VISCO COMANDINI – F. MAZZARELLA, *Regolazione e concorrenza nel mercato postale italiano*, cit., 545 in cui si afferma che “nel 2009 l'ammontare dei sussidi incrociati provenienti da servizi non postali sia stato pari a 367 milioni di euro, che sommati ai trasferimenti statali per OSU pari a 372 milioni di euro hanno consentito di finanziare il costo netto della relativa annualità (pari complessivamente a 739 milioni di euro)”.

<sup>74</sup> Sia consentito fare riferimento a D. CAPOTORTO, *op. cit.*, 639, il quale nella nota n. 49 ricorda l'efficace – e sempre più attuale – osservazione di M. TROVATO, *Poste Italiane: la nuova IRI*, in *IBL Briefing Paper*, 2009, 71, che afferma: “Se nel 1957 Sergio Ricossa poteva scrivere che «il vero italiano vede con occhiali Salmoiraghi (Iri), si serve di elettricità della Finelettrica (Iri), ascolta [...] programmi della Rai con dischi Cetra e pubblicità Sipra [...], telefona con l'Iri [...], affida i risparmi alle banche dell'Iri, legge giornali sostenuti dalla pubblicità Iri», si potrebbe ben sostenere che il vero italiano del 2009 spedisce con Poste, risparmia con Bancoposta e paga con PostePay, si assicura con Poste Vita, utilizza l'elettricità di Poste Energia e telefona con Poste Mobile.”

Tali considerazioni meritano di essere analizzate anche con riferimento alla disciplina degli appalti, in specie nei settori speciali di cui agli art. 114 a 121: ricordata la natura di impresa pubblica di Poste, si deve necessariamente concludere che tutti gli appalti estranei alla suddetta disciplina, non possono essere assoggettati alle norme in tema di contratti pubblici<sup>75</sup>. Sarebbero, quindi, logicamente escluse tutte quelle procedure che attengono a quelle attività e servizi in cui Poste agisce come un comune imprenditore privato, quali, ad esempio, servizi postali non rientranti nel novero dei servizi universali e attività di corriere, logistiche, finanziarie e assicurative.

In tal senso, il caso di Poste è ancor più emblematico perché, come affermato ripetutamente, essa svolge tanto attività per fini pubblici e generali quanto attività aventi scopi radicalmente diversi; è quindi necessario distinguere l'attività di espletamento di tutti quei servizi rientranti nel novero dei settori speciali o

---

<sup>75</sup> Si legga sul punto, Cons. St., Ad. Plen., 1 agosto 2011, n.16, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1175, con nota di D. IELLO, *La Plenaria chiarisce il perimetro dell'obbligo di gara a carico delle imprese pubbliche*, in cui si afferma espressamente che “al di fuori di questi settori speciali, cioè fuori dell'ambito degli oggettivi servizi pubblici nominati, non vi è sostituzione all'attività amministrativa e pertanto non sorge la necessità di assicurare normativamente la garanzia della concorrenza dei potenziali contraenti, mediante l'imposizione di scansioni particolari del processo di formazione contrattuale; vengono infatti meno la rilevanza e la peculiarità dell'attività che giustificano l'eccezionale attrazione e assoggettamento a regole eteronome sulla formazione della volontà contrattuale con terzi; l'impresa pubblica è comunque un'impresa e come tale agisce anch'essa con rischio, fine di lucro (art. 2082 cod. civ.) e moduli privatistici: e questi debbono essere integri ad evitare claudicazioni rispetto alla concorrenza (cioè restrizioni nell'ordinaria capacità di attività e di competizione)”. La citata giurisprudenza ha avuto una funzione dirompente nello studio della disciplina dei contratti in quanto ha enucleato la categoria dei contratti c.d. estranei: a proposito di essi si legge che “non si tratta pertanto di appalti semplicemente “esclusi”, – ossia rientranti in astratto nell'ambito di applicazione delle direttive ma specificamente “esentati” – bensì di appalti del tutto “estranei” all'ambito di azione della direttiva 2004/17/CE. Gli appalti “estranei” sono quelli esclusi perché sono del tutto al di fuori dei settori di intervento delle direttive o dello stesso ordinamento comunitario, quali gli appalti da eseguirsi al di fuori del territorio dell'Unione (art. 15, direttiva 2004/18/CE e art. 22, direttiva 2004/17/CE), o quali gli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori dei settori speciali per fini diversi dall'esercizio delle attività nei settori speciali (art. 20, direttiva 2004/17/CE). Non sembra, allora, che il rispetto dei principi dei Trattati si imponga alle imprese pubbliche anche per appalti esclusi perché paiono estranei ai settori di intervento delle direttive e dell'Unione. Avuto riguardo agli appalti di cui all'art. 217, codice appalti, aggiudicati per scopi diversi dalle attività dei settori speciali, delle due l'una: a) o l'ente aggiudicatore è un'amministrazione aggiudicatrice, e in tal caso l'appalto, estraneo al settore speciale, ricade nei settori ordinari e dunque nel raggio di azione della direttiva 2004/18/CE; b) o l'ente aggiudicatore è un'impresa pubblica, ossia un soggetto di diritto privato, e in tal caso l'appalto, estraneo al settore speciale, non ricade nei settori ordinari e dunque nel raggio di azione della direttiva 2004/18/CE, che non contempla tra le stazioni appaltanti le imprese pubbliche; e neppure ricade sotto i principi dei Trattati, al cui rispetto devono ritenersi tenuti i medesimi soggetti tenuti all'osservanza delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE in relazione agli appalti da esse “esclusi”, ma non anche in relazione agli appalti ad esse del tutto estranei.”.

quantomeno ad essi strumentali, da quelli aventi scopi e finalità diversi dal perseguimento delle attività di cui agli articoli 115 a 121.

Il tema è stato oggetto di indagine in dottrina<sup>76</sup>, atteso che la prevalenza dell'una o dell'altra tesi avrebbe fortissime ricadute sull'applicabilità della disciplina dei contratti pubblici anche a tutte quelle attività poste in essere per scopi estranei a quelli per i quali si rende necessaria la regolamentazione della procedura di evidenza pubblica.

Anche in giurisprudenza<sup>77</sup>, la questione è stata esaminata in relazione al tema della strumentalità dell'attività: tutto ciò che può dirsi strumentale, funzionale allo svolgimento di un'attività per la quale è prevista l'applicazione della disciplina dei contratti pubblici, ricade, anch'esso, nell'attuazione delle suddette norme.

Si comprende agevolmente che ricondurre le varie ipotesi nei corretti ambiti di applicazione, non è questione di poco conto e di scarsa rilevanza pratica: se l'impresa pubblica operasse in un ambito escluso dalle direttive comunitarie in tema di appalti, non vi sarebbe ragione alcuna di applicare tali norme dato che si sarebbe in presenza di un soggetto che persegue uno scopo di lucro e che si assume i rischi connessi alla propria attività e per tale motivo non potrebbe contravenire ai principi di trasparenza e concorrenzialità che costituiscono la *ratio* della disciplina sugli appalti pubblici.

---

<sup>76</sup> Il riferimento è a M.A. SANDULLI, *Imprese pubbliche*, cit., 484, la quale ricorda che tale distinzione è fondamentale atteso che “o l'attività dell'impresa pubblica può ricondursi agli scopi propri (core business) dell'attività dell'ente, in quanto esclusiva del settore o strumentale rispetto all'attività di gestione o inclusa nella gestione di un servizio, nel qual caso gli affidamenti ad essi relativi sarebbero da ricondurre nella disciplina dei settori speciali, oppure l'attività espletata esula da tali scopi dovendo, come tale, esulare dal descritto regime codicistico ai sensi dell'art. 14 del codice. Ciò si spiega in quanto le attività diverse da quelle attinenti al c.d. core business delle imprese pubbliche, proprio per il fatto di essere espletate in un mercato competitivo, risultano naturalmente portate verso la compressione dei costi dei contratti, spontaneamente orientate all'apertura al mercato dei fornitori di beni e servizi (i.e. verso il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa) e conseguentemente sottratte alle regole di evidenza pubblica, sia pur temperate, previste per i settori speciali.”

<sup>77</sup> Si legga, ad esempio, Cons. St., Sez. VI, 27 dicembre 2011, n. 6820, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che con riferimento ad una procedura indetta da Enel per l'affidamento del servizio di vigilanza e reception presso alcuni suoi edifici, afferma che “va escluso che ad un contratto di vigilanza di siti non legati, neanche in modo strumentale, alla produzione di energia, possano essere applicate in via estensiva le norme previste dai trattati in materia di evidenza pubblica, in quanto si tratta, per le medesime ragioni indicate dalla rammentata sentenza dell'Adunanza plenaria, di un contratto estraneo agli scopi e all'oggetto delle due direttive comunitarie 2004/17/CE e n. 2004/18/CE, cui dà oggi attuazione il d.lgs. n. 163 del 2006.”

## 5.2. *Riflessioni conclusive.*

Si è quindi dimostrato che continuare forzosamente a considerare Poste Italiane organismo di diritto pubblico in quanto, in ogni caso, fornitore del servizio postale, risulta essere una forzatura inammissibile.

In tal senso – ai fini dell’applicabilità o meno della disciplina dettata in materia di appalti pubblici – gioverebbe ricorrere non solo al criterio dell’appartenenza di un soggetto alla categoria dell’organismo di diritto pubblico o a quella dell’impresa pubblica, ma anche a quello – maggiormente attinente all’attuale compagine societaria di Poste Italiane – della tipologia di attività svolta, esattamente come accade in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Sul punto si è già espresso positivamente – sebbene con un provvedimento ormai datato e attraverso semplici accenni seppur ripetuti – il Consiglio di Stato<sup>78</sup> che ha mostrato di non ritenere rilevante l’elemento della natura giuridica dell’ente per determinare la disciplina applicabile.

Difatti i giudici di Palazzo Spada, rilevano che, in ogni caso, per verificare la qualificazione di un ente occorre analizzare non già la natura giuridica, quanto le concrete modalità di espletamento delle sue attività<sup>79</sup>.

Così ragionando, come è stato anche sostenuto in dottrina<sup>80</sup>, la giurisprudenza adotta il criterio di svalutazione della natura giuridica e di conseguente valorizzazione della tipologia di attività concretamente realizzate.

In questa direzione va valutata l’attenzione della giurisprudenza verso l’enunciazione chiara e definita del concetto di strumentalità dell’azione, nel senso che ciò che determina l’applicazione o meno della disciplina del codice dei contratti pubblici non è solo la possibilità di poter qualificare un soggetto

---

<sup>78</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303 con nota di P. PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, II, 518-543; S. DEL GATTO, *Accesso agli atti delle società privatizzate e imparzialità della pubblica amministrazione (ovvero sull’ostensibilità degli atti di Ente Poste S.p.A.)*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2002, IV, 1026-1044; L. IEVA, *Il diritto di accesso agli “atti privatistici” dei gestori di servizi pubblici*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2002, III, 719-734.

<sup>79</sup> Cfr. M. GIGANTE, *Verso la ripubblicizzazione di Poste Italiane?*, in *Giustizia civile*, 2002, IX, 2326.

<sup>80</sup> Si veda M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.A. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Giappichelli, Torino, 1997, 148 ss., il quale afferma che “sia che si ponga l’accento sulla “doppia qualificabilità” della natura delle società legali, ontologicamente pubbliche ma strutturate in forma societaria, sia che l’accento cada piuttosto nel settore dei servizi pubblici di una sorta di regime oggettivamente pubblico degli strumenti di utilità pubblica, indifferente alla natura e alle forme giuridiche dei soggetti di gestione, l’applicabilità di un determinato istituto non può più, com’è tradizionalmente avvenuto, essere fatto passare per il riconoscimento della natura giuridica dell’ente: non può dirsi esistente, in realtà, alcuna connessione automatica e sicura tra la soluzione di una malintesa questione relativa alla natura giuridica dell’ente e la soluzione di una questione relativa all’applicabilità di un determinato istituto di diritto pubblico o di diritto privato.”

come organismo di diritto pubblico o impresa pubblica ma anche e soprattutto la circostanza che quel soggetto, nel caso concreto, agisca ponendo in essere un'attività che il legislatore vuole sia ricondotta nella disciplina degli appalti pubblici<sup>81</sup>.

Non è sufficiente vagliare unicamente il requisito soggettivo di appartenenza dell'ente ma è ulteriormente necessario vagliare quello oggettivo relativo alla tipologia di attività realizzata<sup>82</sup>.

Tale criterio, come si è affermato in precedenza, è quello che è stato adottato dal legislatore in materia di diritto di accesso in cui si tiene di conto di un concetto di pubblica amministrazione sganciata dalla natura pubblica o privata della relativa disciplina ma ancorata "all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario"<sup>83</sup>.

A questo punto, valutare Poste Italiane e di conseguenza qualificarla con riferimento sia alla sua categoria di appartenenza sia alla specifica attività che svolge, significherebbe utilizzare un criterio indubbiamente più attinente all'attuale stratificazione societaria della società stessa.

---

<sup>81</sup> Sul punto si veda M.A. SANDULLI, *Imprese pubbliche, cit.*, 487, la quale afferma che "la giurisprudenza sembra ormai uniformemente schierata nell'affermare che "il concetto di strumentalità dell'appalto dev'essere interpretato in modo ragionevolmente restrittivo, intendendosi per appalto strumentale solo un appalto che sia finalizzato agli scopi propri (core business) dell'attività speciale."

<sup>82</sup> Così Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2026, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui si legge che "non è sufficiente la sussistenza dell'elemento soggettivo, ossia che il soggetto procedente sia obbligato al rispetto delle procedure di evidenza pubblica, in base al diritto comunitario o interno, dovendo convergere, altresì, anche l'elemento oggettivo quanto alle attività oggetto di concessione e la riconducibilità di queste ai settori disciplinati dalle direttive comunitarie del 2004"

<sup>83</sup> Si legga Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 5, con nota di F. MANISCALCO, *Obbligo di accesso agli atti di soggetti privati esercenti attività di pubblico interesse*, in *Foro it.*, 2007, IV, 207-209; M.G. DELLA SCALA, *Diritto di accesso agli atti di un soggetto privato. Profili sostanziali e processuali. Osservazioni a margine dell'adunanza plenaria n. 5 del 2005*, in *Foro amm.-CdS*, 2006, III, 769-783; anche TAR Lazio, sede di Roma, Sez. III, 13 dicembre 2012, n. 10390 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). in cui si afferma che "le regole dettate in tema di trasparenza della pubblica amministrazione e di diritto di accesso ai relativi atti, predicato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, si applicano non solo alle pubbliche amministrazioni in senso stretto, ma anche ai soggetti privati chiamati all'espletamento di compiti di interesse pubblico, come i concessionari di pubblici servizi, società pubbliche ad azionariato pubblico, etc.". In tema si legga anche B. ARGIOLAS, *Diritto d'accesso e sdoppiamento dei gestori di servizio pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, X, 1062, in cui l'autore ricorda che "in base agli orientamenti più recenti del Consiglio di Stato, è noto che l'ostensione degli atti di diritto privato è consentito (sempre) nei confronti della pubblica amministrazione «in senso classico» ma anche, in alcuni casi, nei confronti di soggetti privati gestori di servizio pubblico. In sostanza, secondo il Consiglio di Stato, il regime dell'attività (di diritto pubblico o di diritto privato) è irrilevante ai fini dell'applicazione delle norme sull'accesso. È lo stesso art. 23 della l. n. 241/1990, così come riformulato dall' art. 4, c. 2, della l. n. 265/1999, a prevedere l'applicabilità della disciplina dell'accesso nei confronti dei gestori di servizio pubblico (precedentemente venivano contemplati solo i concessionari) e quindi nei confronti di persone giuridiche aventi spesso natura privata e, comunque, normalmente operanti, quale che sia la natura giuridica assunta, in regime privatistico."

A ciò si aggiunga che da quanto emerso ed affermato precedentemente sembrano esserci pochi dubbi attorno alla qualificazione di Poste in termini di impresa pubblica atteso che essa, oramai, agisce sul mercato subendo le perdite connesse all'esercizio delle proprie attività e le stesse attività commerciali finirebbero addirittura per finanziare – almeno in parte – gli oneri connessi all'erogazione del servizio universale, con ciò confermando l'assunzione su sé stessa del rischio d'impresa<sup>84</sup>.

In definitiva ed in conclusione, è lecito affermare che l'ente Poste Italiane sia ben più vicino alla figura dell'impresa pubblica rispetto a quella dell'organismo di diritto pubblico, in virtù dell'attuale svolgimento di molteplici attività di natura imprenditoriale, in regime di concorrenza con altre società private attraverso vere e proprie imprese costituite e controllate da una o più amministrazioni, ma comunque sfordate del requisito teleologico (ovvero della finalità di soddisfacimento di interessi della collettività) tipico, in particolare, degli organismi di diritto pubblico<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Così D. CAPOTORTO, *Poste Italiane organismo di diritto pubblico?* cit., 639; anche M.A. SANDULLI, *Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in *Servizi pubblici e appalti, quaderni 1*, 2004, 5-35.

<sup>85</sup> Sul punto, da ultimo, si prendano altresì in considerazione le recentissime Conclusioni dell'avvocato generale M. Bobek, presentate il 23 aprile 2020 in causa C-521/18, in eur-lex.europa.eu, in base alle quali si afferma che non è neppure necessario stabilire se Poste Italiane sia un organismo di diritto pubblico in quanto “è sufficiente constatare che Poste Italiane soddisfa i criteri di cui all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva servizi di pubblica utilità per essere qualificata come impresa pubblica. Poiché la maggioranza delle azioni di Poste Italiane è detenuta dallo Stato o da organi ad esso collegati, si deve presumere che lo Stato eserciti un'influenza dominante su Poste Italiane. Ne consegue che Poste Italiane è un'impresa pubblica ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva servizi di pubblica utilità.”

### **Abstract**

Il presente contributo analizza i diversi ambiti di operatività di Poste Italiane con specifico riferimento all'applicabilità, nei suddetti settori, della disciplina dei contratti pubblici. La questione intreccia inevitabilmente il problema della qualificazione della natura giuridica di Poste in termini di organismo di diritto pubblico o di impresa pubblica. La finalità del lavoro è quella di indagare profili di connessione tra le attività concretamente poste in essere da Poste e la necessità, per quest'ultima, di operare con procedure ad evidenza pubblica. In particolare, a tal riguardo, si è approfondito che il distinguo più avvincente non attiene al profilo formale relativo alla qualificazione giuridica dell'ente, quanto a quello sostanziale concernente i vari settori operativi di Poste.

Poste Italiane: between body governed by public law and public undertaking

by Riccardo D'Ercole

This contribution analyses the various areas of operation of Poste Italiane with specific reference to the applicability, in the above-mentioned sectors, of the discipline of public contracts. The question inevitably intertwines the problem of the classification of the legal nature of Poste in terms of a body governed by public law or a public undertaking. The aim of the work is to investigate profiles of connection between the activities concretely put in place by Poste and the need to operate with procedures with public evidence. In this regard, it was noted that the most interesting distinction does not concern the formal profile of the legal status of the entity, as regards the substantive one concerning the various operating segments of Poste.

# L'autorganizzazione dell'Assemblea Regionale Siciliana tra norma e diritto vivente

di Mario Di Piazza

SOMMARIO: 1. Autonomia e autorganizzazione. – 2. L' articolo 4 dello Statuto speciale di autonomia: il Regolamento interno quale espressione della potestà di "autorganizzazione" dell'Assemblea regionale siciliana. – 3. La potestà normativo-regolamentare dell'Assemblea regionale siciliana in materia di autorganizzazione prima della sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2019. – 3.1. (Segue) L'autorganizzazione "tipica" dell'Assemblea regionale siciliana fondata sull'articolo 4 dello Statuto speciale: i primi tentativi definitori. – 3.2. (Segue) La potestà normativo-regolamentare dell'Assemblea regionale siciliana in materia di autorganizzazione in rapporto alle altre attività "specificatamente amministrative". – 4. L'evoluzione giurisprudenziale in materia di autorganizzazione ante sentenze della Corte costituzionale n. 43 del 2019 e n. 22 del 2020. – 5. La "svolta" della giurisprudenza costituzionale: le sentenze n. 43 del 2019 e n. 22 del 2020 e la (ri)definizione della nozione di autorganizzazione rispetto alle "altre" funzioni amministrative delle Assemblee legislative regionali. – 5.1. (Segue) La sentenza n. 43 del 2019. – 5.2. (Segue) La sentenza n. 22 del 2020. – 6. I nuovi orientamenti giurisprudenziali delle Corti di merito e loro incidenza nel "diritto vivente". – 6.1. (Segue) Gli ulteriori attributi definitori fondanti dell'autorganizzazione delle Assemblee politico-legislative regionali nel "diritto vivente" successivo alla "svolta" giurisprudenziale del 2019/2020 e loro reflessa sul sindacato giurisdizionale. – 7. Conclusioni.

## 1. *Autonomia e autorganizzazione*

Il concetto di "autonomia" è sovente accostato (se non assimilato), nel linguaggio comune, a quello di "indipendenza", e "pare indicare soprattutto la possibilità di un soggetto di determinare con proprie decisioni il proprio comportamento; più semplicemente, di comportarsi secondo proprie scelte.

Ma il termine è più proprio del linguaggio giuridico, dove, peraltro, è impiegato con una pluralità di significati talora nettamente divergenti, e quasi mai totalmente coincidenti<sup>1</sup>.

Al contempo, l'autonomia non va confusa con la "sovranità" che, "per definizione, è *illimitata*. E, anche per questo, non può che essere originaria (...). L'autonomia, un'autonomia, qualsiasi autonomia, in quanto relazione, è delineabile solo come riconosciuta da una istituzione, da un ordinamento: ossia, in quanto da questa istituzione, da questo ordinamento sia derivata. Se l'autonomia in senso giuridico esprime una relazione, questa relazione deve essere definita come di derivazione di un ordinamento, di una istituzione, se si vuole del sog-

---

<sup>1</sup> Cfr. A. ROMANO, voce *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1987, che la concepisce non quale "situazione in sé, ma (...) situazione all'interno di un rapporto, di una relazione. Più brevemente, l'autonomia come rapporto, come relazione".

getto al quale l'uno o l'altra pertengono, da un ordinamento, da una istituzione, se si vuole dal soggetto al quale l'uno o l'altra pertengono. E, se non altro per questo, l'autonomia, in contrapposizione alla sovranità, è coesenzialmente *limitata* (...)<sup>2</sup>.

In sintesi, l'autonomia (...) «...indica: soggettivamente, la potestà di darsi un ordinamento giuridico e, oggettivamente, il carattere proprio di un ordinamento giuridico...»<sup>3</sup>

In campo più propriamente costituzionale, l'*autonomia regionale* «va ricompresa, in una prima accezione, nel concetto più ampio di autonomia, che sta ad indicare, secondo la classica definizione del Mortati, 'la libertà di determinazione consentita ad un soggetto, esplicantesi nel potere di darsi una legge regolativa della propria azione, o, più comprensivamente, la potestà di provvedere alla cura di interessi propri e quindi di godere e di disporre dei mezzi necessari per ottenere un'armonica e coordinata soddisfazione degli interessi medesimi'»<sup>4</sup>.

I concetti di autonomia sono stati poi ricondotti essenzialmente a tre: autonomia *normativa*, *politica* ed *organizzatoria*, di cui, peraltro, quella *finanziaria* ne indica piuttosto una qualità, vale a dire la relativa autosufficienza di alcuni soggetti per quanto riguarda la provvista di mezzi finanziari necessari allo svolgimento della loro attività. Per autonomia *normativa*, si intende, secondo la definizione del Giannini, la «potestà attribuita in ordinamenti giuridici statali ad enti diversi dallo Stato di emanare norme costitutive dello stesso ordinamento giuridico statale»; per *autonomia organizzatoria*, la situazione giuridica di (relativa) indipendenza propria di alcune figure soggettive rispetto ad altre figure soggettive omogenee, nel senso che le prime godono di un regime giuridico parzialmente diverso da quello cui sono assoggettate le seconde; per *autonomia politica*, il potere di alcuni enti di darsi un indirizzo politico diverso da quello dello Stato.<sup>5</sup>

Dall'autonomia (nelle sue varie accezioni) va ancora tenuta distinta l'*autarchia*, intesa non secondo il significato etimologico del termine (possibilità di alcune formazioni sociali di autogovernarsi) bensì, più restrittivamente, come potere conferito dall'ordinamento giuridico statale ad alcuni enti di emanare provvedimenti concreti ai quali l'ordinamento stesso attribuisce la stessa efficacia («esecutorietà») degli atti amministrativi dello Stato-soggetto.<sup>6</sup>

E posto che, infine, l'ente «Regione» gode di autonomia normativa, organizzatoria e politica («entro i limiti istituzionali che sono loro propri e con i

<sup>2</sup> Cfr. A. ROMANO, *Autonomia*, *op. cit.*, corsivo aggiunto.

<sup>3</sup> Così S. ROMANO, voce *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1946, citato da A. Romano, *Autonomia*, *op. cit.*

<sup>4</sup> Cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XIV edizione interamente riveduta da G. Silvestri, Milano, 2017, 683.

<sup>5</sup> Così T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, *op. cit.*

<sup>6</sup> Così T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, *op. cit.*, 684.

controlli costituzionalmente stabiliti”), “le considerazioni sin qui svolte valgono a dare una nozione dell'autonomia regionale non limitata al campo normativo, bensì estesa al campo amministrativo e finanziario ed a quello politico (nel senso che si è detto). Questi vari campi nei quali l'autonomia regionale rinviene le sue forme di esercizio (e le potestà che vi sono riconnesse) trovano al loro vertice un elemento comune ed unificante che è dato dalla *situazione giuridica attiva in cui l'ente Regione è stato posto nei confronti dello Stato, essendosi questo autolimitato con l'attribuire alle Regioni poteri e funzioni — costituzionalmente garantiti — che (almeno in Italia) gli erano tradizionalmente propri.* (...) Si può dunque giungere ad affermare che *la Regione ha un vero e proprio diritto soggettivo alla intangibilità della sua sfera giuridica ed è legittimata ad agire nei confronti dello Stato qualora questo violi l'ambito della sua competenza*”.<sup>7</sup>

2. *L'articolo 4 dello Statuto speciale di autonomia: il Regolamento interno quale espressione della potestà di “autorganizzazione” dell'Assemblea regionale siciliana.*

La potestà normativo-regolamentare dell'Assemblea regionale siciliana (A.R.S.), in aggiunta alle funzioni di natura legislativa, ispettiva e di indirizzo politico, si radica eminentemente nell'art. 4, parte seconda, dello speciale Statuto di autonomia, che, nella qualità di fonte di rango costituzionale ai sensi dell'art. 116 della Costituzione, stabilisce che il Regolamento interno dell'ARS “*contiene altresì le disposizioni circa l'esercizio delle funzioni spettanti all'Assemblea regionale*”.<sup>8</sup>

In forza, dunque, della superiore “*riserva di regolamento*”, che si estende a tutto

<sup>7</sup> Così T. MARTINES, *Diritto costituzionale, op. cit.*, 685.

<sup>8</sup> Corsivo aggiunto. Il Regolamento assembleare siciliano, al pari di quelli delle Camere del Parlamento nazionale, si pone (nello specifico ambito delle competenze regionali: cfr. Corte Cost., sent. 20 luglio 2007, n. 301, punto 3.1, in diritto), ora come fonte attuativa ora esecutiva di disposizioni costituzionali e (più peculiarmente) statutarie in rapporto alle quali le stesse norme regolamentari si trovano funzionalmente connesse. Esso disciplina non solo (e principalmente) l'organizzazione interna dell'A.R.S., ma anche le procedure attraverso cui vengono estrinsecate le attribuzioni dell'Organo e regolati (nei limiti di competenza statutarî) i rapporti tra questo e l'Esecutivo, gli organismi e gli organi diversi dall'Ente Regione. Per quanto precede, si può anzi affermare che nonostante l'uso dell'aggettivo “interno”, adoperato dallo Statuto speciale, il Regolamento in questione è dotato (anche) di rilevanza esterna, andando a comporre il sistema complessivo delle fonti regionali e, quindi, l'ordinamento generale della Repubblica: cfr. T. MARTINES-A. RUGGERI-C. SALAZAR-A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 2019, 59; G. MELONI *I regolamenti consiliari tra norma interna e fonte del diritto*, in *Archivio saggi/fascicoli*/fasc. 3, 2009 in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it). Ci sia poi consentito il rinvio a M. DI PIAZZA, *Le origini del regolamento interno dell'Assemblea regionale siciliana*, in *Verso il nuovo Statuto della Regione, Le radici della memoria le ragioni della speranza, Approfondimenti tematici*, Vol. I, *Quaderno n. 6 del Servizio Studi legislativi dell'ARS*, Nuova serie, Assemblea regionale siciliana, Palermo, 2005, 169 ss.; e a M. DI PIAZZA, *L'Assemblea, Il regolamento interno: posizione nel sistema delle fonti e contenuti*, in *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, a cura di A. RUGGERI – G. VERDE, Torino, 2012, 49 ss, e bibl. ivi citata.

quanto attiene al funzionamento dell'Assemblea, a norma del citato art. 4 dello Statuto siciliano si concretizza *l'ulteriore funzione* attribuita al Corpo politico-legislativo regionale, vale a dire la funzione di *autorganizzazione interna*, “*pacificamente riconosciuta al Consiglio regionale al pari che ai due rami del Parlamento*”.<sup>9</sup>

In definitiva, la “*riserva di regolamento*” è intimamente connaturata al “potere” di regolamento, ossia al *quantum* di potestà normativa (regolamentare) che, in luogo di quella legislativa, l'Assemblea esercita in materia di autoorganizzazione e, al di fuori di tale ultima funzione (intesa nel senso tradizionale e “stretto” del termine), nelle residuali materie “specificatamente amministrative”.

Posto infatti che, come si vedrà più avanti, residuano in capo all'Assemblea regionale siciliana funzioni specificamente amministrative, sulle quali possono concorrere, a diverso titolo, fonti normative “esterne”, diverse cioè da quella regolamentare interna, sembra utile, per non dire imprescindibile, prendere le mosse dalle attribuzioni conferite all'A.R.S. dallo Statuto siciliano alla luce della giurisprudenza in materia, *in primis* costituzionale.<sup>10</sup>

Con la “storica” sentenza 30 giugno 1964, n. 66, la Corte Costituzionale, risolvendo un conflitto di attribuzione tra la Regione e lo Stato, ebbe modo di affermare che, pur non potendo parificarsi la potestà regolamentare di cui all'art. 4 dello Statuto siciliano a quella prevista dall'art. 64 della Costituzione, con il corollario dell'incompetenza regionale a dettare norme in tema giurisdizionale, l'Assemblea regionale siciliana gode nondimeno di quella indipendenza nella misura necessaria ad assicurare il libero esercizio delle sue funzioni legislative e politiche: “*il potere di regolamento*, infatti, offre la possibilità di *dettare norme di organizzazione dei servizi e degli uffici*<sup>11</sup> e di *disciplina dei rapporti coi dipendenti secondo l'autonomo apprezzamento che l'Assemblea fa delle proprie esigenze*<sup>12</sup>, ed il sindacato giurisdizionale sulla conformità dei singoli atti a queste norme non appare in verità tale da turbare quella libertà”.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Così Corte Cost., sent. 20 marzo 1985, n. 69: v. oltre, nel testo. Corsivo aggiunto. Prima della “svolta” giurisprudenziale della Corte costituzionale del 2019 (V. oltre, Parte III), la tematica dell'autorganizzazione era stata oggetto di riflessione da parte di chi scrive: cfr. M. DI PIAZZA, *L'istituzione dell'Archivio storico dell'Assemblea regionale siciliana tra potere di regolamento e norme di attuazione dello Statuto speciale*, Assemblea regionale siciliana, Palermo, 2010.

<sup>10</sup> Come è stato rilevato (cfr. M. PICCHI, *I regolamenti interni dei Consigli regionali: note minime*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2001, 269-293) il tema dei regolamenti interni dei Consigli regionali ha suscitato in passato un certo interesse in dottrina sebbene, spesso, la trattazione sia avvenuta attraverso una mera trasposizione di quanto elaborato per i regolamenti parlamentari e con l'individuazione talvolta acritica delle differenze esistenti. In tema, cfr., altresì, G. SIRIANNI, *I regolamenti delle Assemblee regionali*, pubblicato su *Diritto e società*, n. 2/2007 e su [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), 2007; e P. STANCAPI *Sull'estensione e sui limiti del regime di autonomia dei consigli regionali. Considerazioni critiche e ricostruttive: In margine al conflitto di attribuzione risolto con la sentenza n. 209 del 1994 della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 1995, n. 1, 63-142.

<sup>11</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>12</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>13</sup> In disparte di quanto si avrà modo di illustrare *funditus* più avanti, in tale pronuncia pos-

Quanto sopra, con la premessa che “La Corte non dubita che l'Assemblea regionale siciliana non possa essere configurata come organo amministrativo, giacché le sue attribuzioni – così come delineate nello Statuto che realizza le particolari forme di autonomia previste nell'art. 116 della Costituzione – sono o legislative (artt. 14-19 dello Statuto siciliano) o politiche (artt. 9, primo comma, e 20, secondo comma), *e mai amministrative*<sup>14</sup> (cfr. sent. n. 2 del 15 gennaio 1959) fino al punto che anche il potere regolamentare di esecuzione delle leggi è demandato al Governo regionale (art. 12, terzo comma). Ma da ciò non deriva che l'Assemblea regionale possa essere parificata alle Camere né sotto il profilo della equivalenza degli atti legislativi né sotto quello, più lato e comprensivo, della c.d. attività di indirizzo politico.

È in proposito da osservare che l'attività della Regione, anche quando è manifestazione di legislazione «esclusiva», incontra vari limiti nella legislazione statale, che discendono o da esplicite previsioni degli Statuti o, come la Corte più volte ha avuto modo di affermare (cfr., ad es., sent. n. 49 del 4 aprile 1963 e sent. n. 4 del 24 gennaio 1964), dal principio fondamentale di unità della Repubblica enunciato nell'art. 5 della Costituzione (cfr. anche art. 1 dello Statuto siciliano), con la necessaria conseguenza che nel quadro delle fonti le leggi regionali, anche se emanate nelle materie riservate, non possono essere poste sullo stesso piano delle leggi statali.

Questa conclusione trova adeguata giustificazione nella constatazione che, per quanto lo Statuto siciliano conferisca alla Regione un'ampia *autonomia*, questa non è da confondere con la *sovranità* che resta attribuito dello Stato. La Corte ha affermato, anche in decisioni riguardanti la legislazione regionale «esclusiva», che la Regione resta inquadrata nello Stato e subordinata allo Stato (cfr. sentenza 26 gennaio 1957, n. 9), e con giurisprudenza costante (cfr. sentenze 5 novembre 1957, n.124; 26 gennaio 1960, n. 2 e 18 maggio 1960, n.32; 22 dicembre 1961, n.66; 7 giugno 1962, n.46) *ha in via generale accertato che la competenza delle Regioni è strettamente limitata alle materie quali sono elencate negli Statuti speciali, restando escluso che, rispetto a queste, possano valere criteri finalistici che non risultino da valutazioni del tutto obiettive del loro contenuto*.<sup>15</sup> Questo indirizzo giurisprudenziale ha trovato conferma nella recente sentenza n. 56 del 9 giugno 1964, nella quale la Corte, enunciando a proposito della legislazione della Regione Trentino-Alto Adige un principio

---

sono ravvisarsi i prodromi definitori del concetto di “autorganizzazione”, successivamente e progressivamente affinato; altra definizione la ritroviamo nella sentenza 30 luglio 1997, n. 289 dove è affermata “*la riconducibilità all'art. 122, quarto comma, della Costituzione delle opinioni espresse e dei voti dati nell'ambito delle attività rivolte a fornire all'organo consiliare i mezzi indispensabili per l'esercizio delle sue funzioni, con la doverosa precisazione, tuttavia, che non si tratta di una immunità assoluta, in quanto essa non copre gli atti non riconducibili ragionevolmente all'autonomia ed alle esigenze ad essa sottese.*” Corsivo aggiunto.

<sup>14</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>15</sup> Corsivo aggiunto.

generale, ha ribadito che le Regioni sono enti con fini predeterminati e inderogabilmente fissati.”

Successivamente, con sentenza 30 dicembre 1968, n.143, il Giudice delle leggi pronunciandosi su una questione di legittimità costituzionale riconosceva legittima la sottrazione al controllo della Corte dei conti degli atti di spesa del Presidente del Consiglio regionale del Friuli-Venezia Giulia relativi al funzionamento di quell'Assemblea politico-legislativa, puntualizzando che ciascuna delle Regioni a statuto speciale “ha organi di governo e, *ben distinta, un'assemblea politico-legislativa*.<sup>16</sup> Nel contesto del nostro ordinamento, caratterizzato dalla pluralità dei poteri, la Regione si colloca come ente dotato di autonomia politica pur nell'unità dello Stato; autonomia che gli statuti in generale riconoscono ad essa quale entità diversa da questo, ma che si è tradotta in precise potestà attribuite alle assemblee legislative regionali da norme statutarie. Quanto poi, in particolare, al Consiglio del Friuli-Venezia Giulia, esso non solo è organo politico-legislativo ma, al pari di altre assemblee regionali (sent. n. 66 del 1964), *non ha funzioni esecutive neanche di natura regolamentare*<sup>17</sup> (artt. 42 e 46 dello Statuto). *Ne discende che, corpo indipendente e situato fuori dell'ordine amministrativo*<sup>18</sup> (v. anche art. 289, n. 2, del Codice di procedura penale modificato da legge 30 luglio 1957, n. 655), *i suoi atti non sono sottoposti a riscontro esterno*.<sup>19</sup>

*Non vi contraddice una precedente sentenza*<sup>20</sup> con cui questa Corte ha negato l'assimilazione delle assemblee legislative regionali al Parlamento nazionale e riconosciuto, tra l'altro, che le controversie relative ai loro dipendenti sono sottoposte alla giurisdizione statale (sent. n. 66 del 1964): infatti, con ciò si è inteso soprattutto rilevare come l'azione di queste assemblee, prive del potere di esprimere un indirizzo politico generale” (...) “sia sottoposta a quel controllo giurisdizionale che, uniforme in tutto il territorio dello Stato, è garantito, nell'interesse dei singoli, dall'art. 24 della Costituzione. Con il che non si è fatta derivare la competenza del giudice esclusivamente dalla natura amministrativa degli atti, *ma si è voluta soltanto riaffermare la validità del precetto costituzionale, per cui «tutti possono agire in giudizio»*<sup>21</sup>, in un campo nel quale mancano norme e principi che, come sembrerebbe per il Parlamento, prevedano un diverso sistema di tutela; *né si è esclusa, anzi si è riconosciuta l'indipendenza dell'assemblea regionale, posizione connaturata a precise attribuzioni politiche e legislative, sia pure circoscritte nell'ambito del territorio regionale, e perciò incompatibile col riscontro a cui è sottoposta, indipendentemente dalla difesa di diritti soggettivi o di interessi legittimi, la pubblica amministrazione*.<sup>22</sup>

<sup>16</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>17</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>18</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>19</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>20</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>21</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>22</sup> Corsivo aggiunto.

Senonchè, ancora dopo, la Corte torna sull'argomento, affrontando il tema (e le sottese questioni) delle funzioni dell'A.R.S. di natura *non legislativa*, ovverossia di quelle funzioni *non* direttamente strumentali all'esercizio di queste ultime: in altre parole, le "funzioni amministrative" *tout court* poste in essere dall'Assemblea regionale siciliana.

E così, con sentenza 2 giugno 1994, n. 209, in sede di conflitto di attribuzioni, la Corte, dopo aver ribadito (ancora una volta sotto il profilo giurisdizionale) che "la riserva di regolamento"<sup>23</sup> stabilita dall'art. 4 dello Statuto speciale a favore dell'Assemblea regionale siciliana non può ricomprendere il potere di prevedere con il predetto regolamento procedimenti volti all'accertamento di eventuali responsabilità contabili dei dipendenti dell'Assemblea stessa, aventi l'effetto di sostituire o di escludere il giudizio di responsabilità della Corte dei Conti cui sono ordinariamente soggetti i dipendenti pubblici", ha per la prima volta fatto cenno, *ex professo*, all'attività "amministrativa" del Consesso politico-legislativo siciliano.

Osserva, infatti, la Corte, reinterpretando quanto già affermato con la sentenza n. 66/64, che "pur se lo Statuto speciale per la Regione siciliana (art. 20) attribuisce in via generale le "funzioni amministrative" alla Giunta regionale, tuttavia residuano in capo all'Assemblea regionale siciliana *ulteriori funzioni specificamente amministrative, collegate alla assunzione e alla gestione del personale dipendente, nonché all'organizzazione degli uffici dell'Assemblea medesima*".<sup>24</sup>

In realtà, l'esclusione delle funzioni legislative, qualsiasi sia il soggetto o l'organo che le eserciti, dagli oggetti del potere istruttorio connesso alla giurisdizione contabile ha la sua giustificazione costituzionale nel *carattere primario delle predette funzioni*,<sup>25</sup> carattere dal quale deriva la stessa soggezione del giudice (soltanto) alle leggi, tanto se statali, quanto se regionali (art. 101 della Costituzione; v. anche sent. n. 285 del 1990). Sotto il profilo indicato, in relazione a organi "non costituzionali", ancorché di rilievo costituzionale – come l'Assemblea regionale siciliana o, in genere, i consigli regionali –, che non godono, in quanto tali, di un'eccezionale esenzione dalla giurisdizione ordinaria o amministrativa, la nozione di "autorità amministrativa" contenuta nell'art. 74 del regio decreto n. 1214 del 1934 va decifrata nel senso che, mentre ricomprende le attività delle assemblee regionali di *carattere amministrativo*<sup>26</sup> (vale a dire, nel caso della Assemblea siciliana, le attività di organizzazione degli uffici e quelle attinenti al personale dipendente), *esclude, invece*<sup>27</sup>, dal proprio ambito le attività inerenti allo svolgimento delle *funzioni legislative e quelle direttamente strumentali all'esercizio di queste ultime (attività ispettive, commissioni d'inchiesta, poteri di controllo politico, etc.)*"<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>24</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>25</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>26</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>27</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>28</sup> Corsivo aggiunto.

Se, dunque, dalla ricostruzione operata emerge che l'A.R.S. può svolgere (come svolge) anche attività "specificamente amministrativa", quest'ultima deve trovare fondamento, per il principio di legalità, nella *corrispondente* potestà normativa che, come abbiamo visto, è di stretta competenza regolamentare per tutto quanto attiene all'autorganizzazione (in senso lato, come meglio si avrà modo di rilevare più avanti), in conformità al dettato costituzionale dell'art. 4 dello Statuto speciale, a similitudine – *mutatis mutandis* – di quanto previsto dall'art. 64 Cost. per le Camere.<sup>29</sup>

Sorge, in altri termini, l'esigenza di individuare il tipo di potestà normativa che l'A.R.S. può esercitare in tali casi.

### 3. *La potestà normativo-regolamentare dell'Assemblea regionale siciliana in materia di autorganizzazione prima della sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2019*

Posto che, come evidenziato sopra, l'A.R.S. esercita *anche* funzioni amministrative e che il suo Regolamento interno contiene, per espressa riserva statutaria, le correlative disposizioni per il loro esercizio, occorre individuare l'"intensità" di competenza normativa di cui l'Assemblea gode ogni qualvolta ponga in essere disposizioni regolamentari legittimate, appunto, dall'art. 4 dello Statuto speciale.

Punto di partenza, ancora una volta, la giurisprudenza costituzionale.

In sede di conflitto di attribuzioni, la Corte ha avuto modo di affermare con riferimento a Regione ad autonomia differenziata<sup>30</sup> che "Il Consiglio della Regione Friuli-Venezia Giulia, in forza dell'art. 21 dello Statuto speciale (legge costituzionale 31 gennaio 1963, n. 1), ha indubbiamente competenza *esclusiva*<sup>31</sup> ad emanare il proprio regolamento, *ma il relativo potere – come qualunque altro potere normativo attribuito alle Regioni – è circoscritto nei limiti formali e sostanziali ricavabili dallo Statuto e dalla Costituzione. L'inosservanza di tali limiti si risolve sempre in un vizio di incompetenza dell'atto e comporta inevitabilmente invasione della competenza dello Stato, che del potere costituente è unico titolare e, come tale, è legittimato ad agire per la risoluzione dell'insorto conflitto di attribuzione*"<sup>32</sup> (...), aggiungendo che<sup>33</sup> "non è dubbio che rientra nella potestà regolamentare del consiglio regionale (art. 21 dello Statuto) disciplinare la costituzione e composizione dei gruppi consiliari e delle commissioni permanenti (art. 18, ultimo comma, dello Statuto), secondo quei criteri che, nella sua discrezionalità, il consiglio stesso reputi i più idonei al regolare svolgimento

<sup>29</sup> Lo Statuto siciliano è, infatti, l'unico ad esplicitare, con norma di rango costituzionale, siffatta "riserva di regolamento" per l'A.R.S.

<sup>30</sup> Cfr. Corte cost., sent. 12 marzo 1965, n.14, punto 1, in diritto.

<sup>31</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>32</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>33</sup> Cfr. Corte cost., sent. n 14/65 cit., punto 4, in diritto.

dei lavori dell'assemblea. Ma è altrettanto certo che la norma in esame, [art. 23 Reg. int. F.V.G.]<sup>34</sup> per il suo carattere eccezionale, tende ad un fine ben diverso, che è da ravvisare in quello di predisporre una particolare tutela in favore della minoranza etnica slovena. E ciò al consiglio non era consentito. La Corte ha più volte ribadito, fin dalla sentenza n. 32 del 1960, che spetta unicamente allo Stato dettare norme sulla tutela delle minoranze etnico-linguistiche, e questo potere, in difetto di espresse statuizioni costituzionali, non può essere esercitato dalle Regioni. Lo Statuto F.-V.G. non solo non conferisce alla Regione una competenza in siffatta materia, ma afferma (art. 3) il principio generale della parità di diritti e di trattamento di tutti i cittadini, qualunque sia il gruppo linguistico al quale essi appartengono. E ciò è sufficiente per concludere che l'art. 23 del regolamento, nella parte impugnata, *eccede dalla competenza del consiglio regionale*<sup>35</sup>.

In conclusione, stando all'interpretazione autentica data dal Giudice delle leggi<sup>36</sup>, “nel caso deciso con la sentenza n. 14 del 1965, questa Corte ebbe a ravvisare in alcune disposizioni del regolamento del Consiglio della Regione Friuli-Venezia Giulia esercizio di una competenza sottratta in toto alla Regione, unitariamente considerata nel complesso delle funzioni legislative ed amministrative ad essa attribuite, e per ciò stesso riservata allo Stato: sia perché il regolamento disponeva diversamente dalla normativa contenuta nello Statuto, adottato con legge costituzionale a norma dell'art. 116 della Costituzione, e perciò non modificabile dalla Regione; sia perché il regolamento medesimo incideva su materie, come la tutela delle minoranze linguistiche o la disponibilità della forza pubblica, non rientranti a loro volta in alcuna delle competenze regionali.”

È di tutta evidenza che, nel caso deciso, la violazione per incompetenza del Regolamento è di facile individuazione: vi si parla, infatti, di competenza “*in toto*” sottratta alla Regione, trattandosi di norme regolamentari che collidevano con la riserva statale *in subiecta materia*.

Ma, *quid iuris*, più in generale, per “misurare” la competenza normativo-regolamentare di un'assemblea politico-legislativa ed, in specie, dell'A.R.S.?

Una prima riflessione discende proprio dai punti fermi tracciati dall'Organo di giustizia costituzionale.

È infatti logico ed agevole affermare, intanto, che la potestà regolamentare dell'A.R.S. debba muoversi all'interno delle competenze statutarie (*v. amplius infra*): così, intuitivamente, oltre al limite territoriale, essa sconta quello dell'osservanza delle leggi costituzionali, dei principi generali dell'ordinamento giuridico, del rispetto degli obblighi internazionali dello Stato.

Al riguardo, anzi, va posto l'accento sul rispetto della normativa dell'Unione

<sup>34</sup> *N.d.r.*

<sup>35</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>36</sup> Cfr. Corte cost., sent. 18 febbraio 1970, n. 18, punto 2, in diritto.

Europea, atteso che, persino per le Assemblee legislative nazionali essa è stata riconosciuta applicabile e vincolante.<sup>37</sup>

Orbene, si è visto più sopra come l'A.R.S., a livello statutario, sia attributaria oltre che di funzioni legislative di carattere primario e di quelle altre (tradizionalmente) direttamente strumentali all'esercizio di queste ultime (come quelle ispettive o di indirizzo politico), anche di ulteriori funzioni, e cioè di quelle sussumibili nel concetto di “*autoorganizzazione interna, pacificamente riconosciuta al Consiglio regionale al pari che ai due rami del Parlamento*” nazionale, per dirla con le parole della Corte costituzionale.<sup>38</sup>

Senonché, se con la pronuncia appena richiamata il Giudice delle leggi si è soffermato sull'immunità dei consiglieri regionali per le opinioni e voti espressi nell'esercizio delle loro funzioni, per estenderla a siffatto potere di autoorganizzazione a garanzia del libero esercizio delle funzioni tipiche ed esclusive riservate al Consiglio regionale, si aggiunge adesso un *tertium genus*. e precisamente, quello della pienezza della competenza istituzionale conferita all'assemblea politico-legislativa, in special modo a quella siciliana, ad emanare norme regolamentari nelle materie “*specificamente amministrative*”.

3.1 (Segue) *L'autoorganizzazione “tipica” dell'Assemblea regionale siciliana fondata sull'articolo 4 dello Statuto speciale: i primi tentativi definitivi.*

Ebbene, per tutto quanto detto, il parametro di riferimento per rinvenire l'*ubi consistam* di siffatta autoorganizzazione non può che essere la Costituzione e lo stesso Statuto speciale nel suo complesso, rapportato alla sola e connaturalmente generica formulazione dell'art. 4 St. Sic., secondo cui il Regolamento interno dell'Assemblea siciliana contiene le disposizioni circa l'esercizio delle funzioni spettanti.

Sulla scia, pertanto, della precisazione contenuta nella citata pronuncia della Corte n. 209/94 (e – per la parte che qui rileva – anche di Corte cost., sent. 18 dicembre 2009, n. 337), può tornare utile lo spunto (primigenio) offerto dalla Corte di Cassazione, la quale aveva avuto modo di precisare che “[...] ai fini

<sup>37</sup> Cfr. V. DI CIOLO-L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, 2003, 352, ove si cita una vicenda accaduta in Belgio con riferimento alla Camera rappresentativa; vicenda che, per rimanere in ambito nazionale, è la medesima presa in esame dal Consiglio di Stato (sez. IV giurisdizionale, 17 aprile-8 giugno 2007, n. 3008) che ha richiamato la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, rappresentando che quest'ultima “con la sentenza 17 settembre 1998, in C-323/96, ha rilevato come le direttive sugli appalti pubblici si applicano anche nei confronti degli organi del potere legislativo, da qualificare come amministrazioni aggiudicatrici” [corsivo aggiunto]. In argomento, cfr., successivamente, V. DI CIOLO – L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare*, cit., Milano, 2013, 430, nota 8; nonché quanto si dirà più oltre, *infra* nel testo, per effetto della “ridefinizione” dell'istituto dell'autodichia delle Camere ad opera della Corte costituzionale.

<sup>38</sup> Cfr. Corte Cost., sent. n. 69/85. V. altresì retro, nel testo, *sub* nota 28 e nota 57.

della decisione rileva non tanto che le attribuzioni dell'Assemblea, così come delineate dallo Statuto, siano o legislative (art. 14-19 dello Statuto) o politiche (art. 9, I comma, e 20, II comma) e mai amministrative secondo la definizione enunciata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 66/1964 cit., la quale si riferisce evidentemente alle funzioni *tipiche*<sup>39</sup> dell'organo. Ciò che è invece decisivo è l'esercizio, *accanto a queste funzioni fondamentali, di un'attività strumentale*<sup>40</sup>, volta *all'organizzazione degli uffici burocratici, alla disciplina dei servizi ed all'amministrazione del personale dipendente*: trattasi di quelle funzioni, di natura certamente nè politica, nè legislativa, che si estrinsecano mediante atti riconosciuti dalla ricordata sentenza della Corte Costituzionale *soggetti al sindacato giurisdizionale, in ossequio al principio fondamentale consacrato nell'art. 24 Cost.*"<sup>41</sup>

Dalla distinzione (operata dalla citata sentenza) tra funzioni "*tipiche*" *fondamentali* dell'organo e funzioni *strumentali, anch'esse tipiche* e tuttavia caratterialmente a contenuto più "amministrativo" che "politico", funzioni *egualmente* estrinsecabili in concreto attraverso l'*interpositio* regolamentare, discende un primo corollario: soltanto le funzioni del primo tipo, concernenti l'organizzazione e lo svolgimento dell'attività politica in senso stretto, sarebbero, per così dire, attuate mediante norme di regolamento interno (e conseguente attività provvedimentale), subordinate soltanto alla Costituzione ed allo Statuto speciale e guarentigate sotto il profilo (*lato sensu*) amministrativo da interferenze esterne (per le guarentigie attinenti alle funzioni del secondo tipo, vedasi precisazioni oltre, nel testo).

Senonchè, la giurisprudenza costituzionale successiva alla pronuncia della Cassazione citata (riferita, appunto, all'aspetto dell'insindacabilità dei consiglieri regionali), "secondo l'orientamento che questa Corte ha già avuto occasione di manifestare sin dalla sentenza n. 81 del 1975, e di ribadire più di recente con la sentenza n. 289 del 1997, l'immunità prevista dall'art. 122, quarto comma, della Costituzione attiene alla particolare natura delle attribuzioni del Consiglio regionale, che costituiscono esplicitazione di autonomia costituzionalmente garantita, risultando «in parte disciplinate dalla stessa Costituzione e in parte dalle altre fonti normative cui la prima rinvia». Anche alla luce di tale giurisprudenza (per cui v., altresì, sentenze numeri 69 e 70 del 1985) è da ritenere che il *nucleo caratterizzante delle predette attribuzioni*,<sup>42</sup> quale definito dall'art. 121, secondo comma, della Costituzione, ricomprenda *non solo*<sup>43</sup> le funzioni legislative e regolamentari, di indirizzo politico, di controllo e di *autorganizzazione*<sup>44</sup>, ma *anche quelle di ammi-*

<sup>39</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza 4 gennaio 1975, n. 8, in *F. It.*, I, 2574, con nota di V. MESSERINI. Corsivo aggiunto.

<sup>40</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>41</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>42</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>43</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>44</sup> Corsivo aggiunto.

nistrazione attiva, quando siano assegnate all'organo in via diretta ed immediata dalle leggi dello Stato.<sup>45</sup>

Peraltro, quanto al presupposto sistematico della disposizione sull'immunità, la Corte ha già avuto occasione di precisare che, pur rinvenendosi il criterio di delimitazione della insindacabilità dei consiglieri regionali *nella fonte attributiva della funzione*<sup>46</sup>, e non nella forma degli atti, ciò non significa che l'immunità sia diretta ad assicurare una posizione di privilegio per i consiglieri regionali, giacché essa si giustifica solo *in quanto vale a preservare da interferenze e condizionamenti esterni le determinazioni inerenti alla sfera di autonomia propria dell'organo* (cfr. la già menzionata sentenza n. 289 del 1997)<sup>47</sup>.

3.2 (Segue) *La potestà normativo-regolamentare dell'Assemblea regionale siciliana in materia di autorganizzazione in rapporto alle altre attività "specificatamente amministrative"*

Tornando al tema specifico in esame – la potestà regolamentare dell'A.R.S. in materia di autorganizzazione *in senso stretto* – le norme di Regolamento interno attinenti alle suddette funzioni *tipiche* soggiacciono, come si è visto, soltanto ai cennati limiti (costituzionali) di cui sopra: limite territoriale, osservanza delle leggi costituzionali e dei principi generali dell'ordinamento giuridico, rispetto degli obblighi internazionali, competenza esclusiva dello Stato (ad es.: ordine pubblico).

<sup>45</sup> Corsivo aggiunto. Puntualizza poi il giudice contabile (Corte dei conti, I Sez. giur. centrale d'Appello, sent. 7 marzo 2013, n. 190) che "le funzioni di mera amministrazione attiva, in linea di principio, sono escluse dall'immunità in questione, perché secondo la Costituzione esse non rientrano nelle attribuzioni tipiche del Consiglio, bensì in quelle della Giunta e del Presidente della Giunta regionale (artt. 121, commi 3 e 4) e costituiscono estrinsecazione non già di autonomia costituzionale di organi rappresentativi, bensì di discrezionalità amministrativa.". V. inoltre *supra*, sub nota 13.

<sup>46</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>47</sup> Cfr. Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 392. Corsivo aggiunto. D'altra parte, l'assoggettamento al *sindacato giurisdizionale* di quelle funzioni di "natura certamente nè politica, nè legislativa" scrutinate dalla Corte di Cassazione con la citata sentenza n. 8/75, si spiega, con ogni probabilità, con il richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 66/64, con riferimento e "in ossequio al principio fondamentale consacrato nell'art. 24 Cost.", per il quale "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi", circostanza che, nella peculiare fattispecie sottoposta, aveva fatto concludere alla sovrana Corte per l'incompetenza regionale a dettare norme in materia giurisdizionale. Ed infatti la sovrana Corte puntualizza che "né dai principi né dalle norme costituzionali è dato ricavare, nella materia in esame, un limite al diritto che a tutti l'art. 24 della Costituzione riconosce. E che tale diritto non possa essere soddisfatto, come invece assume la difesa della Regione, dalle norme che all'uopo sarebbero predisposte nel Regolamento dell'Assemblea, si ricava dalle considerazioni già esposte, alle quali va aggiunto che l'art. 24 della Costituzione, quando parla del diritto di "agire in giudizio", non può non riferirsi alla funzione giurisdizionale così come regolata dagli artt. 101 e seguenti della Costituzione, e che, comunque, come la Corte ha affermato fin dalla sentenza n. 4 del 15 giugno 1956, la Regione non ha competenza a dettare norme in tema di giurisdizione.". Corsivo aggiunto.

Più complessa e variegata si presenta, invece, la potestà regolamentare dell'A.R.S. in materia di autorganizzazione “amministrativa” *in senso lato*, vale a dire la competenza dell'Assemblea ad emanare norme regolamentari in materie sì ricomprese nella sfera di autorganizzazione interna, *ma in astratto disciplinabili da altre fonti equiordinate*: si pensi, ad esempio, alla sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero alla materia sanitaria, etc.

Nel caso, pertanto, di autorganizzazione amministrativa “*in senso lato*” (non sussumibile nel cennato “nucleo caratterizzante”), la “misura” di competenza (normativo-regolamentare) *materiale*<sup>48</sup> costituzionalmente garantita non può non ricostruirsi se non parametrandosi a quelle che sono le singole materie attribuite dallo Statuto speciale alla Regione.<sup>49</sup>

In buona sostanza, ove lo Statuto assegni competenza legislativa esclusiva alla Regione, parallelamente si avrà competenza regolamentare esclusiva in capo all'Assemblea regionale, e così via dicendo (cd. “parallelismo” delle funzioni normative).

Tornando al tema dell'autorganizzazione (amministrativa) “*in senso stretto*” (e come tale distinta dalla generica competenza normativo-regolamentare in materia amministrativa in senso lato, vale a dire in tutte quelle altre attività né legislative, né ispettive, né di indirizzo politico, né, appunto, di autorganizzazione vera e propria nel significato di cui si dirà da qui a poco), giova richiamare, nello specifico, ancora una volta, la (successiva) giurisprudenza chiarificatrice della Suprema Corte di Cassazione.

#### 4. *L'evoluzione giurisprudenziale in materia di autorganizzazione ante sentenze della Corte costituzionale n. 43 del 2019 e n. 22 del 2020*

La Corte di legittimità, infatti, con sentenza a sezioni civili unite n. 200 del 2001, depositata il 14 maggio 2001, proprio con riferimento ad una fattispecie concernente l'ARS, ha innanzitutto ricordato che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 69/85, ha precisato che la tutela privilegiata apprestata dall'art. 122, comma 2, Cost. a favore dei consiglieri regionali è connessa alla tutela delle più elevate funzioni di rappresentanza politica dell'organo in questione, e quindi alla

<sup>48</sup> La competenza *formale* è infatti pur sempre garantita dalla più volte richiamata “riserva di regolamento” proclamata dall'art. 4 dello Statuto e riconosciuta, almeno sotto tale profilo, fin dalla sentenza della Corte costituzionale n. 66/64. In argomento, v. altresì oltre, nel testo, *sub* nota 67.

<sup>49</sup> Con la conseguenza che, dal punto di vista eminentemente amministrativo-provvedimentale, l'attività svolta dall'Organo politico-legislativo regionale non può essere ricondotta a «funzioni direttamente strumentali all'esercizio della funzione legislativa» e neppure alla «funzione di controllo e direzione (*lato sensu*) politica», rientrando nell'alveo della insindacabilità, con refluenza sulla sfera della correlata responsabilità, sindacabile, come meglio si dirà più avanti, in sede giurisdizionale: cfr. Corte Cost., sent. n.337/2009, punto 4.4, in diritto.

funzione primaria di tipo legislativo, alla funzione di indirizzo politico e di controllo e alla funzione di autorganizzazione interna, a prescindere dal fatto che tali funzioni si esplicino in atti formalmente amministrativi.

“La funzione di autorganizzazione interna partecipa invero delle guarentigie apprestate dall’art. 122, comma 4, Cost. (e, per la Regione siciliana dall’art. 6 dello Statuto) a tutela dell’esercizio delle primarie funzioni (legislativa, di indirizzo politico e di controllo) delle quali l’organo regionale di rappresentanza politica è investito, onde preservarle dall’interferenza di altri poteri, in quanto strumentale rispetto a dette funzioni primarie.

Costituiscono quindi atti di esplicazione della funzione di autorganizzazione interna gli atti che riguardano *direttamente*<sup>50</sup> l’organizzazione degli uffici e dei servizi (sia per quanto concerne l’articolazione delle strutture e della fornitura dei mezzi necessari, sia per quanto concerne il personale) e le modalità di svolgimento dell’attività dell’Assemblea”.

Occorre che gli atti in questione presentino tali caratteristiche, incidano a) sull’organizzazione interna degli uffici ovvero b) attengano in via immediata e diretta alla disciplina delle modalità di svolgimento dei lavori dell’Assemblea (cfr. Cass. n. 200/2001, cit.).

“E’ evidente infatti che, diversamente, la nozione stessa di atto di autorganizzazione risulterebbe indefinitivamente dilatata” (cfr. Cass., sent., n. 200/2001, cit., punto 2.2.4 della motivazione).

A tale solenne affermazione di principio erano già pervenute altre Corti giudicanti.

Di tenore sostanzialmente analogo, seppure con sfumature diverse, la giurisprudenza amministrativa.

A parte, infatti, il T.A.R. Palermo che, con sentenza n. 1734/2009 (integralmente confermata da C.G.A. n. 85/11), aveva richiamato espressamente la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione testé evocata (n. 200/2001), il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (C.G.A), con due distinte pronunce, ha avuto modo di ribadire che:

A) l’Assemblea regionale siciliana non può essere considerata *tout court* un’amministrazione regionale, essendo invece un organo di rilievo costituzionale dotato di particolare autonomia, e non una semplice amministrazione pubblica; che *le funzioni amministrative* in concreto *svolte dall’ARS* (e come tali soggette al potere di controllo della Corte dei conti alla stregua di quanto precisato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 209/94) sono “*nitidamente distinte* (Corte cost. n. 337/2009, §. 4.2.) *da quelle di autorganizzazione (...); queste ultime possono considerarsi “amministrative” unicamente dal punto di vista oggettivo, mentre dal punto di vista soggettivo partecipano della rafforzata autonomia di un organo, come l’ARS, disciplinato da*

<sup>50</sup> Corsivo aggiunto.

*norme di rango costituzionale e istituzionalmente investito in via primaria di funzioni legislative e politiche.*<sup>51</sup> E da ciò si è fatta discendere la non diretta applicabilità all'ARS del D.lgs. n. 165/2001 (cd. Testo unico del pubblico impiego), concludendo che “merita di essere valorizzato anche il riferito rilievo del T.A.R. in ordine alla riserva regolamentare, stabilita da una norma di rango costituzionale, a favore del Consiglio di Presidenza dell'ARS per quanto concerne il reclutamento del personale: se, infatti, le assunzioni sono disciplinate da regolamenti speciali, allora le previsioni del D.lgs. n. 165/2001 saranno unicamente applicabili nei limiti in cui esse siano espressamente richiamate da detti regolamenti.”<sup>52</sup>;

B) “(...) Non appare seriamente contestabile che, nell'ambito del sistema delle fonti normative, il Regolamento interno dell'Assemblea si ponga alla stregua di una *fonte primaria*, giacché coperta da una riserva di competenza contemplata da una norma di rango costituzionale (ossia dall'art. 4 dello Statuto siciliano) e quindi, in quanto tale, soggetta soltanto alle fonti costituzionali.” Per poi aggiungere che “(...) siffatta particolare natura [non] sia da riconoscere anche ai regolamenti speciali in parola” [quelli di cui all'art. 166, Reg. int. ARS, *n.d.r.*], i quali “(...) in quanto subordinati per forza e valore al ridetto Regolamento interno,” rivestono “la natura di fonti secondarie e che, quindi, ad essi sia da riconoscere la natura di atti amministrativi generali aventi contenuto normativo, sicuramente sindacabili dal giudice amministrativo.”<sup>53</sup>;

C) tuttavia, sviluppando il ragionamento di cui alla precedente lettera B), “l'interferenza con la normativa statale primaria è pertanto unicamente ammissibile nei limiti in cui le esigenze di una disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale discendano da esigenze ricollegabili alla necessità di assicurare l'unità dell'ordinamento giuridico.”<sup>54</sup>

Quindi, lo stesso supremo Consesso di giustizia amministrativa siciliana, nella sentenza citata (n. 515/2012), pur dando atto che “*la problematica è controversa in dottrina*”<sup>55</sup>, non aderisce alla tesi della condivisione della natura di fonti di rango primario (pariordinate alle leggi e da queste distinte solo per competenza materiale), dei cc.dd. “regolamenti minori”, inclusi quelli “speciali”, come invece per il Regolamento generale approvato dall'Assemblea in Aula ai sensi del combinato disposto degli articoli 4 St. Sic. e 39 Reg. int. ARS.<sup>56</sup>

Invero, a rendere il quadro normativo di riferimento fin qui tracciato (un po') più chiaro era già intervenuta la menzionata *giurisprudenza costituzionale*

<sup>51</sup> Corsivo aggiunto. Così C.G.A., sez. giur., n. 85/11 del 25 gennaio 2011.

<sup>52</sup> Cfr. C.G.A., sez. giur., n. 85/11, cit., e n. 86/11 del 25 gennaio 2011.

<sup>53</sup> Così C.G.A., sez. giur., n. 515/12 del 4 giugno 2012. Corsivo aggiunto.

<sup>54</sup> Cfr. C.G.A. n. 515/12, cit.

<sup>55</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>56</sup> In argomento, però, ci si riserva di tornare più oltre, alla luce della più recente e specifica giurisprudenza costituzionale.

espressamente *richiamata dal C.G.A.* (n. 85/11, cit.), laddove veniva a chiare lettere esplicitato che “a seguito del fenomeno appena ricordato di accrescimento normativo dei compiti amministrativi dell’organo legislativo regionale, questa Corte [costituzionale, *n.d.r.*] è stata chiamata a discernere l’area delle *funzioni tipiche* dei Consigli (legislative, di indirizzo e controllo politico, ma *anche di tipo amministrativo*, purché *strettamente finalizzate a garantire l’autonomo funzionamento dei Consigli regionali*), e pertanto tutelate dalle apposite disposizioni di cui agli artt. 121 e 122 Cost. (e dalle disposizioni corrispondenti per le Regioni ad autonomia particolare e le Province autonome), dalle *altre funzioni di tipo amministrativo che ai Consigli regionali siano attribuite dalla legislazione statale e regionale.* (...) In generale, va ricordato che le sentenze n. 69 e n. 70 del 1985 (e poi analogamente le sentenze n. 289 del 1997 e n. 392 del 1999) hanno distinto dall’area insindacabile, riferita alle funzioni legislative, di indirizzo politico e di controllo, di *autoorganizzazione interna*, nonché a quelle aggiuntive determinate dal legislatore nazionale, un’area invece pienamente sindacabile, costituita *dalle altre e diverse funzioni amministrative, determinate dalle varie fonti regionali*”.<sup>57</sup>

Tanto ciò è vero che la *magistratura contabile* aveva rilevato che sono, tra gli altri, “*in concreto espressione di una potestà di autorganizzazione*”<sup>58</sup> [...] gli atti normativi o amministrativi consiliari che determinano il trattamento economico anche accessorio del personale del Consiglio (nei limiti in cui tali atti siano espressione di un potere di autorganizzazione con riferimento a spese per servizi consiliari: cfr. Sez. I centr. n. 79/99 oltre citata), ad esempio gli atti amministrativi attuativi di regolamenti interni consiliari con cui *l’Assemblea Siciliana (nell’ambito di uno speciale potere di autorganizzazione*, attribuito dall’art. 4 Statuto convertito nella *legge costituzionale* n. 2/1948, che prevede una riserva di regolamento assembleare) disciplina autonomamente lo stato giuridico ed economico del proprio personale con la creazione di regole *general*”<sup>59</sup> ma *derogatorie*<sup>60</sup> rispetto alla disciplina ordinaria:

- stabilendo modalità particolari di assunzione, diverse dal pubblico concorso, per alcune categorie di personale (cfr. Sez. I centr. n. 186/A del 9-6.1999),
- mantenendo benefici giuridico-economici per detto personale non più esistenti per altre categorie di personale (cfr. Sez. giur. app. reg. Sicilia n.103/A del 22.8.2000, che affermava l’immunità per gli atti che riconoscevano benefici economici al personale, in quanto il regolamento interno siciliano attribuiva al

<sup>57</sup> Corsivo aggiunto. Così Corte cost, 18 dicembre 2009, n. 337, che sembra sviluppare *de plano* le proprie conclusioni contenute nelle precedenti pronunce in argomento, vale a dire la n. 2/59 (annotata da P. CORSO, *Organo legislativo e funzione amministrativa*, in *Giurisprudenza Siciliana*, 1959, pag. 190, e da C. MORTATI, *Rigidità delle forme dell’ordinamento regionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1959, 8).

<sup>58</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>59</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>60</sup> Corsivo aggiunto.

“Consiglio di presidenza” il potere di dettare norme di organizzazione dei servizi e degli uffici e disciplinare lo stato giuridico ed economico del personale)<sup>61</sup>.

Tenendo, quindi, ben presente tale orientamento giurisprudenziale, vanno menzionate (a fini puramente storico-ricostruttivi, attesa l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale di cui si darà conto nella seconda parte del presente lavoro), con le debite differenziazioni, due coeve identiche pronunce del TAR della Sardegna<sup>62</sup>, che, occupandosi del Regolamento di quiescenza del personale di quel Consiglio regionale e, *beninteso, in assenza di una norma di carattere generale paragonabile alla valenza costituzionale (esplicita) dell'art. 4 dello Statuto più volte citato*, ha osservato che “le considerazioni svolte tolgono rilevanza all'argomento addotto dalla ricorrente circa l'esistenza, nella materia controversa, di un'asserita riserva assoluta di regolamento a favore del Consiglio Regionale o di suoi organi interni, traibile, secondo l'istante, dall'art. 19 dello Statuto Speciale per la Sardegna.

Ed invero, a prescindere dall'inconsistenza di siffatta prospettazione, limitandosi il citato art. 19 a stabilire che il «Consiglio regionale elegge, fra i suoi componenti, il Presidente, l'ufficio di presidenza e Commissioni, in conformità al regolamento interno, che esso adotta a maggioranza assoluta dei suoi componenti», *senza occuparsi, quindi, nemmeno implicitamente, degli aspetti previdenziali del rapporto di lavoro del personale consiliare*<sup>63</sup> a cui fa, invece, riferimento l'art. 18, 1° comma, delle più volte richiamate norme per il trattamento di quiescenza dei dipendenti in parola, *resta il fatto che l'anzidetta normativa statale, avendo i connotati tipici delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, prevarrebbe comunque*<sup>64</sup>.

Nel caso di specie, acclarato il fatto che, a differenza dell'art. 19 dello Statuto sardo (che disciplina soltanto le funzioni tipiche fondamentali di quel Consiglio regionale), l'art. 4 dello Statuto siciliano pone, invece, *un'espressa riserva di regolamento*, ne consegue che la potestà normativa, nelle materie di autorganizzazione “*amministrativa*” *lata*, si atteggia allo stesso modo di quella legislativa. E, dunque, come nel caso preso in esame, subirebbe il limite dei principi fondamentali della legislazione statale, tipici della potestà legislativa regionale concorrente per effetto del limite costituzionale delle “grandi riforme economico-sociali”.

Conferma implicita di tale assunto è più da vicino rinvenibile in una sentenza del TAR siciliano il quale, pronunciandosi su procedura amministrativa concorsuale disciplinata dal Regolamento interno del personale dell'ARS, ha richiamato la legge n. 241/90 (c.d. legge sul procedimento amministrativo, legge di grande riforma economico-sociale) in ordine alla prescrizione ed alle modalità dell'onere di motivazione per ogni provvedimento amministrativo<sup>65</sup>, ma anche

<sup>61</sup> Cfr. Corte conti, sez. giur. Campania, 19.06-12.10.2007, n. 4172, depositata il 27.12.2007.

<sup>62</sup> Cfr. Tar Cagliari, sentt. 18.4-24.5.2000, n.485 e n.486.

<sup>63</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>64</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>65</sup> Cfr. Tar Palermo, sez. I, sent. n. 486/02 del 6.12.01-12.02.02; e Tar Palermo, sez. III, sent.

sulla scorta delle pronunce della Corte costituzionale, laddove essa ha precisato che il *potere di regolamento* “come qualunque altro potere normativo attribuito alle Regioni è circoscritto nei limiti formali e sostanziali ricavabili dallo Statuto e dalla Costituzione”<sup>66</sup>.

Si noti, infine, che nella (pur non esaustiva) pronunzia della Corte Costituzionale 28 luglio 1987, n. 288, se da un lato si pone l’accento sul minore rilievo normativo dei regolamenti consiliari (anche di Regione a statuto speciale) quale motivo di esclusione dell’estensione del sindacato di legittimità costituzionale – sindacato escluso dalla sentenza 23 maggio 1985, n. 154 anche nei confronti dei regolamenti parlamentari per le ragioni ivi specificate – è pur vero che, nella sentenza 288 medesima (avente ad oggetto una norma contenuta nel Regolamento interno del Consiglio della Provincia autonoma di Trento), l’Organo di giustizia costituzionale, pronunciandosi sull’ammissibilità della proposta impugnazione incidentale sottoposta al suo giudizio, precisa che “occorre, cioè, stabilire in primo luogo se nell’area di sindacabilità ex art. 134, prima parte, Cost., oltre agli atti ai quali è espressamente attribuita da specifiche previsioni costituzionali forza di legge, possa farsi rientrare il regolamento di cui si tratta (*individuato ovviamente per i suoi caratteri formali ed indipendentemente dal suo contenuto*)”<sup>67</sup>.

Sembra, cioè, che il Giudice delle leggi si sia limitato, in quella occasione, ad escludere il sindacato di legittimità costituzionale per motivi puramente formali (*nomen iuris* di “regolamento”) indipendentemente dal contenuto sostanziale di normativa primaria garantita dallo Statuto speciale<sup>68</sup>.

---

n. 1734/09 del 4 novembre 2009, annotata da D. MESSINEO, *Gerarchia e competenza nel rapporto tra leggi statali e regolamenti “interni” dei consigli regionali*, in *Foro Amministrativo*, fasc. 3/2010, 1084 ss.: l’Autore osserva come “(...) l’utilizzo di questi argomenti da parte del Tar sembra presupporre che i principi stabiliti dalla legge n. 241 del 1990 in tema di obbligo di motivazione si impongano con uguale forza nei confronti di tutti gli enti dotati di autonomia, nonché a prescindere dal ‘tipo di fonte’. È allora da condividere, almeno per quest’aspetto, l’orientamento dottrinario (cfr. SIRIANNI, *I Regolamenti*, op. cit., par. 6), secondo cui la “materia” compresa nella competenza (e nella riserva regolamentare) non può essere individuata facendo riferimento alle sole, ed inevitabilmente generiche, formulazioni contenute nella fonte sulla produzione (le norme statutarie che assegnano la disciplina dell’organizzazione e del funzionamento del consiglio regionale al regolamento interno). La materia regolamentare non sarebbe, dunque, omogenea ed uniforme, ma diversificata a seconda degli oggetti e delle submaterie e tale “eterogeneità contenutistica viene del resto colta anche dalla giurisprudenza costituzionale” (...) “quando essa (sent. 288/1987) rileva la esistenza di materie riservate e non riservate” (...). Inoltre “[...] lo Statuto ha la “competenza della competenza” e può perciò variare, entro certi limiti, i paletti che segnano l’ambito della riserva medesima. Al variare dei paletti, corrisponde la modifica della capacità del regolamento”.

<sup>66</sup>Cfr. Corte cost., sent. n. 14/65, cit.; concetto poi ribadito, mutatis mutandis, dalla successiva pronuncia n. 337/2009, punto 4.4, in diritto.

<sup>67</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>68</sup> Al riguardo, sembra utile riportare testualmente l’osservazione di SIRIANNI, *I Regolamenti*, cit., nota 25, il quale evidenzia come «a tale argomentazione tecnica si accompagna una argomentazione “politica” ben evidenziata nel commento alla sentenza di S. PANUNZIO, *Regolamenti consiliari e tutela giurisdizionale dei dipendenti dei Consigli regionali e provinciali*, in *Giur. cost.*, 1988, 501-511, ove si

Ma comunque sia, resta ben saldo il dato testuale fondante della specifica sentenza della Corte costituzionale sulla potestà di regolamento attribuita all'A.R.S. dallo Statuto speciale, allorchando si evidenzia (sent. n. 66/64, cit.) il potere di “*dettare norme di organizzazione dei servizi e degli uffici e di disciplina dei rapporti coi dipendenti secondo l'autonomo apprezzamento che l'Assemblea fa delle proprie esigenze*”<sup>69</sup>, nell'ambito di uno speciale potere di autorganizzazione attribuito dall'art. 4 dello Statuto, convertito nella legge costituzionale n. 2/48, che prevede una riserva di regolamento assembleare la quale consente, tra l'altro, di disciplinare “autonomamente lo stato giuridico ed economico del proprio personale con la creazione di regole generali ma derogatorie rispetto alla disciplina ordinaria”<sup>70</sup>.

Ulteriore precisazione a carattere generale della nozione di autorganizzazione (*sub specie* “amministrativa” in senso stretto e tipico) – a maggiore intelligenza del relativo contenuto – viene data dalla stessa Corte costituzionale quando vi fa rientrare tutte quelle funzioni “svolte mediante atti amministrativi, con specifico riferimento agli strumenti di cui deve disporre il consigliere regionale per compiere i doveri del proprio ufficio, nonché ai mezzi umani (personale) e materiali

---

osserva come, all'indomani della nota pronuncia (n. 154/1985) con la quale la Corte era giunta a negare, in modo reciso, la sindacabilità dei regolamenti parlamentari, sarebbe stato imbarazzante riconoscere invece i regolamenti consiliari come atti con forza di legge, benché essi rivestissero nel sistema delle fonti una posizione di rilievo sicuramente minore rispetto ai regolamenti parlamentari. Nel merito dell'argomentazione viene naturale chiedersi come possa dirsi *limitata* una competenza che abbraccia “la disciplina del procedimento legislativo e, più in generale, l'attività ed il funzionamento nel consiglio” e cioè un ambito materiale di evidente quanto notevole rilievo politico ed istituzionale. Le oscurità dell'argomentazione sono rilevate da A. RUGGERI, *Regolamenti consiliari e “valore di legge” (a margine di Corte cost., n. 288 del 1987)*, in *Nomos*, 1/1991, 88 ss. Giustamente viene notato da TRAMPUS, cit., 386 [*Appunti sui regolamenti interni dei consigli regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, n.d.r.], che, nel caso delle regioni differenziate gli statuti, in quanto fonti di rango costituzionale, istituiscono una riserva che non potrebbe essere scalfita né dalla legge statale, né da quella regionale. In particolare la legge regionale, per il fatto stesso di poter essere approvata con maggioranza relativa, non potrebbe disciplinare materie per le quali lo statuto richiede la maggioranza assoluta. Propende invece per una qualificazione secondaria dei regolamenti P. STANCATI, *Sulla estensione*, (...) [cit. sub nota 10, N.D.R.], 132 ss., in quanto i regolamenti – tanto delle regioni ordinarie, quanto di quelle differenziate – in un modo o nell'altro si troverebbero in una condizione di necessaria conformità alla legge, statale e regionale, relativa alla materia dell'organizzazione dei pubblici uffici. La qualificazione secondaria potrebbe essere dubbia, secondo l'A. “per ciò che concerne la disciplina della organizzazione delle attività funzionali alle attribuzioni istituzionali degli organi consiliari (ovvero le procedure legislative, ispettive e *latu sensu* politiche)”, “sicché occorrerebbe argomentare nel senso che il regolamento pur rimanendo individua entità normativa, possa rappresentarsi come una fonte che possiede e racchiuda in sé, volta a volta, caratteri di fonte atto primario e secondario”. Eventualità tuttavia esclusa per il fatto che lo statuto, in quanto fonte legislativa non può “istituire una fonte concorrenziale – ed in tal senso eventualmente disarmonica – rispetto alla legge”.

<sup>69</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>70</sup> Cfr. Corte conti, sez. giur. Campania, n. 4172/2007, cit.

(risorse finanziarie) spettanti al Consiglio per l'esercizio delle proprie competenze legislative, amministrative e di controllo<sup>71</sup>.

E non vi è neppure contraddizione con la citata precedente sentenza della Corte n. 209/94, poiché proprio con riferimento a quella pronuncia è stato autorevolmente chiarito che ai fini della sussistenza della giurisdizione bisogna accertare pregiudizialmente se la pretesa sindacatoria investa in modo specifico l'attività amministrativa di assunzione e di gestione del personale dipendente “oppure se attraverso l'esame di detta attività venga in sostanza sindacato l'esercizio di competenze non amministrative, delle quali l'attività amministrativa sia mera conseguenza. In questi termini la pronuncia della Corte Costituzionale è *neutrale*.<sup>72</sup> [...] Ne consegue che gli atti di autorganizzazione sia che abbiano natura normativa che amministrativa, in quanto atti funzionali alla sfera di autonomia, sono insindacabili in sede giurisdizionale nei limiti in cui siano espressione del potere di autorganizzazione”. Il giudice “non può pertanto sindacare atti riconducibili alla sfera di autonomia riservata agli organi assembleari regionali e non estranei alle esigenze di tale autonomia [...]. Attiene infatti ad una valutazione discrezionale dell'Assemblea regionale siciliana non sindacabile in questa sede l'adozione con *atti normativi primari*<sup>73</sup> di regole difformi dal pubblico concorso[...]”<sup>74</sup>

“Il che comporta la riconducibilità all'art. 122, quarto comma, della Costituzione [e all'art. 6 dello Statuto siciliano, *n.d.r.*] delle opinioni espresse e dei voti dati *nell'ambito delle attività rivolte a fornire all'organo consiliare i mezzi indispensabili per l'esercizio delle sue funzioni, con la doverosa precisazione, tuttavia, che non si tratta di una immunità assoluta, in quanto essa non copre gli atti non riconducibili ragionevolmente all'autonomia ed alle esigenze ad essa sottese*”<sup>75</sup>.

“In sostanza, il momento discriminante della sindacabilità degli atti dei componenti del Consiglio regionale è dato dalla *ragionevole riconducibilità* degli atti all'ambito della sfera di autonomia e ciò a prescindere dalla forma degli atti (C. Cost. n. 69 del 1985).”<sup>76</sup>

Rimarrebbe, dunque, confermata anche per la giurisprudenza contabile la linea di indirizzo di cui alla più volte menzionata sentenza delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione n. 200/2001, secondo cui costituiscono espli-

<sup>71</sup> Cfr. Corte Cost., sent. n. 289/97, sentenza richiamata, d'altra parte, da Corte conti, sez. giur. Campania, 19.06-12.10.2007, n. 4173, depositata il 27.12.2007.

<sup>72</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>73</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>74</sup> Così Corte conti, sez. I giur. centrale d'appello per la Regione Siciliana, n. 186/99/A dell'11.05-9.06.1999.

<sup>75</sup> Corsivo aggiunto. Così Corte cost., sent. n. 289/97, cit.; v., in argomento, anche Corte Cost., sent. n. 392/99.

<sup>76</sup> Corsivo aggiunto. Così Corte dei conti, sez. giur. App. per la Regione siciliana, n. 103/A/2000 del 9.05-2.08.2000.

cazione della funzione di autoorganizzazione interna dell'ARS (e come tali anche insindacabili) *soltanto* quegli atti che riguardino direttamente l'organizzazione degli Uffici e dei Servizi o che attengano, in via *immediata e diretta* alla disciplina delle modalità di svolgimento dei lavori dell'Assemblea medesima.

E tale potere di normazione regolamentare, come già ampiamente illustrato, si colloca nell'alveo costituzionale tracciato dalla Carta fondamentale e dallo Statuto speciale (Cfr. Corte Cost., sent. n. 14/65 cit., che ha ritenuto ammissibile il conflitto di attribuzioni tra Stato e Regione in ordine a norme contenute nel Regolamento interno del Consiglio di una Regione a Statuto differenziato).

Quanto appena detto per l'autorganizzazione c.d. amministrativa vale, *a fortiori*, per l'altro tipo di autorganizzazione più direttamente attinente alle funzioni fondamentali strettamente "*politiche*" delle Assemblee legislative regionali (formazione dei Gruppi parlamentari, istituzione di Commissioni, etc.), salvi i principi generali e i confini enucleati dalla stessa giurisprudenza costituzionale circa i c.d. *interna corporis acta*, cui si rinvia (Cfr. Corte cost., sent. 9 marzo 1959, n. 9, 17 aprile 1957, n. 57 e 26 gennaio 1957, n.3; 15 giugno 1960, n. 40, 30 marzo 1995, n. 94, punto 4, in diritto, 8 luglio 2010, n. 246, punto 4, in diritto, e, soprattutto, Corte cost. 14 febbraio 2020, n. 22, di cui si dirà, *de plano*, oltre).

##### 5. La "svolta" della giurisprudenza costituzionale: le sentenze n. 43 del 2019 e n. 22 del 2020 e la (ri)definizione della nozione di autorganizzazione rispetto alle "altre" funzioni amministrative delle Assemblee legislative regionali

Gli approdi definitivi e delimitativi sin qui descritti ed indagati devono ora essere rimeditati alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale, e cioè, innanzitutto, la sentenza 8 marzo 2019, n. 43, che concorre a "fare sistema" con la (di poco successiva) sentenza 14 febbraio 2020, n. 22.

###### 5.1. (Segue) *La sentenza n. 43 del 2019*

Con la prima pronuncia, la Corte "si sforza di 'fare il punto' sullo stato della giurisprudenza costituzionale in materia di insindacabilità consiliare ai sensi dell'art. 122, comma 4, Cost., con particolare riferimento alla estensione della garanzia dell'insindacabilità ad atti di natura *amministrativa* in relazione ai *poteri di autoorganizzazione* del Consiglio regionale".<sup>77</sup>

Ma non solo: la citata sentenza estende, come meglio si vedrà appresso, il campo d'indagine da quello (fin qui privilegiato) delle insindacabilità "*soggettive*"

<sup>77</sup> Così P. GIANGASPERO, *L'insindacabilità dei consiglieri regionali: alcune conferme e qualche (parziale) novità in due decisioni della Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2019, n. 9. Corsivo aggiunto.

dei singoli componenti le Assemblee politico-legislative regionali a quello più prossimo al profilo “oggettivo” (materiale) dei confini dell’autorganizzazione dell’Organo in sé e, di riflesso, alla *conseguente insindacabilità degli atti posti in essere*.

E prima di addentrarci nella relativa disamina, sembra opportuno (se non imprescindibile) riportare i *dicta* più salienti delle due pronunce, ad iniziare dalla sentenza *de qua*.

Per cominciare, dal punto di vista processuale, è interessante notare che:<sup>78</sup>

a) l’insindacabilità può essere fatta valere dalla Regione non solo per i componenti del Consesso politico-legislativo in carica, ma anche per quelli cessati dal mandato per delibere assunte quando erano consiglieri regionali; b) rimangono estranei al conflitto costituzionale i funzionari eventualmente coinvolti dall’atto di citazione dell’Autorità giudiziaria precedente, i quali non possono giovare del presidio dell’insindacabilità, ma soltanto difendersi nel giudizio.<sup>79</sup>

Nel merito, poi, la sovrana Corte accoglie il ricorso della Regione, dichiarando insindacabili (dal Giudice contabile) alcune delibere dell’Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale, addivenendo alla (ri)perimetrazione della prerogativa costituzionale dell’autorganizzazione dell’Assemblea regionale nel suo complesso.

E lo fa prendendo, appunto, in considerazione “le prerogative dell’Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale unitamente all’immunità dei consiglieri regionali, quali costituzionalmente garantite dall’art. 122 Cost.”, posto che, da una parte, l’Ufficio di Presidenza deve poter operare per assicurare il concreto esercizio delle potestà legislative attribuite alla Regione, e, *quindi, su di esso si proietta la garanzia costituzionale di autonomia alla stessa attività legislativa della Regione (art. 122, terzo comma)*. D’altra parte, i consiglieri regionali, in particolare quelli componenti tale ufficio, compreso il suo Presidente, devono essere liberi da condizionamenti nell’esprimere, in quella sede *come anche, più in generale, in quella consiliare*, le loro opinioni e il loro voto (*art. 122, quarto comma*).<sup>80</sup>

Sotto il primo profilo – prosegue nel suo ragionamento la Corte – l’Ufficio di Presidenza, in quanto eletto in seno al Consiglio regionale, costituisce una formazione ridotta del Consiglio stesso, composta esclusivamente da consiglieri regionali, quale struttura di supporto della funzione legislativa attribuita al Consiglio dall’*art. 121, secondo comma, Cost.* A esso è coesenziale una concorrente potestà regolatoria avente a oggetto innanzi tutto l’organizzazione di supporto dei lavori del Consiglio, la quale si esprime non già in delibere legislative, ma in atti

<sup>78</sup> Cfr. Corte cost. n. 43/2019, punto 3, in diritto.

<sup>79</sup> Cfr. P. GIANGASPERO, *L’insindacabilità*, cit. Per i dipendenti degli organi “sovrani”, v. Corte Cost. n. 169/2018, n. 262/2017 e n. 120/2014 e per una panoramica in argomento R. DICKMANN, *La competenza dei regolamenti delle Camere come fonti del diritto. Questioni controverse e profili problematici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2018, n.18.

<sup>80</sup> Cfr. punto 6, in diritto. Corsivo aggiunto.

di «*autorganizzazione*» nel rispetto dei «principi fondamentali di organizzazione e funzionamento» della Regione, posti dallo Statuto (*art. 123, primo comma, Cost.*).<sup>81</sup>

*Mentre per ciascuna delle due Camere è previsto, oltre all'Ufficio di Presidenza (art. 63, primo comma, Cost.), un ampio potere regolamentare (art. 64, primo comma, Cost.), che radica la loro autonomia costituzionalmente garantita, invece per i Consigli regionali e i loro Uffici di Presidenza la simmetrica potestà di autorganizzazione dell'attività di tali assemblee legislative è presidiata da garanzia costituzionale solo nel suo contenuto essenziale, direttamente incidente in tale attività, quale riflesso della potestà normativa della Regione.*

*Distinti da questi atti di autorganizzazione dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio vi può essere, come talora è previsto dalla normativa regionale, una congerie di vari atti di esercizio di funzioni amministrative diverse dalla potestà normativa del Consiglio e comunque non strettamente coesenziali a quest'ultima, poiché lo statuto e la normativa regionale possono assegnare al Consiglio o al suo Ufficio di Presidenza anche alcune funzioni amministrative, nel rispetto della distinzione di ruoli e poteri tra gli organi della Regione (il Consiglio, la Giunta e il suo Presidente).*

In definitiva, «le delibere dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio, [a] quando hanno natura di atti di autorganizzazione del Consiglio, direttamente incidenti sull'attività legislativa di quest'ultimo, sono presidiati dalla garanzia costituzionale dell'autonomia della potestà organizzativa di supporto all'attività legislativa del Consiglio stesso. [b] Quando, invece, hanno natura di atti amministrativi estranei, o comunque non strettamente coesenziali, all'organizzazione dell'attività legislativa del Consiglio, si collocano all'esterno di tale autonomia costituzionalmente garantita, pur costituendo legittimo esercizio di un potere. Tale è, in particolare, l'attività di gestione delle risorse finanziarie, che «resta assoggettata alla ordinaria giurisdizione di responsabilità civile, penale e contabile» (sentenze n. 235 del 2015 e n. 292 del 2001; inoltre, Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 7 settembre 2018, n. 21927).»<sup>82</sup>

Senonchè, nella visione della Corte, il terzo comma dell'art. 122 Cost. «*si salda*» con il successivo quarto comma dello stesso articolo, posto a presidio dell'immunità dei consiglieri regionali, a proposito della quale viene ripercorsa, in motivazione il proprio *excursus* giurisprudenziale «aggiornato» in funzione del nuovo *leading case*.

Osserva, infatti, la Consulta che «le delibere dell'Ufficio di Presidenza – tipico organismo collegiale – sono formate dalla confluenza di voti espressi dai consiglieri e dal Presidente, i quali non possono essere chiamati a rispondere di tali voti. In generale, la responsabilità (civile, penale o amministrativa) di un componente di un collegio consegue, con nesso causale, all'apporto di quest'ultimo per aver assentito con il suo voto alla volontà del collegio, espressa in una

<sup>81</sup> Nel caso dell'Assemblea regionale siciliana, direttamente ed espressamente dall'art. 4, parte seconda, dello Statuto speciale, norma di rango costituzionale. Corsivo aggiunto.

<sup>82</sup> Cfr. punto 7, in diritto.

delibera o in una decisione. Nella fattispecie, il concorso delle singole immunità dei consiglieri regionali, previste a presidio delle distinte dichiarazioni di voto, rifluisce – nella misura in cui tale immunità sussiste (*secondo la giurisprudenza di questa Corte di cui si viene ora a dire*) – in preclusione alla cumulativa perseguibilità dei consiglieri regionali a causa della predicata illegittimità della delibera stessa.

*Decisiva è quindi la nozione di atti di autorganizzazione elaborata dalla giurisprudenza di questa Corte.*

Orbene, inizialmente questa Corte con la sentenza n. 81 del 1975 ha accolto una nozione ampia dell'immunità consiliare di cui al quarto comma dell'art. 122 Cost.

In una vicenda in cui venivano in rilievo sia alcune delibere del Consiglio regionale, sia una delibera della Giunta, la Corte ha rispettivamente riconosciuto in un caso e negato nell'altro la garanzia dell'immunità consiliare. Da una parte, ha affermato che la «irresponsabilità in esame comprende [...] certamente le opinioni ed i voti manifestati nell'esercizio delle funzioni spettanti al Consiglio». Ma ha precisato che l'«immunità copre [...] esclusivamente quelle attività che costituiscono esplicazione di una funzione consiliare, per garantire [...] l'autonomia del Consiglio»; sicché le delibere della Giunta non sono coperte da questa immunità. Non rileva invece la «forma amministrativa» che connota le deliberazioni consiliari, nel senso che ciò non esclude l'immunità consiliare.

È questo un criterio meramente formale di imputazione dell'atto al Consiglio regionale da cui discende in ogni caso – secondo questo arresto giurisprudenziale – l'immunità per i consiglieri regionali a prescindere dal contenuto delle delibere consiliari. Nella specie, l'immunità è stata riconosciuta – ed è stato accolto il conflitto di attribuzione proposto dalla Regione Abruzzo in relazione all'azione dell'autorità giudiziaria per far valere la responsabilità penale dei consiglieri – con riferimento a delibere consiliari che in realtà non sembra attenessero all'autorganizzazione del Consiglio (ma riguardavano il pagamento del conto di un ristorante per i pasti dei consiglieri e il concorso finanziario della Regione all'onere assunto dai consiglieri per la stipula dell'assicurazione contro gli infortuni).

Questa nozione ampia di immunità consiliare è stata dapprima ridimensionata dalla sentenza n. 69 del 1985. Questa Corte ha infatti precisato che «[n]on sono, per contro, coperte dalla immunità eventuali altre funzioni amministrative, attribuite al Consiglio dalla normativa regionale, non essendo concepibile tra l'altro che il limite della potestà punitiva sia segnato, invece che dalla legge dello Stato da atti della Regione». Nella specie si trattava di un parere espresso da una commissione del Consiglio regionale e della conforme deliberazione del Consiglio regionale, aventi a oggetto l'ammissione al convenzionamento preventivo con enti mutualistici di un laboratorio privato di analisi. Ciò costituiva – ha ritenuto questa Corte – attività amministrativa che non poteva rientrare nella nozio-

ne di «autorganizzazione» e quindi è stato rigettato il ricorso per conflitto di attribuzione promosso dalla Regione Abruzzo. È venuto così emergendo che vi è, «accanto alla funzione primaria, quella legislativa, ed alla funzione di indirizzo politico e di controllo, la funzione di autoorganizzazione interna» del Consiglio regionale, quale «nucleo essenziale comune e caratterizzante delle funzioni degli organi “rappresentativi”».

Ciò valeva essenzialmente per le delibere non legislative, mentre per quelle legislative tornava a prevalere il criterio formale dell'imputazione dell'atto. La sentenza n. 100 del 1986 ha, infatti, ritenuto insindacabili i consiglieri regionali che avevano deliberato in sede legislativa (con legge della Regione Abruzzo 7 novembre 1973, n. 41, recante «Nuove norme sulla previdenza e sul fondo di solidarietà a favore dei consiglieri della Regione Abruzzo») di stipulare una polizza assicurativa a favore dei componenti del Consiglio stesso, con riguardo ai rischi di morte e invalidità derivanti da infortuni connessi anche con cause diverse dall'esercizio della pubblica attività dei beneficiari, e di porre a carico del bilancio regionale la maggior parte della relativa spesa.

Successivamente, le sentenze n. 392 del 1999 e n. 289 del 1997 sono tornate su questo criterio distintivo con riferimento a ricorsi per conflitto di attribuzione, promossi dalle due Regioni per contrastare proprio iniziative della procura contabile dirette a far valere la responsabilità amministrativa per danno erariale di consiglieri regionali.

L'«autorganizzazione» è stata tenuta *distinta* dalle «altre funzioni» (sentenza n. 289 del 1997) di *amministrazione attiva* del Consiglio regionale; si è puntualizzato come «il nucleo caratterizzante delle predette attribuzioni, quale definito dall'art. 121, secondo comma, della Costituzione, ricomprenda non solo le funzioni legislative e regolamentari, di indirizzo politico, di controllo e di autorganizzazione, ma anche quelle di amministrazione attiva, *quando siano assegnate all'organo in via diretta ed immediata dalle leggi dello Stato*» (sentenza n. 392 del 1999). Entrambi i conflitti di attribuzione promossi dalle Regioni sono stati accolti, essendosi fatte rientrare nella nozione di «autorganizzazione» due delibere degli Uffici di Presidenza di Consigli regionali che riguardavano rispettivamente l'acquisto di autovetture e alcune missioni all'estero di consiglieri e funzionari regionali. Però la sentenza n. 392 del 1999 precisa anche che «non si tratta di una immunità assoluta, in quanto essa non copre gli atti non riconducibili, secondo ragionevolezza, all'autonomia ed alle esigenze ad essa sottese» del Consiglio regionale.

A fronte di questa giurisprudenza il *legislatore costituzionale*, in occasione della menzionata riforma del 1999, pur sostituendo integralmente l'art. 122 Cost., ha riprodotto negli stessi esatti termini l'immunità consiliare di cui al quarto comma (art. 2 della legge cost. n. 1 del 1999), mostrando di voler avallare – o comunque non negare – la distinzione che fino ad allora si era profilata tra atti di «autorganizzazione» e atti di esercizio di *funzioni amministrative*. Tale disposizione non ha subito

*modifiche neppure in occasione della riforma del 2001 (legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, recante «Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione»).*

In seguito, questa Corte ha ribadito tale criterio distintivo in altro conflitto di attribuzione promosso dalla Regione ancora nei confronti della Procura contabile che azionava la responsabilità amministrativa per danno erariale. Pur riconfermando l'immunità consiliare sugli atti di autorganizzazione del Consiglio, la Corte ha precisato che «*[n]on sono, per contro, coperte dall'immunità eventuali altre funzioni amministrative, attribuite al Consiglio dalla normativa regionale*» (sentenza n. 337 del 2009); e, nella specie, a esse è stato ricondotto un parere espresso da una commissione legislativa quanto alla convenzione tra la Regione Siciliana e la Croce Rossa Italiana con conseguente rigetto del ricorso per conflitto di attribuzione.<sup>83</sup>

Ciò consente finalmente alla Corte di poter affermare che, “*nel complesso*”, il “*graduale affinamento, in termini progressivamente più rigorosi, della nozione di atti di autorganizzazione, alla quale la richiamata giurisprudenza di questa Corte ha fatto ricorso per perimetrare l'immunità consiliare di cui al quarto comma dell'art. 122 Cost. con riferimento alle delibere del Consiglio e del suo Ufficio di Presidenza, converge verso il riconoscimento dell'autonomia garantita nel terzo comma dello stesso art. 122 (...)*”.

In sintesi, il consigliere regionale non può essere chiamato a rispondere del voto dato in sede di Assemblea legislativa per approvare un atto normativo, quale la legge regionale, e di quello espresso in sede di Ufficio di Presidenza del Consiglio che abbia condotto all'adozione di un delibera di quest'ultimo, atto *non* normativo, che sia strettamente collegata alla sua organizzazione e *più in generale all'organizzazione del Consiglio con carattere di essenzialità e diretta incidenza, tale che, in sua mancanza, l'attività del Consiglio o del suo Ufficio di Presidenza sarebbe menomata o ne sarebbe significativamente incisa.*<sup>84</sup>

Il richiamo al *quarto* comma dell'art. 122 Cost. potrebbe far propendere, a primo acchito, ad una “continuità” giurisprudenziale sull'autorganizzazione improntata ad una visione “soggettiva” della stessa intenta a tutelare il singolo componente dell'Assemblea legislativa regionale e non anche l'atto in quanto tale.

Ma, a ben vedere, valga in primo luogo a smentire l'assunto quanto affermato testualmente dalla Corte dalla sentenza in commento circa la *summa divisio* tra “autorganizzazione” e “atti amministrativi non strettamente coesenziali”, ancorata al *terzo* comma dell'art. 122 Cost., vale a dire ad una *formazione ridotta del Consiglio stesso*, composta esclusivamente da consiglieri regionali, quale struttura di supporto della funzione legislativa attribuita al Consiglio dall'art. 121, secondo comma, Cost.<sup>85</sup>

<sup>83</sup> Cfr. punti 8 e 9, in diritto. Corsivo aggiunto.

<sup>84</sup> Cfr. punto 10, in diritto. Corsivo aggiunto.

<sup>85</sup> V. *supra*, nel testo, *sub* nota 81.

Ma anche perché, come è stato osservato, “(...) la sentenza in commento appare, almeno in parte, deviare da quei precedenti (cui pare invece integralmente aderire, sia pure in un argomento non centrale, l’ord. n. 15 del 2019). Per argomentare la riconducibilità dell’atto dell’Ufficio di Presidenza all’area coperta da insindacabilità, infatti, la Corte fa ampio riferimento a normative regionali, che sono individuate nello Statuto della Regione Emilia-Romagna (ed in particolare nel suo art. 63, in materia di incarichi speciali), in leggi regionali che definiscono i compiti del Gabinetto del Presidente del Consiglio regionale (l.r. n. 43 del 2001), nonché in delibere dell’ufficio di Presidenza del Consiglio che danno immediata attuazione alle disposizioni in tema di strutture speciali del Consiglio. In questo quadro, dunque, sono materiali normativi di provenienza regionale a fondare l’argomento secondo il quale il gabinetto è “una struttura centrale e strategica che, in diretta collaborazione con il Presidente del Consiglio regionale, condiziona il buon andamento dei lavori assembleari”, ed a far conseguentemente ricadere nell’area della insindacabilità l’atto di nomina del Capo di Gabinetto, che viene inclusa tra gli atti di autorganizzazione in ragione della sua *“incidenza diretta e significativamente rilevante – e anzi, nella specie, con una connotazione di evidente essenzialità – nell’attività legislativa del Consiglio regionale”*.<sup>86</sup>

Anzi, analizzando *intus in corpore* la sentenza n. 49 del 2019, pare proprio che ne venga fuori una nuova attenzione per il profilo oggettivo e “materiale” del perimetro dell’autorganizzazione, in contrapposizione ad “altre” attività assembleari, perimetro oggettivo che troverà ulteriore applicazione nella fattispecie scrutinata dalla Corte nella successiva sentenza n. 22 del 2020.

Tornando alla sentenza n. 43 del 2019, “la questione investe – come sopra rilevato – un ambito preciso della prerogativa di cui all’art. 122, comma 4, Cost., quello attinente ai “voti dati”, seppur con riferimento alla delibera di atti non legislativi. Inoltre, la motivazione della decisione pare ruotare attorno a due profili, apparentemente sovrapponibili, ma in realtà distinti, come il confronto con gli omologhi organi di presidenza delle Camere pare dimostrare. Uno è quello che, come detto, attiene ad una nozione “soggettiva” di insindacabilità dei consiglieri per i voti dati, l’altro riguarda invece la possibile incidenza di un controllo esterno sull’autonoma organizzazione dei Consigli, attraverso una definizione in senso “oggettivo” dell’insindacabilità.

Il modo in cui questi due profili sono destinati ad incidere non è totalmente sovrapponibile e pare rispondere a logiche distinte, tant’è che, mentre non vi sono dubbi sul fatto che possa esserci una loro totale coincidenza per le Camere, non altrettanto pacifico è che ciò possa valere anche per gli organi delle Regioni. (...).

---

<sup>86</sup> Cfr. P. GIANGASPERO, *L’insindacabilità*, cit. Corsivo aggiunto. Quanto all’Assemblea regionale siciliana, invero, “le norme del suo Regolamento interno” contengono, per diretta previsione statutaria, “altresì le disposizioni circa l’esercizio delle funzioni spettanti” all’Assemblea medesima.

Le Regioni godono soltanto di quelle prerogative che ad esse sono espressamente riconosciute dalla Costituzione, tra le quali quella dell'art. 122, comma 4, Cost., e al di fuori di queste non possono ottenere un'estensione "eccezionale e derogatoria" le prerogative previste dalla Costituzione per gli organi sovrani.

Se questo è il punto di approdo della giurisprudenza in materia di insindacabilità dei consiglieri regionali per i voti dati nell'esercizio di attività consiliari (anche nella qualità di membri dell'Ufficio di presidenza), occorre analizzare in che modo la sentenza n. 43/2019 segna un passo in avanti rispetto a questi precedenti e i motivi per cui tale decisione, per la sua struttura, deve essere letta alla luce di altre recenti decisioni che hanno riguardato l'autonomia delle Camere, coinvolgendo nella definizione della sfera dell'autonomia regionale non più il solo art. 122, comma 4, Cost., ma anche (in modo apparentemente assorbente) l'art. 122, comma 3, Cost.<sup>87</sup>

La sentenza *de qua*, rispetto alla precorsa giurisprudenza costituzionale in materia, presenta la peculiarità di allontanarsi dalla dicotomia atti di autorganizzazione/atti di amministrazione attiva coperti da insindacabilità, concentrandosi piuttosto sulla riconducibilità di determinati atti di autorganizzazione alle "funzioni essenziali" dell'Assemblea regionale, *in primis* a quella legislativa.

Quando, infatti, sussista il nesso di strumentalità, gli atti di autorganizzazione sono "oggettivamente" insindacabili; quando, invece, si connotano quali atti amministrativi "non strettamente coessenziali" o addirittura "estranei", si collocano all'esterno di tale autonomia costituzionalmente garantita "pur costituendo legittimo esercizio di un potere".<sup>88</sup>

E se – come è stato osservato – il punto 8 del considerato in diritto "ritorna" sull'insindacabilità "soggettiva" del consigliere regionale (ex art. 122, IV comma, Cost.), tale digressione si rivela più apparente che reale.<sup>89</sup>

Vero è che la Corte sembri far derivare l'insindacabilità dell'atto dalla "somma di insindacabilità individuali", atteso che "vista l'impossibilità di assimilare i Consigli regionali agli organi costituzionali sotto il profilo dell'autonomia organizzativa, una garanzia affine potrebbe ottenersi solo dal cumulo delle insindacabilità dei singoli consiglieri che riguarda anche i voti dati in seno all'Ufficio di presidenza, facendo in modo che le singole immunità di voto si estendono ad una delibera adottata sulla base di voti insindacabili."; ma è altrettanto vero che "Quest'impressione è prontamente smentita dal successivo par. 10 Cons. diritto, ove la Corte torna al punto iniziale, quello della *definizione rigorosa di ambiti di autonomia garantita agli organi consiliari sulla base dell'art. 122, comma 3, Cost.*"<sup>90</sup>

<sup>87</sup> Così A.LO CALZO, *Spunti di riflessione sull'insindacabilità dei consiglieri regionali e dei parlamentari per i 'voti dati' quali membri degli Uffici di presidenza*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2019, n. 20.

<sup>88</sup> V. pure *supra*, nel testo, *sub* nota 82.

<sup>89</sup> Cfr. A. LO CALZO, *Spunti di riflessione*, cit.

<sup>90</sup> Cfr. *ibidem*. Corsivo aggiunto.

La Corte si preoccupa, in buona sostanza, di preservare da condizionamenti esterni l'attività di autorganizzazione (in senso stretto) dell'intera Assemblea regionale e delle sue articolazioni interne "serventi" (nella fattispecie Ufficio di Presidenza): pertanto, "A ben vedere, quindi, la ragione assorbente dell'accoglimento del conflitto non è data [a)] tanto dal parametro dell'art. 122, comma 4, Cost. e dell'insindacabilità del singolo consigliere, [b)] quanto dal riscontro assorbente dell'esistenza di *un ambito di autonomia organizzativa dei Consigli regionali fondata sull'art. 122, comma 3, Cost.* Per questo motivo, la Corte ritiene che la delibera con cui l'Ufficio di presidenza ha provveduto alla nomina di un determinato soggetto a Capo di Gabinetto del Presidente del Consiglio rientri a pieno titolo tra gli atti di organizzazione ed un suo sindacato sarebbe in grado di incidere direttamente sulle attività normative del Consiglio".<sup>91</sup>

La sentenza n. 43/2019, inoltre, sembra introdurre per la prima volta una sorta di "mini statuto di garanzia" (con sottrazione di talune funzioni al sindacato esterno) per le Assemblee regionali, anche se decisamente più limitato di quello riconosciuto alle Camere con le sentenze nn. 379 del 1996 e 120 del 2014: la garanzia opera per le prime non per la totalità delle funzioni, ma è appunto circoscritta al loro "contenuto essenziale" come sopra individuato e "coessenziale" all'attività legislativa regionale.<sup>92</sup>

Ed allora, "se, come pare, il richiamo al parametro dell'art. 122, comma 3, Cost., assume carattere assorbente rispetto a quello dell'art. 122, comma 4, Cost., nell'argomentazione della Corte, non pare del tutto infondato ritenere che la sentenza n. 43/2019, si pone in continuità (seppur parziale) rispetto allo schema elaborato, in modo ovviamente più ampio, per le Camere dalle sentenze n. 379/1996 e n. 120/2014."<sup>93 94</sup>

<sup>91</sup> Così *ibidem*. Corsivo aggiunto.

<sup>92</sup> Cfr. *ibidem*. V. *supra*, nel testo, *sub* note 72, 73, 74 e 75.

<sup>93</sup> Così *ibidem*. Corsivo aggiunto. Lo stesso Autore rileva come "Nel caso dei Consigli regionali, non è possibile ravvisare alcun fondamento in una supposta autonomia normativa interna dell'organo, ma soltanto in un collegamento di tipo funzionale legato dalla connessione tra gli atti adottati in Ufficio di presidenza e le attività essenziali del Consiglio. La Corte, però, mantiene pur sempre il collegamento al parametro dell'art. 122, comma 4, Cost., e questo non costituisce soltanto un raccordo "ossequioso" con la passata giurisprudenza, ma assume un significato specifico ove si compia un ulteriore confronto tra gli Uffici di presidenza dei Consigli e gli Organi di presidenza delle Camere". Questo ragionamento, tuttavia, non pare del tutto estendibile all'Assemblea regionale siciliana per effetto del pluricitato art. 4 dello Statuto speciale, sia pure con le cautele del *dictum* della Corte costituzionale n. 66 del 1964, richiamato da Lo Calzo alla nota 50 del suo commento, ove si volga lo sguardo alla prassi applicativa delle Corti di merito, di cui si dirà oltre.

<sup>94</sup> Sulla sentenza n. 120/2014, cfr., *ex pluribus*, R. Dickmann, *La competenza dei regolamenti delle Camere, cit.*, e per le implicazioni pratiche Tar Lazio, sez. I, sentt. n. 4183 del 24.04.2020 e n. 5765 del 01.06.2020, che rigettano il difetto di giurisdizione sollevato dalla Camera dei Deputati in materia di appalti, "le cui controversie hanno la loro disciplina in atti di normazione statale e comunitaria e non riguardano questioni interne all'organo costituzionale?". Corsivo aggiunto.

La sentenza n. 43 del 2019 impone all'interprete la ricerca del “*nesso funzionale su basi oggettive*”, che “non investe il rapporto tra voto e funzione consiliare, ma *tra atto* che il voto concorre ad adottare *e funzione consiliare*”, cosicché “l'esatto discrimine tra attività di autorganizzazione e mere attività di amministrazione [è] rimesso ancora alle singole vicende di conflitto che possono sorgere e all'aprezzamento compiuto, di volta in volta, dall'organo giudicante”<sup>95</sup>: ed è, questo, argomento che ci occuperà nelle pagine a venire.

## 5.2. (Segue) *La sentenza n. 22 del 2020*

Con la successiva sentenza n. 22 del 2020, la Consulta, dando ancora una volta conto della propria giurisprudenza ai fini dell'individuazione della nozione di autorganizzazione consiliare regionale abbandona il parametro costituzionale “soggettivo” di cui al quarto comma dell'art. 122 Cost., richiamandosi piuttosto al “trittico” formato dagli artt. 114, 117 e 121, *secondo comma, Cost.*: la Corte volge quindi adesso lo sguardo ad un profilo più “oggettivo”, vale a dire alla posizione costituzionalmente rivestita dalle Assemblee regionali, non senza aver valorizzato, da un lato, le conclusioni contenute nella sua precedente pronuncia del 2019, e, dall'altro, colto il riferimento a “*interna corporis organizzativi di un organo a competenza legislativa*” fatto dal Consiglio di Stato in sede cautelare, come può leggersi nel punto 3.1, in diritto, della medesima sentenza n. 22/2020.<sup>96</sup>

La vicenda trae origine dal ricorso al TAR di alcuni consiglieri della Regione Puglia in ordine alla composizione di una commissione consiliare.

Come plasticamente esposto in narrativa dalla Corte costituzionale, adita dalla Regione in sede di conflitto di attribuzioni, il Presidente del Consiglio regionale della Puglia aveva convocato per il 22 ottobre 2018 le sette commissioni consiliari al fine di procedere al rinnovo della composizione delle stesse, così come previsto dall'art. 9, ultimo comma, del regolamento interno del Consiglio regionale della Puglia, approvato con deliberazione del 22 dicembre 1970 e s.m.i. Dal verbale n. 63 del 22 ottobre 2018 della VII commissione consiliare risultava che, nel corso della seduta, il Presidente del Consiglio regionale rilevava che per la VII commissione erano stati designati tredici componenti, con ciò contravvenendo a quanto previsto dal comma 15 del citato art. 9 del regolamento del Consiglio regionale, secondo cui «[n]essuna Commissione può essere composta da un numero superiore a un quarto dei componenti il Consiglio». In virtù dell'art. 24, comma 1, della legge statutaria 12 maggio 2004, n. 7 (Statuto della Regione Puglia), infatti, i componenti del Consiglio regionale sono cinquanta e, di conseguenza, ciascuna commissione può essere composta al massimo da

<sup>95</sup> Così A. LO CALZO, cit. Corsivo aggiunto.

<sup>96</sup> Cfr. D. GIROTTI, *Nuove precisazioni sulla funzione di autorganizzazione dei Consigli regionali, in una cauta pronuncia della Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2020. Corsivo aggiunto.

dodici membri. Al fine di «assicurare la presenza nella VII Commissione di tutte le sensibilità politiche di opposizione», il Presidente del Consiglio regionale chiedeva ai consiglieri del MoVimento 5 Stelle (di seguito: M5S), «unica forza di opposizione ad aver designato due consiglieri, di indicarne uno solo». A fronte del loro diniego, il Presidente decideva di rimettere a un sorteggio l'individuazione dell'unico consigliere del M5S che avrebbe fatto parte della VII commissione. A seguito di tali vicende, gli otto componenti del citato gruppo consiliare adivano il giudice amministrativo per domandare l'annullamento del verbale n. 63 del 2018 della VII commissione, e per ottenere «il riconoscimento del diritto del gruppo consiliare MoVimento 5 Stelle a vedersi attribuiti» due consiglieri all'interno della commissione stessa. Il TAR Puglia, con la sentenza n. 260 del 2019 – respinta, tra le altre, l'eccezione di difetto assoluto di giurisdizione avanzata dalla Regione Puglia – riteneva che la decisione del Presidente del Consiglio regionale era stata assunta in lesione del «principio proporzionale di cui all'art. 9 del regolamento interno, concernente la costituzione delle Commissioni, che devono risultare composte in maniera proporzionale, per quanto possibile, alla consistenza numerica di ciascun Gruppo in Consiglio». Inoltre, il giudice amministrativo affermava la violazione dell'art. 26, comma 2, lettera d), dello statuto regionale della Puglia, secondo cui il Presidente del Consiglio regionale «garantisce il rispetto delle norme del presente Statuto e del regolamento interno del Consiglio, con particolare riferimento a quelle inerenti [al]la tutela dei diritti delle opposizioni». Annullando il verbale ricordato, il TAR prescriveva alla Regione Puglia di «riavviare da principio la procedura di rinnovo delle operazioni propedeutiche alla ripartizione dei 12 posti di componente della commissione VII». Il giudice amministrativo riteneva altresì «utile evidenziare, in termini di rigorosa applicazione dell'art. 9 del regolamento interno, le modalità di applicazione del metodo proporzionale» al caso di specie. All'esito dello svolgimento di alcune complesse operazioni «di tipo logico-matematico», individuava puntualmente quanti consiglieri, per ciascun gruppo consiliare, avrebbero dovuto essere designati componenti della commissione.

La sovrana Corte, però, è di opposto avviso e, accogliendo il ricorso per conflitto di attribuzioni sollevato dalla Regione, «dichiara che non spettava allo Stato, e, per esso, al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari, sezione prima, annullare il verbale n. 63 del 22 ottobre 2018 della VII commissione consiliare permanente del Consiglio regionale della Puglia attestante la composizione della medesima commissione, e annulla, per l'effetto, la sentenza del TAR Puglia 21 febbraio 2019, n. 260.

Coerentemente al paradigma declinato in sentenza, la Corte rammenta, infatti, che:

«[a] ricorre nella giurisprudenza costituzionale, già in alcune pronunce risalenti (*ex multis*, sentenze n. 110 del 1970 e n. 66 del 1964), l'affermazione secon-

do cui le attribuzioni dei Consigli regionali, pur non esprimendosi a livello di sovranità, sono manifestazione «di autonomie costituzionalmente garantite» (da ultimo ordinanza n. 15 del 2019; in tal senso, *ex plurimis*, sentenze n. 279 del 2008, n. 365 e n. 301 del 2007). *Conseguentemente, «i Consigli regionali godono [...] in base a norme costituzionali, di talune prerogative analoghe a quelle tradizionalmente riconosciute al Parlamento», anche se, «al di fuori di queste espresse previsioni, non possono essere assimilati ad esso»* (ordinanza n. 15 del 2019; sentenza n. 39 del 2014).

In particolare, come ricordato nella sentenza n. 43 del 2019, la giurisprudenza costituzionale ha pacificamente riconosciuto ai Consigli regionali, al pari che ai due rami del Parlamento, la funzione di autorganizzazione interna, qualificandola, accanto alla funzione legislativa e a quelle di indirizzo politico e di controllo, *come parte del «nucleo essenziale comune e caratterizzante delle funzioni degli organi “rappresentativi”»* (sentenza n. 69 del 1985; in senso analogo, sentenza n. 289 del 1997, ove si afferma che tale nucleo caratterizzante delle attribuzioni regionali, definito dall'art. 121, secondo comma, Cost., ricomprende, per quanto qui rileva, le funzioni legislative e regolamentari, «di indirizzo politico, nonché quelle di controllo e di autorganizzazione»).

[b]) *Nell'ambito dell'autonomia organizzativa spettante anche alle assemblee legislative regionali è ricompresa la potestà di disciplinare i propri lavori, sia attraverso l'approvazione di regolamenti interni che predeterminano le modalità di funzionamento dei Consigli e delle loro articolazioni, sia attraverso l'interpretazione e l'applicazione dei regolamenti stessi, attività che costituiscono razionale completamento dell'autonomia in questione (analogamente, sia pur con riferimento al diverso caso dell'autodichia di ciascuna Camera, sentenza n. 262 del 2017)."*

[c]) *Lo statuto e la normativa regionale possono assegnare al Consiglio o al suo ufficio di presidenza anche lo svolgimento di alcune funzioni amministrative e non è escluso che la stessa potestà di autorganizzazione interna dei Consigli regionali si manifesti attraverso atti di esercizio di funzioni amministrative non strettamente coesenziali alla loro potestà normativa (sentenze n. 43 del 2019, n. 337 del 2009, n. 69 del 1985 e n. 81 del 1975). In questa evenienza, tali atti si collocano all'esterno della sfera di autonomia costituzionalmente garantita e potrebbero perciò soggiacere a sindacato giurisdizionale, particolarmente se devono essere adottati sulla base di parametri legali."*

Nella fattispecie scrutinata, la Corte ha buon gioco nel rilevare che: “[d]) non si è di fronte a un atto amministrativo, da adottarsi nel rispetto di parametri legali “esterni”, ma all’interpretazione e all’applicazione di un criterio (appunto la composizione delle commissioni in proporzione, per quanto possibile, alla forza numerica dei gruppi consiliari) stabilito dallo stesso regolamento interno del Consiglio regionale, criterio esso stesso espressivo, in questa forma, di discrezionalità politica. Si tratta perciò di una decisione strettamente collegata alla potestà di autorganizzazione del Consiglio, «con carattere di essenzialità e diretta incidenza, tale che, in sua mancanza, l’attività del Consiglio [...] sarebbe menomata o ne sarebbe significativamente incisa» (sentenza n. 43 del 2019).

(...) *Il nucleo essenziale della potestà di autorganizzazione consiliare costituzionalmente garantita*, tuttavia, risiede proprio nella facoltà di decidere, sia in ordine alle modalità del riparto proporzionale dei consiglieri nelle commissioni, sia in relazione al necessario rispetto, in esse, del corretto rapporto numerico tra maggioranza e opposizione.

[e]) D'altra parte, la *garanzia della potestà di autorganizzazione* è, al tempo stesso, *protezione della funzione legislativa regionale*, cui ogni commissione consiliare permanente, come noto, fornisce un contributo determinante. Mette conto ricordare che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, *i Consigli regionali devono esercitare la potestà legislativa «in piena autonomia politica, senza che organi a essi estranei possano né vincolarla né incidere sull'efficacia degli atti che ne sono espressione»* (sentenza n. 39 del 2014).

[f]) Lo stesso *Consiglio di Stato*, adito in sede cautelare, ha del resto deciso la sospensione dell'impugnata sentenza del TAR Puglia, evidenziando che di fronte a *«interna corporis organizzativi di un organo a competenza legislativa [...] il sindacato del giudice amministrativo cede di fronte al principio costituzionale di separazione dei poteri»* (Consiglio di Stato, sezione quinta, ordinanza 5 luglio 2019, n. 3426).

Da un lato, quindi, la scelta in ordine alla composizione di una commissione consiliare è diretta *espressione della potestà di autorganizzazione* spettante al Consiglio regionale, dall'altro *tale potestà finisce per essere assorbita tra le garanzie che assistono lo svolgimento della funzione legislativa regionale*, cui le commissioni consiliari permanenti contribuiscono in modo determinante: di talché ogni sindacato esterno sulle decisioni relative alla composizione di tali commissioni è svolto in *difetto assoluto di giurisdizione*, determinando una lesione delle attribuzioni costituzionali previste dagli artt. 114, secondo comma, 117 e 121, secondo comma, Cost.

La soluzione qui affermata coincide con quella assunta dalla *Corte di cassazione (sezioni unite civili, ordinanza 3 marzo 2016, n. 4190)*, che, in un caso analogo, ha stabilito che le decisioni relative alla composizione delle commissioni permanenti dei Consigli regionali sono atti che «sia direttamente che indirettamente concorrono a consentire l'esercizio, da parte della stessa Assemblea, della funzione legislativa», e che eventuali censure sulle determinazioni del Presidente dell'Assemblea in ordine a tali aspetti «non sono quindi certamente proponibili in sede di impugnazione di quegli atti dinnanzi al giudice amministrativo». <sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> Il caso deciso dalla Corte di Cassazione riguardava proprio l'Assemblea regionale siciliana. Corsivo aggiunto. In buona sostanza, nella sentenza n. 22/2020 della sovrana Corte non trova accoglimento l'assunto del TAR Puglia secondo cui la decisione (impugnata) del Presidente di quel Consiglio regionale non rappresenterebbe un atto politico sottratto al controllo giurisdizionale, bensì un atto sindacabile assumendo a parametro la pertinente disposizione del regolamento interno del Consiglio regionale: cfr. D. GIROTTO, *Nuove precisazioni*, cit. Sulla natura di atto politico di siffatte decisioni dei presidenti di Assemblea politico-legislativa, cfr. poi Cassaz., SS.UU., 3 marzo 2016, n. 4190, punto 3.3 in diritto (citata dalla pronuncia della Consulta in esame), secondo la quale è esclusa la «possibilità di agire dinnanzi ad un giudice, qualsiasi giudice, per far valere la asserita violazione, da parte del Presidente, di norme procedurali dettate dal Regolamento

Detti punti fermi, appena declinati parametricamente dalla Corte, riportano al tema centrale dell'individuazione del “nesso funzionale” che, ai fini dell'autorganizzazione “oggettivamente insindacabile”, deve sussistere tra un determinato atto dell'Assemblea regionale ed una sua funzione costituzionalmente presidiata: spetterà allora al giudice del caso concreto (ed eventualmente alla Corte costituzionale ove chiamata in causa) “riempire di significato il concetto di ‘contenuto essenziale dell'autorganizzazione’, anche per le altre funzioni coperte da insindacabilità diverse da quella legislativa”.<sup>98</sup>

Ed invero, dalla disamina del caso concreto ne potrà derivare o meno la declaratoria di difetto assoluto di giurisdizione, in nome di quegli *interna corporis* organizzativi di un organo dotato di competenza legislativa, individuati dalla sovrana Corte nell'ultima pronuncia in rassegna.

#### 6. *I nuovi orientamenti giurisprudenziali delle Corti di merito e loro incidenza nel “diritto vivente”*

L'insindacabilità “oggettiva” degli atti di autorganizzazione porta il Giudice delle leggi ad affermare – come sopra rilevato – il difetto assoluto di giurisdizione in presenza di siffatta potestà regionale costituzionalmente garantita, che dà luogo ad *interna corporis acta*.

Tra le Corti giudicanti che hanno dato pratica applicazione dei nuovi arresti giurisprudenziali della Consulta, spicca la Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione siciliana, che nei suoi pronunciamenti ha espressamente richiamato la *ratio decidendi* della sentenza n. 43/2019 della Corte costituzionale.

Il “diritto vivente” scaturitone ha contribuito non poco a delineare ulteriormente, consolidandola, la nozione di “autorganizzazione”, arricchendola di quelle implicazioni pratiche evocate finora in astratto dai primi commentatori delle due sentenze *leading case* dell'Organo di giustizia costituzionale.<sup>99</sup>

##### 6.1. *(Segue) Gli ulteriori attributi definitivi fondanti dell'autorganizzazione delle Assemblee politico-legislative regionali nel “diritto vivente” successivo alla “svolta” giurisprudenziale del 2019/2020 e loro refluenza sul sindacato giurisdizionale.*

Nella sentenza n. 165 del 17 aprile 2020<sup>100</sup>, la Sezione giurisdizionale sicilia-

---

interno dell'Assemblea Regionale Siciliana per consentire il funzionamento delle Commissioni permanenti legislative e la loro composizione in misura tendenzialmente rapportata alla proporzione dei gruppi parlamentari, trattandosi di atti che certamente non possono ricondursi all'esercizio di una funzione amministrativa, costituendo essi esercizio di potestà di autorganizzazione dell'organo legislativo regionale.”.

<sup>98</sup> Cfr. A. LO CALZO, *Spunti di riflessione*, cit.

<sup>99</sup> Sulla nozione e rilevanza del diritto vivente, cfr. *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di L. SALVATO, febbraio 2015, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>100</sup> In [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it)

na della Corte dei conti rammenta che “Il giudice delle leggi ha annoverato, tra le funzioni dell’Ufficio di Presidenza dei Consigli regionali, gli atti di “autorganizzazione”, direttamente incidenti sull’attività legislativa del Consiglio regionale in quanto destinati al supporto della predetta funzione. Ad essi è stato riconosciuto un carattere di essenzialità poiché, in loro mancanza, l’attività del Consiglio o del suo Ufficio di Presidenza sarebbe menomata o ne sarebbe significativamente incisa; in ragione di ciò essi sono assistiti dalla garanzia costituzionale di cui all’art. 122, IV comma. Distinti da questi sono invece gli atti amministrativi, estranei o non strettamente coesenziali allo svolgimento dell’attività propria del Consiglio, che si collocano all’esterno dell’area di autonomia costituzionalmente garantita.”.<sup>101</sup>

La stessa Corte ripercorre altresì la “storia” dell’autorganizzazione assembleare regionale, quale delineata dal Giudice delle leggi, focalizzandone la progressiva evoluzione ed affinamento *sino alla nota sentenza n. 43/2019*.

Al contempo, non tralascia di richiamare *in subiecta materia* anche la giurisprudenza di legittimità della Corte di cassazione, nonché quella contabile.

E così: “Quanto all’orientamento espresso dalla Corte di cassazione, appare opportuno riportare il principio enunciato nella recente ordinanza n. 11502 del 30.4.2019 con la quale le Sezioni Unite hanno confermato la sentenza del giudice contabile che aveva ravvisato la responsabilità amministrativa di un consigliere regionale per aver conferito un incarico di collaborazione a un soggetto privo dei requisiti di professionalità e competenza per il suo svolgimento. Il giudice della giurisdizione ha affermato che: ‘La funzione di autorganizzazione interna del Consiglio regionale per il supporto dell’attività del gruppo consiliare o del singolo consigliere partecipa delle guarentigie apprestate dall’art. 122, comma 4, Cost., a tutela dell’esercizio delle primarie funzioni (legislativa, di indirizzo politico e di controllo) delle quali l’organo regionale di rappresentanza politica è investito, onde preservarle all’interferenza di altri poteri, a condizione tuttavia che essa si manifesti in attività ragionevolmente ed effettivamente riconducibili a dette funzioni primarie; ne consegue che l’acquisizione di personale per le esigenze del gruppo consiliare, pur essendo consentita – dato il carattere altamente fiduciario dei relativi incarichi – sulla base di valutazioni soggettive e ampiamente discrezionali legate alla consonanza politica e personale, e pur potendo avvenire “*intuitu personae*” senza predeterminazione di alcun rigido criterio, incontra il limite dell’intrinseca irragionevolezza o della manifesta esorbitanza dell’incarico esterno conferito rispetto alle attività riferibili all’esercizio delle funzioni del gruppo consiliare ed è pertanto sindacabile dalla Corte dei conti, ai fini dell’accertamento della responsabilità amministrativo-contabile, con esclusione di qualsiasi immunità, qualora ecceda detto limite.’”

---

<sup>101</sup> Cfr. sent. cit., punto 2.4, in diritto.

In una vicenda relativa all'inquadramento di un dipendente del Consiglio regionale ad opera dei Consiglieri facenti parte dell'Ufficio di presidenza, le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno ritenuto che: 'Non sussiste il difetto di giurisdizione della Corte dei conti in ordine all'accertamento della responsabilità amministrativo – contabile di consiglieri regionali componenti dell'Ufficio di Presidenza che abbiano adottato delibere illegittime in ordine al reinquadramento di un dipendente, trattandosi dell'esercizio di un potere discrezionale non svincolato da una valutazione di ragionevolezza da esercitarsi sulla base di criteri di economicità ed efficacia (art. 1 della l. n. 241 del 1990), che, costituendo specificazione del più generale principio stabilito dall'art. 97 Cost., assumono diretta rilevanza sul piano della legittimità dell'azione amministrativa' (sent. n. 30990/2017).

Tale orientamento costituisce il precipitato di precedenti pronunce con cui le SS.UU. avevano ravvisato che 'la riconosciuta immunità non è assoluta, ma relativa, in quanto essa non copre gli atti non riconducibili, secondo ragionevolezza, all'autonomia ed alle esigenze ad essa sottese. Viceversa, ove l'atto esorbiti dalle attribuzioni proprie del Consiglio, ovvero esorbiti dal potere di autorganizzazione suo proprio, non può affermarsi che vi sia immunità.' (cfr. sent. n. 200/2001).<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> Cfr. sent. cit., punto 2.5, in diritto. Partendo proprio dalla sentenza n. 200/2001, è interessante notare che le *Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, con la richiamata sentenza n. 30990/2017 del 27.12.2017 avevano dichiarato che la loro "giurisprudenza è ancorata a quella della Corte costituzionale", precisando come quest'ultima avesse "anzitutto sottolineato che l'immunità prevista dall'art. 122, 4° comma, Cost. comprende anche le funzioni di amministrazione attiva (sentenze 20 marzo 1985, n. 70 e 30 luglio 1997, n. 289), purché esse siano attribuite al consiglio regionale «per le esigenze funzionali» di questo, in quanto intese «a preservare da interferenze e condizionamenti esterni le determinazioni inerenti alla sfera di autonomia propria dell'organo». In particolare, si è ravvisato il criterio identificativo dell'area di irresponsabilità dei consiglieri regionali o nel fatto che una legge dello Stato, a svolgimento delle norme costituzionali sulle immunità dei consiglieri regionali, attribuisca alle assemblee, *in via «diretta e immediata»*, determinate funzioni amministrative, *oppure* nell'accertamento della «ragionevole riconducibilità» di altre funzioni amministrative (diverse da quelle intestate, *in via «diretta e immediata»*, alle assemblee) alle funzioni «politiche» dei consigli regionali e dei loro componenti (Corte cost. 22 ottobre 1999, n. 392). È innanzitutto il legislatore statale, dunque, a delineare, con valutazione legale tipica, il rapporto di pertinenza tra funzioni amministrative e funzioni politiche, così integrando un criterio formale che tale pertinenza consente di riconoscere. Di là da questo criterio *formale*, è configurabile un parametro *sostanziale*, idoneo a cogliere il *nesso di inscindibile inerenza dell'attività amministrativa ai beni-interessi presidiati dall'immunità*. L'accertamento della «ragionevole riconducibilità» è rimesso al giudice, oppure, in tutti i casi nei quali si faccia questione di danno erariale per lo svolgimento di attività amministrative, agli stessi organi – gli uffici del p.m. presso la Corte dei conti – cui spetta di esercitare l'azione di responsabilità. Occorre quindi, ha precisato la Corte costituzionale, che sia svolto un *giudizio di ragionevolezza* per stabilire se, nell'esercizio delle funzioni amministrative da parte dei consiglieri regionali, siano riconoscibili situazioni da garantire con l'immunità per il libero esercizio di pubbliche funzioni. Ed il soggetto che deve svolgere questo giudizio, in base a Corte cost. n. 392/99, è giustappunto la Procura presso la Corte

Quanto alla giurisprudenza contabile, questa “muovendosi nel solco tracciato dalle pronunce del giudice della giurisdizione, ha affermato la responsabilità dei consiglieri regionali per il danno procurato a seguito del pagamento dei corrispettivi in favore di soggetti estranei, ai quali era stato conferito un incarico di consulenza in materia di pianificazione territoriale, difesa e valorizzazione delle risorse ambientali, cui il Consiglio regionale medesimo avrebbe potuto provvedere con le proprie strutture (Sez. I appello sent. n. 25 del 25/01/1989). *Quanto agli atti di autorganizzazione, è stata declinata la giurisdizione con riguardo ai provvedimenti assunti nell'esercizio del potere conferito dalla legge n. 853/1973* (in materia di autonomia contabile e funzionale dei Consigli regionali delle Regioni a statuto ordinario) *qualora tali atti possano ritenersi concretamente espressione di una potestà autorganizzativa e non di diverse finalità* (cfr. Sezione III app., n. 40/2001, in materia di spese per servizi consiliari, e Sezione I app., n. 79/1999, relativa agli atti degli organi assembleari regionali che determinano il trattamento economico del personale). *Analogamente, si è ritenuto che fossero sottratti alla giurisdizione gli atti amministrativi attuativi di regolamenti interni con cui l'Assemblea regionale Siciliana disciplinava autonomamente lo stato giuridico ed economico del proprio personale* (Sezione I app., n. 186/1999 e Sezione app. Sicilia, n. 103/2000). *All'opposto, è stata affermata la giurisdizione nei confronti degli atti ritenuti esorbitanti rispetto alle attribuzioni proprie del Consiglio; nella fattispecie, si trattava dell'approvazione, da parte dell'Assemblea 23 regionale siciliana, di una convenzione con un istituto bancario per il concorso nel pagamento degli interessi relativi ai mutui contratti da deputati e dipendenti dell'Assemblea per l'acquisto della prima casa* (Sezione I app., n. 77/1999). In questo caso, la giurisdizione della Corte dei conti è stata confermata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza 14.5.2001, n. 200. Infine, con riguardo al danno derivante dall'affidamento, da parte dell'Ufficio di presidenza, di un incarico di consulenza, avente ad oggetto l'elaborazione di un progetto di riorganizzazione del Consiglio regionale, è stata affermata la giurisdizione della Corte dei conti, *trattandosi di decisione non rientrante nel novero degli atti di autorganizzazione del Consiglio bensì tra quelli aventi natura puramente amministrativa ai quali deve ordinariamente attendere l'organo assembleare interessato*; secondo tale prospettiva, è stata dunque affermata la sussistenza del danno erariale per l'avvenuto conferimento a soggetti terzi della cennata consulenza a titolo oneroso (Sezione I App. n. 190/2013).”<sup>103</sup>

---

dei conti. La necessità della valutazione di ragionevolezza comporta la *relatività e non già l'assolutezza di tale forma di immunità*. E la relatività implica che non possa essere esclusa in radice la giurisdizione della Corte dei conti e che, quindi, non sussista il denunciato difetto assoluto di giurisdizione. La censura si colloca, per conseguenza, nei confini interni della giurisdizione, poiché va ad investire il giudizio di ragionevolezza che ha determinato l'instaurazione del giudizio dinanzi al giudice contabile (...).” Corsivo aggiunto.

<sup>103</sup> Cfr. sent. cit., punto 2.6, in diritto. Corsivo aggiunto. D'altra parte, è pur sempre consen-

Delineato il quadro di riferimento, il giudice contabile siciliano può affermare “la generale insindacabilità” degli atti [di autorganizzazione, *n.d.r.*] in causa, in quanto atti *non* aventi natura *amministrativa* “purché rispettosi del *principio di ragionevolezza* e di *inerenza* alla correlata funzione, limiti, questi, oltrepassati i quali, non operano le guarentigie costituzionalmente apprestate per i consiglieri parlamentari”, precisando poi che la relativa verifica dovrà procedere “secondo un

---

tito alla Regione, qualora si ritenga lesa nelle sue attribuzioni costituzionali (nella specie: autorganizzative), ricorrere al rimedio estremo del *conflitto di attribuzione* innanzi alla *Corte costituzionale*, la quale, proprio nella *sentenza n. 22 del 2020*, respingendo le eccezioni di inammissibilità, ha ribadito che *a)* “costituisce atto idoneo ad innescare un conflitto intersoggettivo di attribuzione *qualsiasi comportamento significativo*, imputabile allo Stato o alla Regione, che sia *dotato di efficacia e rilevanza esterna e che – anche se preparatorio o non definitivo – sia comunque diretto “ad esprimere in modo chiaro ed inequivoco la pretesa di esercitare una data competenza, il cui svolgimento possa determinare una invasione nella altrui sfera di attribuzioni o, comunque, una menomazione altrettanto attuale delle possibilità di esercizio della medesima”*» (sentenza n. 332 del 2011; nello stesso senso, sentenze n. 382 del 2006, n. 211 del 1994 e n. 771 del 1988). In disparte la possibilità che l’atto oggetto del conflitto possa essere altresì impugnato in sede giurisdizionale, quel che rileva è, dunque, il *tono costituzionale* del conflitto stesso, il quale sussiste quando il ricorrente non lamenti una lesione qualsiasi, ma una lesione delle proprie attribuzioni costituzionali (ex plurimis, sentenze n. 28 del 2018, n. 87 del 2015 e n. 52 del 2013). Quando, in particolare, oggetto di ricorso siano *sentenze o altri atti giurisdizionali*, il conflitto intersoggettivo è costantemente ritenuto ammissibile, in presenza delle anzidette condizioni, *anche laddove l’atto sia non definitivo e altresì contestualmente impugnato in sede giurisdizionale* (di recente, sentenze n. 259 e n. 57 del 2019, n. 2 del 2018 e n. 260 del 2016). L’ammissibilità del conflitto intersoggettivo da atti giurisdizionali, in altre parole, è condizionata dalla *sussistenza del tono costituzionale, nonché dalla già rilevata esigenza che il ricorso non si risolva in un mezzo improprio di censura sul modo di esercizio della funzione giurisdizionale*. Per queste complessive ragioni, non incidono sull’ammissibilità del presente conflitto le ordinanze del Consiglio di Stato, sezione quinta, 7 ottobre 2019, n. 5079 e 5 luglio 2019, n. 3426, con le quali il giudice di secondo grado ha accolto l’istanza cautelare presentata dalla Regione Puglia, sospendendo l’efficacia della impugnata sentenza del TAR. Infatti, la mera sospensione dell’efficacia dell’atto impugnato – che continua ad essere presente nell’ordinamento, pur se in una situazione di “quiescenza” – non fa venir meno l’interesse al ricorso, «dal momento che “la lesione delle attribuzioni costituzionali può concretarsi anche nella mera emanazione dell’atto invasivo della competenza, potendo, quindi, perdurare l’interesse dell’ente all’accertamento del riparto costituzionale delle competenze”» (sentenza n. 328 del 2010, che richiama le sentenze n. 287 del 2005, n. 222 del 2006 e n. 199 del 2004).”. Corsivo aggiunto. E *b)* di fronte all’eccezione di inammissibilità per asseriti “errores in iudicando commessi dal Giudice amministrativo”, la Consulta la respinge poiché “Quel che la Regione (...) contesta non è il modo di esercizio della funzione da parte del giudice amministrativo, *ma la sussistenza stessa*, in capo a quest’ultimo, *del potere giurisdizionale*. Asserisce infatti la ricorrente che, annullando il verbale di una commissione del Consiglio regionale, il TAR (...) avrebbe agito in carenza assoluta di giurisdizione, e per questo avrebbe leso attribuzioni costituzionalmente garantite alla Regione stessa dagli artt. 114, secondo comma, 117, 121, primo e secondo comma, 123 Cost., nonché riconosciute ai consiglieri regionali dall’art. 122, quarto comma, Cost. Si è dunque in presenza di un ricorso in cui è *contestata «l’esistenza stessa del potere giurisdizionale nei confronti del ricorrente»*, ciò che rende il conflitto ammissibile, secondo il costante orientamento di questa Corte (ex plurimis, sentenze n. 2 del 2018, n. 235 e n. 107 del 2015).”. Corsivo aggiunto.

criterio di massima e *senza entrare nel merito né della discrezionalità della scelta compiuta (...) né del contenuto degli elaborati consulenziali (...), dell'eventuale superamento della soglia di ragionevolezza posta a presidio dello svolgimento della funzione di autorganizzazione*<sup>104</sup>, concludendo per “*la sussumibilità degli incarichi di consulenza conferiti (...) nel disposto costituzionale dell'art. 122, IV comma, della Costituzione e nell'art. 6 dello Statuto della regione siciliana con conseguente insindacabilità degli stessi in quanto coperti dalle guarentigie apprestate dalla Costituzione ai componenti degli organi parlamentari regionali?*”<sup>105</sup>

Nella successiva pronuncia n. 166 del 17 aprile 2020<sup>106</sup>, la medesima Sezione siciliana della Corte dei conti ribadisce che “non rientrano nell'ambito della giurisdizione della Corte dei conti gli atti e le condotte riconducibili alla funzione legislativa o a quei profili indispensabili per l'esercizio di tale funzione o, comunque, connessi al potere di indirizzo politico; tali atti, infatti, sono coperti dall'insindacabilità prevista dall'art. 122, comma 4, della Costituzione.

Rientrano invece nell'alveo della giurisdizione contabile gli atti aventi carattere amministrativo e gestionale, che *non sono legati all'esercizio del potere legislativo ma rientrano in un'ordinaria attività burocratica, che, tuttavia, in considerazione della natura peculiare del consiglio regionale, pur non essendo sottoposta alla disciplina prevista dalla legge n. 241 del 1990, soggiace alla regolamentazione interna*<sup>107</sup> dell'assemblea legislativa e *ovviamente ai principi costituzionali, fra i quali, in particolare, quelli di buon andamento, di equilibrio di bilancio, di uguaglianza e del pubblico concorso per l'accesso all'impiego*”, soggiungendo che la Corte “non può e non intende svolgere qualsivoglia sindacato sui summenzionati atti regolamentari dell'ARS, che disciplinano l'attribuzione di consulenze da parte dei componenti del Consiglio di Presidenza diversi dal Presidente.

*È chiaro che tali regolamenti sono immuni dal sindacato giurisdizionale, pur dovendosi ovviamente ritenere che gli stessi debbano essere applicati e interpretati nel rispetto dei fondamentali principi costituzionali*<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> Cfr. sent. cit., punto 2.7 in diritto. Corsivo aggiunto.

<sup>105</sup> Cfr. sent. cit., *ibidem*. Corsivo aggiunto.

<sup>106</sup> In [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it)

<sup>107</sup> Qui intesa quale normativa *interna non rientrante* nella nozione di autorganizzazione in senso stretto, come si evince in più passi della sentenza *de qua*, che compie una puntuale “*disamina della regolamentazione interna*”, la quale, pur nondimeno, riveste natura di *fonte primaria* secondo il giudice amministrativo: v. la successiva nota 108.

<sup>108</sup> Cfr. sent. n. 166/2020. Sembra discostarsi da tale ultimo assunto Tar Palermo, sez. III, sent. 06.08.2020, n. 1757, laddove afferma, in ordine all'impugnabilità del regolamento “*minore*” dell'A.R.S. in materia di concorsi, “che non sussistono dubbi in ordine alla sua impugnabilità dinanzi al giudice amministrativo, come, d'altronde, è stato già espressamente affermato (cfr., sul punto, T.A.R. Sicilia – Palermo, sez. III, n. 1733/2009 e C.G.A. n. 86/2011)”; e questo perché all'Assemblea regionale siciliana “*spettano al più, poteri di autocrinia e di autoregolamentazione, ma non autodichia (...)*” sebbene “*anche tali regolamenti speciali o minori costituiscono espressione del potere di autoorganizzazione dell'Assemblea e rivestono la stessa natura giuridica del regolamento generale. Nell'ordinamento interno dell'Assemblea i regolamenti minori, pur essendo atti normativi primari,*

Nel caso di specie, trattavasi dunque di attività amministrativa, di consulenze da un lato “non coperte dall’insindacabilità ex art. 122, comma 4, Costituzione” e, dall’altro, il cui conferimento “pur non sottostando alla disciplina del procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241 del 1990 [anda]va scrutinato secondo i principi fondamentali dell’ordinamento” poiché “(...) il conferimento di consulenze *non* attengono certo alla funzione *legislativa* (...), *ma* sono tipica espressione della funzione *amministrativa*”.<sup>109</sup>

In tal caso, “*garantita l’insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali (...) nondimeno* (...) il fondamentale parametro di valutazione della legittimità e della liceità (...) è rappresentato *dall’art. 97 della Costituzione e dal principio del buon andamento ivi affermato*, che ha come corollari *l’efficacia, l’efficienza e l’economicità*.”<sup>110</sup>

---

sono subordinati al regolamento generale”. Corsivo aggiunto. Sull’*autodichia*, v. sentenze Corte Cost. citate *sub* nota 79, nota 94 e R. DICKMANN, *Il Parlamento italiano*, Napoli, 2018, 16-17, che evidenzia come la Corte costituzionale abbia “voluto assicurare il proprio controllo a che l’autodichia si svolga in modo da non ledere il principio di legalità, i diritti fondamentali e i principi inderogabili, configurandosi (...) quale garante del rispetto di tali parametri in sede di giudizio per conflitto di attribuzioni (Corte cost., sent. 5 maggio 2014, n. 120, spec. punti 4.3-4.4 in diritto)”. Sulla distinzione tra *autocrazia* (“potestà degli organi costituzionali (in particolare parlamentari) di determinare, con propri atti, quale parte dell’ordinamento comune può entrare a disciplinare i propri rapporti interni, ovvero di precludere, sotto la copertura della riserva di cui all’art. 64 Cost., l’applicazione delle norme dell’ordinamento generale”) e *autodichia* (“forma di “giurisdizione riservata” agli organi costituzionali, preclusiva dell’intervento della giurisdizione comune sulle vicende interne all’organo”), cfr. A. LO CALZO, *Il controllo di legittimità costituzionale sugli atti interni di Camera e Senato (a margine della sent. n. 213 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *Consulta Online, Studi*, 2018, fasc. I (Estratto), 27, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

<sup>109</sup> Cfr. sent. n. 166, cit.

<sup>110</sup> “Il criterio di *economicità*, quale diretta attuazione del canone costituzionale e comunitario di buona amministrazione, vincola chi abbia disponibilità di denaro pubblico (immune da sprechi) delle risorse; si traduce nell’obbligo di perseguire gli obiettivi pubblici istituzionali con il minor dispendio di mezzi personali, finanziari, procedurali. Analogamente, il principio di *efficacia* indica il rapporto tra risultati ottenuti e obiettivi prestabiliti ed esprime l’esigenza che l’amministrazione adotti tutte le misure che appaiono più idonee a conseguire i propri fini. L’*efficienza* – nella prospettiva dei risultati – si riferisce all’uso più idoneo delle risorse pubbliche per il massimo soddisfacimento degli interessi della collettività. Va ribadito che tali principi scaturiscono *non solo* dalla legge n. 241 del 1990 *ma soprattutto* dall’art. 97 e dall’art. 81 della Costituzione, che impongono a tutti i soggetti pubblici il conseguimento di obiettivi di carattere generale, agendo con il minor dispendio di mezzi. (...). Le prerogative dei Consigli regionali, pertanto, non mirano certo ad assicurare una posizione di privilegio alle assemblee legislative e ai loro componenti, ma a preservare da interferenze e condizionamenti esterni le determinazioni inerenti alle funzioni costituzionalmente assegnate al Consiglio. *Tali garanzie costituzionali, non coprendo gli atti non strettamente e ragionevolmente riconducibili alla predetta esigenza, non preservano l’attività di gestione delle risorse finanziarie, che resta, perciò, assoggettata alla ordinaria giurisdizione di responsabilità civile, penale e contabile*. Deve, quindi, pervenirsi alla conclusione secondo cui:

- la natura dell’organo non incide, elidendolo, sull’obbligo di rispettare le regole di corretta gestione del denaro pubblico in virtù dell’art. 97 e dell’art. 81 della Costituzione;
- l’atto gestionale, non coperto da alcun presidio di insindacabilità, presenta l’attitudine, ove

Nella successiva sentenza n. 167 del 17 aprile 2020<sup>111</sup>, ancora la stessa Sezione ha modo di definire ulteriormente l'ambito di operatività dell'autorganizzazione, precisando che, una volta affermata la riconducibilità dell'atto alla prerogativa costituzionale *de qua*, “va tuttavia chiarito che *non* è possibile invocarne, *in astratto*, l'*insindacabilità* in quanto, a tal fine, è *altresì necessario* che venga soddisfatta la *duplice condizione* del [a] rispetto del *principio di ragionevolezza* e della [b] *effettiva attinenza*” dell'atto “*all'autonomia funzionale dell'organo conferente*. I richiamati criteri fungono cioè da limiti all'esercizio della funzione, oltrepassati i quali non operano le garanzie costituzionalmente apprestate per i consiglieri parlamentari. *In altri termini, la giurisdizione della Corte dei conti si afferma o si declina in relazione al contenuto*” dell'atto “*mediante una verifica, da svolgersi secondo un criterio di massima e senza esercitare alcun sindacato sulla discrezionalità della scelta compiuta dal parlamentare, dell'eventuale superamento della soglia di ragionevolezza, posta a presidio dello svolgimento della funzione di autorganizzazione, e della non inerenza dell'incarico all'attività*” del *parlamentare regionale*.<sup>112</sup>

Gli evocati contorni dell'autorganizzazione vengono ulteriormente utilizzati nella successiva pronuncia della Sezione 17 aprile 2020, n. 168,<sup>113</sup> che, in uno alle precedenti, riempie di significato il concetto di “contenuto essenziale dell'autorganizzazione”, anche per le altre funzioni coperte da insindacabilità diverse da quella legislativa.<sup>114</sup>

## 7. Conclusioni

Alla luce del quadro normativo di riferimento fin qui delineato con l'ausilio del “diritto vivente” di derivazione giurisprudenziale, possono finalmente trarsi, *in subiecta materia*, conclusioni “definitorie” maggiormente *compos sui*, in un'accezione che, per tutto quanto detto, postula inevitabilmente non già una soluzione univoca al tema di fondo, ma piuttosto una soluzione applicativa diversificata a seconda della “materia” nella quale l'Assemblea regionale eserciti, in concreto, la potestà normativo-regolamentare e la corrispondente potestà amministrativa.

Ne discende, in buona sostanza, che:

nelle materie *in toto* riservate alla competenza legislativa statale (ad esempio, il diritto privato), detta potestà legislativa, ove incida sulla vita amministrativa dell'ARS, dispiegherà immediatamente e *senza interposizione (regolamentare interna) alcuna* i propri effetti;

---

non coerente con detto obbligo, ad essere soggetto al giudizio di responsabilità amministrativa.”. Così. sent. n. 166, cit.

<sup>111</sup> In [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it)

<sup>112</sup> Cfr. sent. n. 167, cit. Vengono qui richiamati i parametri di Corte Cost. n. 289/97, citata da Corte Cost. n. 43/2019: v. *supra*, par. 4.1.

<sup>113</sup> In [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it)

<sup>114</sup> V. *supra*, nel testo, *sub* nota 98.

nelle materie, viceversa, riconducibili in via *immediata e diretta* alla disciplina delle *modalità di svolgimento dei lavori dell'Assemblea*, o che riguardino *direttamente l'organizzazione interna dei relativi Uffici e Servizi*, la fonte legislativa (o comunque normativa) esterna non potrà avere (salvo formale recepimento) ingresso nell'ordinamento interno e, quindi, effetto alcuno sull'agire amministrativo del Corpo politico-legislativo regionale, sempreché, su di esso, non operino i limiti generali di ordine costituzionale ovvero i limiti speciali, fra cui sicuramente quello del rispetto della normativa comunitaria; e, in ogni caso, avendo ben presente il criterio ribadito dalla giurisprudenza della riconducibilità degli atti, *secondo ragionevolezza*, all'autonomia ed alle esigenze sottese all'Assemblea regionale;

nelle materie non rientranti nelle categorie precedenti, e per le quali l'Assemblea eserciti la (residuale e comune) potestà amministrativa, occorrerà distinguere a seconda che la corrispondente potestà normativo-regolamentare (parallela a quella legislativa regionale) si atteggi a potestà "esclusiva" ovvero "concorrente". Nel primo caso, infatti, nessuna incidenza di fonti normative esterne sarà ipotizzabile, a meno che (a parte i limiti costituzionali generali) la competenza normativo-regolamentare in questione non venga compressa ed "affievolita", *exempli causa*, da interventi normativi statali (effettivamente) qualificabili come "grandi riforme economico-sociali", ovvero da obblighi internazionali dello Stato (ad es.: diritto comunitario). Mentre, nel secondo caso, cioè di potestà normativo-regolamentare di tipo concorrente, l'Assemblea sarà chiamata ad adeguarsi ai principi contenuti nella legislazione nazionale (ordinaria) di riferimento;

nel caso in cui sorga contestazione circa la riconducibilità dell'atto all'una o l'altra delle superiori categorie, sarà pur sempre esperibile (ove ne ricorrano i presupposti) il rimedio estremo del conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale, come rilevato nel precedente paragrafo.<sup>115</sup>

Inoltre, (anche) nei casi di potestà normativo-regolamentare concorrente, ovvero esclusiva "affievolita", l'Assemblea ben potrebbe esercitare, nel rispetto dei cennati limiti, quell'attività di *interpositio* regolamentare ai sensi e per gli effetti dell'art. 4 dello Statuto siciliano, e dunque nelle forme e con le modalità previste e disciplinate dal proprio Regolamento interno.

Nei casi, infine, di particolari esigenze formali, l'Assemblea potrebbe optare per l'affidamento al (solo) Regolamento generale – guarentigato dal più volte citato articolo 4 dello Statuto – la disciplina di singoli e peculiari settori di propria competenza, conferendole "direttamente" quella forza normativa primaria "riservata", costituzionalmente accordata dal medesimo Statuto speciale alla fonte regolamentare "interna", la quale deve essere deliberata in Aula dall'Assemblea plenaria con la maggioranza qualificata della *metà più uno dei componenti* prevista dall'art. 39, ultimo comma, del Regolamento interno dell'A.R.S.

<sup>115</sup> cfr. *supra*, *sub nota* 103.

### Abstract

La prerogativa della potestà di autorganizzazione, riconosciuta alle assemblee legislative regionali, è stata prevalentemente oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza, in primo luogo di quella costituzionale. L'Assemblea regionale siciliana, primo Consesso politico-legislativo regionale dell'Italia repubblicana, ha avuto il ruolo di “pioniere” nell'esercizio di detta potestà, anche in forza dello Statuto speciale di autonomia della Sicilia, che, quale fonte di rango costituzionale, contiene esplicita attribuzione formale della prerogativa in questione. Il presente lavoro si propone di ricostruire la storia e i contorni di siffatta garanzia costituzionale, contorni progressivamente affinati e sciverati dal filtro del “diritto vivente”, dalle origini fino alla decisa presa di posizione chiarificatrice della Corte costituzionale del 2019 e 2020, cui hanno fatto seguito gli ulteriori apporti definitivi delle corti giudicanti di merito. Uno spunto, il presente scritto, per quanti volessero osservare più da vicino la perenne dialettica tra “*ius proprium*”, derivante dall'autonomia, e “*ius commune*”, ovvero il diritto comune inteso quale “grande regola dello Stato di diritto”, come ci rammenta la Corte costituzionale nelle pronunce n. 379 del 1996 e n. 120 del 2014.

The Sicilian Regional Assembly's power of self-organization between rule and living law

by Mario Di Piazza

The prerogative of the power of self-organization, recognized to the regional legislative assemblies, has been subject of greatest relevance for the jurisprudence, first of all by the constitutional one. The Sicilian Regional Assembly, the first regional political-legislative assembly of Italy in the republican era, had a “pioneering role” in the exercise of this power, also in virtue of the Sicilian Special Statute of autonomy, which, as a source of constitutional rank, contains explicit formal attribution of the prerogative in question. The present work aims to reconstruct the history and contours of such constitutional guarantee, contours progressively refined and distinguished by the filter of “living law” from the origins until the adoption of a clear position by Constitutional court in 2019 and 2020, followed by further courts' of merit defining contributions. This work is a starting point for those who have the will to observe closely the perpetual dialect between “*ius proprium*”, that derives from the autonomy, and “*ius commune*”, i.e. the common law known as “great rule of law”, as remembered by the constitutional Court's judgements n.379/1996 and n.120/2014.



# Dal “caffè sospeso” alla “economia sospesa”: una lettura giuspubblicistica (tra solidarietà e sussidiarietà)

di Antonio Mitrotti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il tentativo di inquadramento giuridico del fenomeno del ‘caffè sospeso’ nel sistema delle fonti del diritto italiano: la consuetudine di un atto liberale mosso da solidarietà. – 3. Il caffè sospeso e la solidarietà economica e sociale. – 4. Il caffè sospeso ed il principio di sussidiarietà orizzontale. – 5. Una lettura costituzionale della consuetudine sottesa al fenomeno dell’economia sospesa. – 6. Conclusioni.

## 1. Premessa

Da una recentissima analisi pubblicata su «Il Sole 24 Ore»<sup>1</sup> emerge, sorprendentemente, come – anche grazie agli effetti dei nuovi mezzi, universali, di comunicazione telematica<sup>2</sup> – da Napoli si stia progressivamente diffondendo a macchia d’olio, addirittura in tutti i continenti, l’antica tradizione napoletana del così detto “caffè sospeso”.

Si tratta di un’usanza radicata saldamente nelle tradizioni della cultura partenopea<sup>3</sup>, consistente in un piccolo (ma simbolicamente grande) gesto di

---

<sup>1</sup> D. MARRAZZO, *Dal caffè ai biglietti del cinema, l’economia sospesa tra marketing e solidarietà*, in *il Sole 24 Ore*, 14 gennaio 2020, reperibile su [www.ilssole24ore.com](http://www.ilssole24ore.com).

<sup>2</sup> Sul tema può dirsi esistente una letteratura pubblicistica pressoché sterminata; senza, perciò, pretese di esaustività sia considerato sufficiente il rinvio, *ex plurimis*, a F. PIZZETTI, *Internet e la natura ‘caotica’ del diritto giurisprudenziale*, in *Politica del Diritto*, n. 3/2001, 467-498; V. ONIDA, *Costituzione, politica e mezzi di comunicazione*, in *Il Consiglio di Stato*, n. 12/2004, 2539-2548; F. PALAZZO, *Mezzi di comunicazione e giustizia penale*, in *Politica del Diritto*, n. 2/2009, 193-216; G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Politica del Diritto*, n. 3/2011, 367-378; P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 4/2012, 811-853; P. PASSAGLIA, *Internet e pluralismo sociale*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2014, 75-96; G. DE MINICO, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale, con prefazione di Enzo Cheli*, Torino, 2016; T. E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, Napoli, 2019.

<sup>3</sup> «Si tratta di un’antica tradizione partenopea nata, secondo lo scrittore Riccardo Pazzaglia, dalle dispute che sorgevano al momento di pagare il caffè al bar tra gruppi di amici o di conoscenti: poteva succedere, infatti, che nell’incertezza tra chi aveva consumato e chi riteneva di dover pagare per altri si finisse per pagare un caffè che, in realtà, non era stato consumato. In tal caso non si richiedeva indietro il credito che ne scaturiva ma si lasciava valida l’offerta a beneficio di uno sconosciuto» G. SALVIA, *L’economia sospesa. Il Vangelo (è) ingegnoso*, Cinisello Balsamo, 2018, 11 (qui l’Autore richiama, per altro, R. PAZZAGLIA, *Odore di caffè*, Napoli, 1999, p. 35 ss.). Per una sintetica ricostruzione storica della consuetudine partenopea del caffè sospeso si può, altresì, leggere A. DICHIARANTE, *Il caffè sospeso e i suoi fratelli, quando la solidarietà diventa business*, in *La Repubblica*, 13 marzo 2017, reperibile su [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it). Più diffusamente si rinvia a quanto brillantemente ricostruito in L. DE CRESCENZO, *Il Caffè sospeso. Saggerezza quotidiana in piccoli sorsi*, Milano, 2009; G. GALASSO, *Intervista sulla storia di Napoli*, a cura di PERCY ALLUM, con nota di Luigi Mascilli Migliorini, Roma-Bari, 2018.

solidarietà<sup>4</sup>: grazie a quanti – con un apprezzabile spirito di liberalità – decidano di pagare al bar oltre al proprio caffè anche un secondo per chi, ancorché sconosciuto, non ne avesse i mezzi per acquistarlo<sup>5</sup>.

A Napoli un caffè al bar costa comunemente meno di una confezione di caffè acquistabile in supermercato o di un chilogrammo di pane preso in panetteria ovvero, per intendersi, anche meno di un pacco di pasta: si tratta, dunque, di un bene di consumo ben considerabile come un ‘bene di prima necessità’<sup>6</sup>.

Ecco, probabilmente, perché il generoso Antonio De Curtis – noto ai più come Totò – usava lasciare nello storico bar di Via Chiaia: «*lo scontrino di un caffè pagato in una grande caffettiera posizionata all'ingresso. Che è ancora lì, a rappresentare l'anima generosa di una città da sempre solidale*»<sup>7</sup>.

Ma il fatto ancor più eclatante è, come scritto in epigrafe, la repentina diffusione del fenomeno oltre i confini partenopei, unitamente ad una, non secondaria, estensione oggettiva dei beni protagonisti di ‘sospensione’: che, ad oggi, possono ben riguardare anche il pane<sup>8</sup>, o la pizza<sup>9</sup>, oltre che, non di meno, dei pasti completi<sup>10</sup>, fino a giungere, addirittura, ad interi carrelli della spesa (sospesa, per l'appunto); senza dimenticare, oltretutto, il recentissimo fenomeno dei così detti ‘farmaci sospesi’<sup>11</sup>.

Definita da «Il Sole 24 Ore»<sup>12</sup> come “una nuova forma di socialità che genera una nuova economia”, si è dinanzi allo sviluppo di un sistema in cui la solida-

<sup>4</sup> Per una diffusa disamina sotto il profilo squisitamente economico appare significativo il rimandare alla recentissima – quanto assai interessante – ricostruzione accuratamente sviluppata da G. SALVIA, *L'economia sospesa*, cit.

<sup>5</sup> Appare interessante quanto analizzato sotto il profilo eminentemente sociologico da F. D'ISANTO – S. DI MARTINO, *Il caffè sospeso della tradizione napoletana: prosocial behaviour come fondamento delle istituzioni sociali*, in *Impresa Sociale*, n. 8/2016, 1-14.

<sup>6</sup> Sulla natura dei ‘beni di consumo’ (con particolare attenzione al caffè sospeso) si confronti B. COVA – G. FUSCHILLO – S. PACE, *Le marche siamo noi. Navigare nella cultura del consumo*, Milano, 2017, 3 ss.

<sup>7</sup> D. MARRAZZO, *Dal caffè ai biglietti del cinema, l'economia sospesa tra marketing e solidarietà*, cit.

<sup>8</sup> *Ex multis*, G. CEREDA, *Il pane “sospeso” dell'integrazione: “e così a Cologno i fornai immigrati aiutano le famiglie italiane”*, in *La Repubblica*, 1 giugno 2016, reperibile su [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it); K. DELL'ÉVA, *Nasce il “pane sospeso” un aiuto a chi è in difficoltà*, in *Giornale Trentino*, reperibile su [www.giornale.trentino.it](http://www.giornale.trentino.it).

<sup>9</sup> *Ex plurimis*, L. GUERINI, *Arriva la pizza sospesa: una per te, l'altra la offri a chi non ce la fa*, in *Il Messaggero*, 17 febbraio 2015, reperibile su [www.ilmessaggero.it](http://www.ilmessaggero.it); A. PELLEGRINO, *A Salerno c'è la pizza sospesa*, in *La Repubblica*, 12 febbraio 2019, [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it).

<sup>10</sup> Tra i tanti fatti di cronaca si leggano M. CINQUEPALMI, *Pasto sospeso, la solidarietà è servita*, in *Vita*, 20 febbraio 2017, reperibile su [www.vita.it](http://www.vita.it); F. GIUBILEI, *A Bologna dilaga la filosofia del caffè sospeso: pasti, teatro e basket per chi non può permetterselo*, in *La Stampa*, 20 novembre 2019, reperibile su [www.lastampa.it](http://www.lastampa.it).

<sup>11</sup> Con la sottoscrizione di un “buono sospeso” presso gli esercizi farmaceutici si può, infatti, sostenere quanti a causa di difficoltà economiche non riescano a far fronte al bisogno di prodotti farmaceutici: per approfondimenti si rimanda al sito [www.farmaciaciultimenotizie.it](http://www.farmaciaciultimenotizie.it).

<sup>12</sup> D. MARRAZZO, *Dal caffè ai biglietti del cinema, l'economia sospesa tra marketing e solidarietà*, cit.

rietà e la gratuità costituiscono la preziosa leva per un auspicabile cambiamento della condizione dei meno abbienti<sup>13</sup>, con la pregnante finalità di realizzare, sussidiariamente, quelli che sono tra i più importanti obiettivi repubblicani sanciti nella nostra Carta costituzionale: ossia, *in primis*, il riconoscimento e la garanzia effettiva dei diritti inviolabili dell'uomo (*ex articolo 2 Cost.*), la tensione programmatica verso un'eguaglianza sostanziale tra tutti i cittadini (*ex articolo 3 Cost.*), in secondo luogo, e, non di meno, l'imprescindibile ‘valore’ di una promozione dell'integrazione sociale<sup>14</sup> – oltre che di carattere economico – tra i cittadini, nell'ottica costituzionale di una Repubblica, come è quella italiana, che ancorché fortemente pluralista (sotto il profilo politico, istituzionale, culturale, economico e religioso) non può che rimanere, sempre, una ed indivisibile (*ex articolo 5 Cost.*)<sup>15</sup>.

Tutti principi costituzionali, questi, che proprio nella recente diffusione ed estensione sul piano nazionale della cultura del ‘caffè sospeso’ (sebbene – come sopra rilevato – si tratti di consuetudine approdata ‘persino’ oltre i confini nazionali) rinvengono un significativo e pragmatico riscontro civico.

Del resto, l'attenta analisi economica pubblicata da «Il Sole 24 Ore»<sup>16</sup> mostra l'emersione pacifica di una ‘generosa tensione’ degli italiani (da sud a nord) verso uno ‘spontaneo adempimento’ (avulso cioè dall'esercizio imperativo delle funzioni redistributive della Repubblica, di natura coattiva<sup>17</sup>) dei propri doveri di solidarietà economica e sociale.

Il che si registra spesso, tra l'altro, nell'alveo di assai pregevoli iniziative asso-

<sup>13</sup> Può risultare utile sul punto rinviare, *ex multis*, in dottrina al recente contributo di G. FARES, *Prestazioni sociali tra garanzie e vincoli*, Napoli, 2018.

<sup>14</sup> *Ex plurimis*, si rinvia senza delle pretese di esaustività a F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002; A. MARZANATI – A. MATTIONI (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, 2007; M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, 2009; I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: “come se” fossimo fratelli*, Napoli, 2011; L. PRINCIPATO, *L'integrazione sociale, fine o condicio sine qua non nei diritti costituzionali?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 4/2013, 3291-3296; Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, 1-30; F. GIUFFRÈ, *Alle radici dell'ordinamento: la solidarietà tra identità e integrazione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, 555-573.

<sup>15</sup> Del resto – così come spiegato efficacemente dalla stessa Consulta – la Repubblica è: «[una] istituzione complessiva, orientata, nella pluralità e nella molteplicità delle sue componenti, ad esprimere e tutelare elementi identitari, oltre che interessi considerati storicamente comuni o, almeno, prevalentemente condivisi all'interno della vasta e composita comunità “nazionale”», Corte cost., 13 maggio 2010, n. 170, par. 4 del Considerato in diritto.

<sup>16</sup> D. MARRAZZO, *Dal caffè ai biglietti del cinema, l'economia sospesa tra marketing e solidarietà*, cit.

<sup>17</sup> Appare significativo il rinvio, sul punto, a quanto autorevolmente ricostruito in G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; G. LOMBARDI – L. ANTONINI, *Principio di sussidiarietà e democrazia sostanziale: profili costituzionali della libertà di scelta*, in *Diritto e Società*, n. 2/2003, 155-185; A. D'ANDREA, *Solidarietà e Costituzione*, in *Jus*, n. 1/2008, 193-1998; S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Politica del Diritto*, n. 4/2012, 525-554; D. FLORENZANO – D. BORGONOVO RE – F. CORTESE, *Diritti*

ciate tra i cittadini e maturate sussidiariamente rispetto all'ordinaria azione che, *ratione materiae*, compete ai livelli di governo della, così detta, «Repubblica delle Autonomie»<sup>18</sup> (coerentemente, del resto, alla portata del principio di sussidiarietà orizzontale, consacrato all'articolo 118 Cost.<sup>19</sup>).

Tanto è vero che – anche per evitare i possibili, e tristi, abusi dei ‘finti poveri’ ossia degli ‘approfittatori’ – non è mancato fra i cittadini chi si sia addirittura strutturalmente organizzato nell'esercizio di attività senza scopo di lucro, con il vero e proprio lancio di una nuova, ed innovativa, *App* finalizzata a gestire gli atti di liberalità in favore dei più bisognosi. Con l'avvio, cioè, di un vero e proprio progetto ufficiale denominato *Tucum*<sup>20</sup> (sostenuto, fra gli altri, dalla *Caritas Italiana*) che consentirà, più agevolmente, agli ‘utenti donatori’ di offrire (grazie al nuovo strumento telematico) un caffè, un pasto caldo od anche un carrello di spesa a chi versasse nel bisogno e nell'indigenza.

---

*inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza. Un'introduzione*, Torino, 2015. Più di recente si veda, *ex multis*, A. MORELLI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, in *Diritto costituzionale*, n. 2/2019, 5-10.

<sup>18</sup> Nell'ambito della copiosa letteratura sulla revisione del Titolo V – di cui non si può qui, per delle ovvie ragioni, dare contezza con delle pretese di esaustività – appare emblematico richiamare, *ex multis*, quanto ricostruito in T. GROPPI – M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, 2003; A. PIOGGIA – L. VANDELLI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale. Regioni ed Enti locali dopo la riforma del Titolo V*, Bologna, 2006.

<sup>19</sup> In tema di sussidiarietà orizzontale appare, qui, utile segnalare una recentissima decisione dei Giudici di Palazzo della Consulta: Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131. Laddove, in particolare, il Giudice delle leggi ha tenuto, energicamente, a puntualizzare che il novellato quarto comma dell'articolo 118 della Carta repubblicana: «*ha esplicitato nel testo costituzionale le implicazioni di sistema derivanti dal riconoscimento della “profonda socialità” che connota la persona umana (sentenza n. 228 del 2004) e della sua possibilità di realizzare una “azione positiva e responsabile” (sentenza n. 75 del 1992): fin da tempi molto risalenti, del resto, le relazioni di solidarietà sono state all'origine di una fitta rete di libera e autonoma mutualità che, ricollegandosi a diverse anime culturali della nostra tradizione, ha inciso profondamente sullo sviluppo sociale, culturale ed economico del nostro Paese. Prima ancora che venissero alla luce i sistemi pubblici di welfare, la creatività dei singoli si è espressa in una molteplicità di forme associative (società di mutuo soccorso, opere caritative, monti di pietà, ecc.) che hanno quindi saputo garantire assistenza, solidarietà e istruzione a chi, nei momenti più difficili della nostra storia, rimaneva escluso. Nella suddetta disposizione costituzionale [di cui all'articolo 118, quarto comma], valorizzando l'originaria socialità dell'uomo [...], si è quindi voluto superare l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale e si è riconosciuto che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una “autonoma iniziativa dei cittadini” che, in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale, risulta ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese» (Par. 2.1 del Considerato in diritto).*

<sup>20</sup> Per approfondimenti si leggano G. SALVIA, *L'economia sospesa*, cit., 57 ss.; C. DI ZANNI, *Caritas, la solidarietà viaggia sullo smartphone: l'esperimento per donare un pasto ai bisognosi con un'app*, in *La Repubblica*, 22 gennaio 2019, reperibile su [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it); D. POGGIO, *Tucum. Il pranzo «sospeso» offerto a chi è in difficoltà con la spinta (e la protezione) di Carlo Acutis*, in *Avenire*, martedì 19 marzo 2019, 17.

2. *Il tentativo di inquadramento giuridico del fenomeno del ‘caffè sospeso’ nel sistema delle fonti del diritto italiano: la consuetudine di un atto liberale mosso da solidarietà*

In assenza di pronunce in giurisprudenza che si siano occupate di inquadrare il fenomeno del ‘caffè sospeso’ (sebbene, in verità, non sia affatto da poter escludersi che – alla luce dell’estrema diffusione sociale – delle fattispecie concrete giungeranno alla cognizione del Giudice Ordinario, specie in relazione al triste fenomeno di possibili ‘approfittatori’), appare sensibilmente poco agevole, per l’interprete, ‘sussumere’ la fattispecie concreta del caffè sospeso (ovverosia del pane, della pizza, di un pasto od anche di un intero carrello di spesa ‘sospesi’) sotto una precisa fattispecie astratta, contemplata da una fonte di produzione dell’ordinamento.

Se, infatti, si fosse istintivamente portati a credere che si tratti di una ‘comune’ donazione occorrerebbe, allo stesso tempo, riflettere sul fatto che, in fondo, *«la donazione è un atto personale del donante: la scelta della persona del donatario o dell’oggetto della donazione deve, perciò, essere frutto della volizione esclusiva del donante e non può essere rimessa al rappresentante. È, pertanto, nullo il mandato a donare cui voles o quae voles (art. 778, comma 1, c.c.)»*<sup>21</sup>.

Sicché – già solo per questo determinante elemento ed al di là di ogni altra ulteriore considerazione di natura civilistica – sarebbe corretto dissociare, energeticamente, le fattispecie concrete riconducibili al ‘caffè sospeso’ dalla portata dell’istituto civilistico della donazione, considerata la loro evidente incompatibilità strutturale.

Del resto, nella donazione è il donante a dover ‘personalmente scegliere’ quale sarà il soggetto donatario che beneficerà dell’oggetto di donazione, mentre nella prassi del ‘caffè sospeso’ tutto accade all’opposto: nella misura in cui normalmente chi beneficia del caffè lo fa in completo anonimato rispetto a colui il quale ha compiuto l’atto di liberalità.

Il che, si badi, si dà in relazione al fatto che all’atto del pagamento del caffè sospeso non è dato conoscere da parte di chi paga quale sarà la persona che beneficerà, in concreto, di quel caffè (fosse anche, ipoteticamente, l’acerrimo nemico): la qual cosa, d’altronde, si realizza anche per delle comprensibili ragioni di riservatezza e di umana delicatezza per la dignità della persona indigente che beneficia del gesto di liberale solidarietà.

Sotto questa peculiare prospettiva, fra l’altro, l’atto di liberalità che si pone come causa del caffè sospeso può dirsi, addirittura, ancora più solidale dello spirito di liberalità che è proprio di una ‘classica’ donazione: il donante nella donazione, difatti, ‘sceglie’ (quasi egoisticamente) la persona del donatario, mentre nella prassi del ‘caffè sospeso’, piuttosto, chi paga compie un gesto di

<sup>21</sup> A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 2017, 1464.

liberalità a 360°, perché, a ben riflettere, trascende l'individualità della persona che in concretezza ne beneficerà, essendo lampante espressione di un atto solidale astrattamente rivolto a favore di chiunque ne abbia davvero bisogno, con il compimento, cioè, di quello che Luciano De Crescenzo ben definirebbe come un gesto di solidarietà aperto verso il mondo<sup>22</sup> e che, non di meno, autorevole dottrina costituzionalistica dipingerebbe come: *«libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa»*<sup>23</sup>.

Se, pertanto, è da escludersi in radice la possibilità di sussumere sotto il 'cappello civilistico della donazione' l'antica usanza partenopea del caffè sospeso (e delle relative forme attuali di estensione a pane, pizza, pasti o carrelli di spesa) appare parimenti ragionevole escludere che possa trattarsi di altrettante forme di 'donazioni indirette' ossia, segnatamente, del caso più celebre tra le donazioni indirette, qual è il 'contratto in favore del terzo', *ex art. 1411 c.c.*

E la ragione è piuttosto banale, posto che (ai sensi di quanto espressamente prescritto dal secondo comma dell'articolo 1411 c.c.) la stipulazione di un contratto in favore del terzo potrebbe, benissimo, anche essere revocata (oppure modificata) dallo stipulante, almeno finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente, di volerne profittare: cosa che, invece, non accade (né – d'altra parte – potrebbe mai accadere) nella prassi del 'caffè sospeso', essendo contraria al comune sentire (morale, sociale e giuridico) dei consociati la possibilità di una revoca dell'atto di liberalità posto come causa di un caffè sospeso.

Ecco, dunque, come le riflessioni circa l'individuazione della fonte regolatrice del 'diligante fenomeno' del 'caffè sospeso' vengano così a spostarsi su di un piano che è del tutto differente rispetto a quello cui – di primo acchito – si sarebbe portati comunemente a pensare: non si tratta infatti né di una donazione diretta, né, tanto più, di una donazione indiretta ovvero di un contratto a favore di terzi, né – ad una sommaria ricognizione – di un qualsiasi altro tipo di contratto tipico od atipico sotteso alla disciplina del codice civile.

Sicché se si volesse individuare, con ponderazione, la fonte di un fenomeno così tanto diffuso e socialmente rilevante come quello del 'caffè sospeso' occorrerebbe piuttosto risalire dal principio generale di disciplina delle fonti delle obbligazioni nel nostro ordinamento.

È noto a tutti che l'articolo 1173 del Codice civile prescrive, a tal proposito, che: *«le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico»*.

Ebbene, *ragionando a contrario* e facendo esclusione tanto di un'origine obbligatoria ravvisabile nella 'fonte contrattuale' quanto – non di meno – di quella

<sup>22</sup> L. DE CRESCENZO, *Il Caffè sospeso*, cit.

<sup>23</sup> F. GIUFFRÈ, *Alle radici dell'ordinamento: la solidarietà tra identità e integrazione*, cit., 567. Preme puntualizzare come l'Autore richiami sul punto quanto autorevolmente affermato in una risalente decisione della Consulta: Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75, par. 2 del Considerato in diritto.

rinvenibile nel ‘fatto illecito’ è gioco forza ammettere che la fonte giuridica del ‘caffè sospeso’ sia da ricondurre (per una evidente logica esclusione, appunto) ad un atto ovvero, piuttosto, ad un *«fatto idoneo a produrlo»*.

Si tratta, in altre parole, di ciò che nell’alveo delle fonti di produzione del diritto nel nostro ordinamento<sup>24</sup> viene identificata come una ‘consuetudine’, ovvero sia una «fonte fatto» dell’ordinamento, ben definibile anche come un vero e proprio *«fatto normativo»*<sup>25</sup> che è, segnatamente, direttamente espressione di: *«un comportamento sociale ripetuto nel tempo (è l’elemento “oggettivo” della consuetudine: la c.d. “diuturnitas”) sino al punto che, dimenticata o da sempre ignorata la sua origine, esso viene sentito come obbligatorio, giuridicamente vincolante (è l’elemento “soggettivo”: c.d. “opinio juris seu necessitatis”）」*<sup>26</sup>.

Del resto il ‘caffè sospeso’ è un vero e proprio ‘comportamento sociale’ in cui v’è sia l’elemento oggettivo della *diuturnitas* che l’elemento soggettivo della *opinio juris seu necessitatis*: espressione, quest’ultimo, di un pregnante elemento psicologico nei consociati, tale per cui quel comportamento ‘costantemente ripetuto’ nel tempo finisce per essere ‘avvertito’ da tutti come ‘cogente’, ‘doveroso’ – e non semplicemente come un fatto, puramente, conforme a prassi – ossia, in altri termini, come un fatto sociale ‘qualificato’ dalla gravida capacità di essere produttivo di, peculiari, ‘effetti giuridici obbligatori’.

*«Quest’ultimo profilo esprime appunto la concezione di “giuridicità” della consuetudine, in quanto l’uso viene recepito all’interno di una determinata collettività di individui come fonte di regole giuridiche, come tali coercitive. In ciò consiste la differenza rispetto alle abitudini o ai costumi meramente sociali, che si traducono in [semplici] regole sociali dell’agire individuale, le quali però non costituiscono fonte di diritti in capo a taluni soggetti»*<sup>27</sup>.

Tradotto in concretezza appare assai riduttivo (e piuttosto difficile) sostenere che il ‘caffè sospeso’ sia dai napoletani – semplicemente – avvertito come una banale abitudine o come un mero costume sociale: posto che il ‘caffè pagato’

<sup>24</sup> La letteratura scientifica sul punto è così copiosa da non poter essere richiamata, qui, con pretese di esaustività, sia, perciò, consentito il rinvio, *ex multis*, a G.F. FERRARI, *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, Milano, 1950; A. PIZZORUSSO, *Consuetudine. I) Profili generali*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. VIII, Roma, 1988, pp. 7-8; Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, 2002; A. TARASCO, *Consuetudine e desuetudine: (riflessioni su) fonti e tendenze del Diritto Amministrativo*, in *Il Foro Amministrativo (TAR)*, n. 6/2002, pp. 2271-2320; G. SAPUTELLI, *Discussione su N. Bobbio, La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942, in *Teoria del diritto e dello Stato*, n. 1-3/2006, 491-510; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 141 ss.; S. ZORZETTO, *Le consuetudini nella giurisprudenza italiana degli ultimi trent’anni*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, ottobre 2010, reperibile su [www.statochiese.it](http://www.statochiese.it); S. SILVERIO, *La consuetudine nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 4/2014, 863-892; R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2016, 327-332; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2019, 213 ss.

<sup>25</sup> Sulle diverse accezioni del termine si legga R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 645 ss.

<sup>26</sup> R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, cit., 328.

<sup>27</sup> A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, cit., 34-35.

affinché possa fruirne una persona bisognosa viene avvertito da tutti i partenopei come un “fatto normativo”<sup>28</sup>, idoneo a produrre degli effetti vincolanti *erga omnes* (quale – cioè – fonte giuridica di un diritto al ‘caffè sospeso’ in capo ai soggetti che manifestino di versare nello stato di bisogno).

Il che nella misura in cui nessuno all’interno della collettività potrà mai godere del diritto al ‘caffè pagato’ (*rectius* del ‘caffè sospeso’) se non chi versi effettivamente nell’impossibilità economica di pagarlo.

Chiaro, poi, come intorno a questa, pacifica, “fonte fatto normativa” si annidino tutti i dubbi e le incertezze (interpretative ed applicative) che sono intrinsecamente proprie di una ‘fonte non scritta’.

Qual è, ad esempio, il grado del bisogno economico che darebbe diritto alla possibilità di godere di un ‘caffè sospeso’? Una assoluta indigenza del beneficiario od anche (solo) una grave difficoltà economica personale? Di certo al bar non è richiesto l’ISEE.

Oppure, ancora, cosa accadrebbe, di fatto, nel caso in cui i ‘caffè sospesi’ fossero numericamente inferiori rispetto a quanti manifestassero contestualmente di averne bisogno?

Non potendosi bandire concorsi al bar, la risposta è nella stessa causa di questa peculiare consuetudine.

La consuetudine del ‘caffè sospeso’, infatti, a differenza di qualsiasi altra consuetudine si contraddistingue per il fatto che la sua *ratio existendi* è fondata su di un solidale gesto di liberalità: oggettivamente riposante nel principio di solidarietà (*ex art. 2 Cost.*) e nell’autonoma iniziativa dei cittadini ad alimentare (magari più o meno consapevolmente) attività di interesse generale<sup>29</sup> (*ex art. 118, ultimo comma, Cost.*).

Sicché nell’ipotesi in cui si realizzasse la verosimile situazione di molti meno ‘caffè sospesi’ rispetto a quanti ne avessero bisogno quella che è, *in nuce*, la «libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona [umana] stessa»<sup>30</sup> (ossia la causa del “fatto normativo” generato dal comportamento del ‘caffè sospeso’) farebbe sì che nel giro di pochissimi minuti i presenti utenti del bar ‘colmerebbero’, senza grosse difficoltà, con un proprio atto di liberalità il numero dei caffè richiesti da quanti alla cassa rivelassero l’impossibilità di poter pagare: il tutto è generato da un gesto di ‘liberale’ solidarietà (sociale ed economica).

<sup>28</sup> Appare prezioso il rinvio, sul punto, a quanto autorevolmente ricostruito in R. ORESTANO, *Dietro la consuetudine*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3/1963, 521-536. In cui l’Autore riconduce il carattere normativo proprio della consuetudine all’«assenso della comunità» che assiste al fatto consuetudinario e che da esso trae ‘effetti giuridici’ nell’ambito dell’ordinamento.

<sup>29</sup> Sul collegamento tra solidarietà e sussidiarietà orizzontale appare significativo rimandare – *ex multis* – a G. ARENA, *Interesse generale, solidarietà, sussidiarietà*, in *Labsus*, 10 febbraio 2015, reperibile su [www.labsus.org](http://www.labsus.org).

<sup>30</sup> F. GIUFFRÈ, *Alle radici dell’ordinamento*, cit., 567. Preme puntualizzare come l’Autore richiami sul punto quanto autorevolmente affermato in una risalente decisione della Consulta: Corte cost., n. 75/1992, par. 2 del Considerato in diritto.

### 3. *Il caffè sospeso e la solidarietà economica e sociale*

Benché non siano storicamente mancate nella letteratura scientifica italiana delle ‘sorprendenti’ visioni ‘pessimistiche’ relative ad una piena, effettiva, affermazione del ‘principio di solidarietà’ nell’ordinamento<sup>31</sup> – accompagnate, oltre tutto, da una pericolosa forma di schiacciamento (di tipo culturale, politico e sociale) su di una prospettiva di natura squisitamente ‘individualista’ (nell’ambito della dicotomica relazione tra individualismo e comunitarismo) – si è fortunatamente assistito, specie negli ultimi anni, ad una nuovissima forma di acquisita ‘consapevolezza’ politica, sociale e culturale del ‘principio di solidarietà’ (probabilmente per via di una serie di ragioni contingenti, legate ai tragici effetti delle crisi economiche che l’Italia ha dovuto attraversare ed alle non poche difficoltà umanitarie nella gestione dei recenti flussi migratori, senza mai, qui, – per altro – trascurare i riflessi del più recente “blocco economico” imposto come necessaria misura per affrontare gli effetti del Covid-19<sup>32</sup>): del resto la storia ha da sempre, inconfutabilmente, insegnato che ogni forma ideologica (qualunque essa sia) venga, prima o poi, a dover cedere il passo rispetto all’‘esigenze sottese all’‘intima natura’ propria dell’uomo, che di per sé è e rimane un essere sociale e solidale.

Ed è sempre la storia – in fondo – a ricordare le profondissime ‘radici solidaristiche’ di cui è, materialmente, costituito il tessuto sociale del nostro del Paese: se solo si pone mente al fatto che le prime forme organizzate di beneficenza risalgono, addirittura, al periodo dell’antica Roma<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Fra gli altri si vedano, in particolare, le risalenti letture sviluppate in S. RICOSSA, *Il pericolo della solidarietà*, Milano, 1993; N. MATTEUCCI, *Solidarietà: il grimaldello comunista per svegliare lo Stato*, in *Il Giornale*, 1 marzo 1995. Per una preziosa ricostruzione delle sottili problematiche inerenti ad una pericolosa svalutazione del principio di solidarietà – analizzate sotto il profilo squisitamente costituzionalistico – pare utile il rinvio, *ex multis*, a S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Diritto e società*, n. 1/1996, 1-24; F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, cit.; I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità*, cit.; G. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà*, Milano, 2012; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016; P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018.

<sup>32</sup> Per delle prime riflessioni in dottrina sul così detto “lockdown” appare significativo rinviare ai recentissimi contributi di F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), Osservatorio emergenza Covid-19, 6 aprile 2020; G. DI GASPARE, *Effetto domino del coronavirus sull’economia*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it); F. FABRIZZI, *Per non far diventare il rimedio peggiore del male. Lockdown e bilanciamento tra diritti fondamentali*, in [laCostituzione.info](http://laCostituzione.info), 19 aprile 2020, reperibile su [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info); F.F. PAGANO – A. SAITTA – F. SAITTA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, 374-409; M. D’AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Gruppo di Pisa*, n. 2/2020, 16-42.

<sup>33</sup> *Ex plurimis*, R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in Diritto Romano*, Torino, 1968; P. BROWN, *Povertà e leadership nel tardo impero romano*, Roma-Bari, 2003; C. CORBO, *Paupertas. La*

Evitando di trascurare, fra l'altro, la relevantissima influenza – storica, culturale e religiosa – che nella nostra penisola ha, senz'altro, assunto la diffusione del messaggio portato dal cristianesimo (ossia la celebre 'buona novella' del Vangelo) nell'approccio alle tematiche della solidarietà fraterna e dell'assistenza sociale<sup>34</sup>.

Ecco perché non viene affatto difficile immaginare come mai nonostante le notevoli diversità di estrazione ideologica e politica i Padri Costituenti condivisero (e senza dei veri ed effettivi compromessi sul punto<sup>35</sup>) la portata dispositiva dell'articolo 2 della nostra Carta costituzionale (essendo comuni le radici storiche e culturali).

«*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*».

Laddove, cioè, personalismo e solidarismo sono andati 'ragionevolmente' a convergere – abbracciandosi, così, tra di loro – attorno all'unificante 'nesso costituzionale' ravvisabile nella proiezione sociale dell'azione individuale: da cui, poi, è possibile cogliere (e non potrebbe essere altrimenti) la genetica dimensione (ontologica e giuridica) dei sentimenti di solidarietà<sup>36</sup>.

Dal che appare piuttosto chiaro su quali basi costituzionali la Consulta abbia riconosciuto (inaugurando, per il vero, un orientamento senza soluzione di continuità) come le forme del volontariato costituiscano: «*la più diretta realizzazione*

---

*legislazione tardoantica*, Napoli, 2006; F. ARCARIA – O. LICANDRO, *Diritto Romano. Storia costituzionale di Roma*, Torino, 2014, 172 ss.; A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia giuridica di Roma*, Torino, 2016, 107 ss.; R. LAURENDI, *Institutum Traiani. Alimenta Italiae Obligatio Praediorum Sors ed Urso*, Roma, 2018.

<sup>34</sup> C. GRAY, *Il diritto nel Vangelo e l'influenza del cristianesimo sul diritto romano*, Torino, 1922; O. REBLEDA, *Perché il mondo latino nel suo diritto si lascia influenzare dal cristianesimo?*, in *Gregorianum*, n. 1/1985, 111-128; C. CASCIONE, *Manuale breve Diritto Romano*, Milano, 2007, 64 ss. Può, altresì, risultare utile quanto diffusamente sviluppato in F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Tra città di Dio e società "perfette"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 7/2017, 1-26, reperibile su [www.statochiese.it](http://www.statochiese.it).

<sup>35</sup> Dal dibattito Costituente – pur vivacemente maturato in merito alla formulazione ed approvazione degli articoli 2 e 3 – è, infatti, chiaramente emerso come: «*l'idea-forza, il principio basilare ispiratore di tutta la Costituzione sia da ritenere, per accordo unanime dei costituenti, la persona umana*», N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità dei valori nella pluralità di disposizioni*, Milano, 1988, 55.

<sup>36</sup> «*La convergenza della libertà individuale e della solidarietà è il fine costituzionale; l'ideale, il comportamento -'modello', è realizzare a un tempo il massimo della libertà e il massimo della solidarietà*», A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 17/2013, 11. Nei termini di un «*personalismo solidaristico*» si è, per altro, espresso A. SPADARO, *I «due» volti del costituzionalismo di fronte al principio di auto-determinazione*, in *Politica del Diritto*, n. 3/2014, 403-444. Nel sostanziale, ed omologo, senso di una 'pacifica compatibilità' tra il principio personalista e quello solidarista si veda, altresì, più di recente (in relazione, fra l'altro, all'istituto del reddito di cittadinanza) F. POLACCHINI, *Principi costituzionali e reddito minimo di cittadinanza*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 5/2019. In generale, sui rapporti tra personalismo e solidarismo appare significativo il rinvio a quanto diffusamente ricostruito in F. GIUFFRÈ, *La solidarietà*, cit.

*del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa»<sup>37</sup>.*

Ebbene, si tratta di ciò che in dottrina è stata, non a torto, interpretata come una: «*affermazione divenuta celebre, in quanto ha condotto anche [la giurisprudenza costituzionale] ad una rilettura dello stesso art. 2 Cost. svincolando [cioè] la solidarietà dalla limitativa connessione con la previsione di doveri [istituzionali], per aprire ad essa spazi di intervento che investono anche le dimensioni della volontarietà e della libertà (impostazione confermata dalla sentenza n. 228 del 2004 e, più recentemente, dalla sentenza n. 171 del 2018)»<sup>38</sup>.*

Non è un caso, in tal senso, che il legislatore sia recentemente intervenuto nel disciplinare ‘organicamente’ le attività degli enti e delle organizzazioni impegnate nel “Terzo settore” (il che, dapprima, con l’adozione della Legge di delega del 6 giugno 2016, n. 106, fino, poi, al celebre D. Lgs. del 3 luglio 2017, n. 117, rubricato «*Codice del Terzo settore*»).

Non può essere questa – ovviamente – la sede *ad hoc* per un’analisi dei relevantissimi e molteplici profili sottesi all’intervento legislativo nel “Terzo settore”, sia tuttavia sufficiente notare che all’articolo 1 del recente Codice (articolo rubricato «*Finalità ed oggetto*») viene individuata come pregnante finalità del Terzo settore: «*l'autonomia iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione [...]*».

Difficile non scorgere anche in questa fondamentale disposizione legislativa l’abbraccio tra personalismo e solidarismo: da cui nasce e si sviluppa quel principio di solidarietà che è svincolato, si badi, dalla previsione dei doveri istituzionali che, immediatamente, richiamano il ruolo ‘impositivo’ dell’autorità pubblica, per ispirarsi, piuttosto, alla «*libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa*»<sup>39</sup>, in cui il ruolo fondamentale della persona (centro gravitazionale del personalismo) e quello della coesione e della protezione sociale (espressioni di solidarismo) vengono a legarsi, così come, d’altra parte, è agevolmente interpretabile alla luce di quanto recita, espressamente, l’articolo 1 del D. Lgs. 117/2017, posto in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118 della Carta costituzionale.

Da ciò può – senz’altro – dirsi che, ad oggi, abbiamo una concreta ed effettiva cittadinanza nell’ordinamento italiano anche «*le dimensioni della volontarietà e della*

<sup>37</sup> Corte cost., n. 75/1992, par. 2 del Considerato in diritto. In linea di assoluta continuità si veda, da ultimo, Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131.

<sup>38</sup> E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*, n. 2/2019, 63.

<sup>39</sup> Corte cost., n. 75/1992, par. 2 del Considerato in diritto.

*libertà (impostazione confermata dalla sentenza n. 228 del 2004 e, più recentemente, dalla sentenza n. 171 del 2018)*»<sup>40</sup> del ‘principio di solidarietà’.

Sicché la ‘solidarietà libera e volontaria’ non è più soltanto costituzionalmente riconosciuta e tutelata bensì materialmente assistita da una pregnante attuazione organica sul piano legislativo che ne rende effettiva la valorizzazione sostanziale nell’ordinamento.

In tutto ciò il ‘caffè sospeso’ rappresenta la forma lampante della più libera e spontanea solidarietà umana.

Laddove, cioè, la cura per la dignità dell’uomo, lo spirito di intima socialità che unisce tra di loro tutti gli uomini e la carità fraterna verso l’altro si concretizzano, materialmente, in un significativo ‘atto di liberalità personale’ compiuto in favore di chiunque versi nel bisogno e nell’indigenza: ancorché – si badi – a beneficio di una persona sconosciuta e potenzialmente – chi mai potrebbe escluderlo – anche in favore del più acerrimo nemico di chi avesse compiuto, con solidarietà, il bel gesto della liberalità di un ‘caffè sospeso’.

#### 4. *Il caffè sospeso ed il principio di sussidiarietà orizzontale*

La celebre consuetudine del caffè sospeso non è solo un segno pragmatico di «*personalismo solidaristico*»<sup>41</sup> e – non di meno – di una dimensione costituzionale dell’ordinamento italiano in cui il principio di solidarietà si sgancia (liberandose) dalla portata dei ‘doveri’: per esprimersi in piena ed assoluta libertà personale, per l’appunto.

Il ‘caffè sospeso’ infatti si atteggia, allo stesso tempo, anche come un importantissimo ‘fenomeno sociale’ che è espressione del celebre principio costituzionale della ‘sussidiarietà orizzontale’<sup>42</sup>: laddove il ruolo essenziale dei pubblici

<sup>40</sup> E. ROSSI, *La doverosità dei diritti*, cit., 63.

<sup>41</sup> Nei termini di «*personalismo solidaristico*» si è, per altro, espresso A. SPADARO, *I «due» volti del costituzionalismo di fronte al principio di auto-determinazione*, cit., 403-444.

<sup>42</sup> La letteratura sul principio di ‘sussidiarietà orizzontale’ è davvero copiosa, tale da non poter essere richiamata qui con delle pretese di esaustività; ciò posto sia considerato sufficiente il rinvio alle ricostruzioni in A. D’ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2001, 13-34; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2002, 51-84; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; E. DE MARCO (a cura di), *Problemi attuali della “sussidiarietà”*, Milano, 2005; F. NICOLETTI, *Il diritto dell’assistenza sociale nella dimensione della sussidiarietà orizzontale*, in *Il diritto dell’economia*, n. 3/2007, 605-616; G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009; S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2011, 593-612; M. MELCHIONI, *Il principio di sussidiarietà nella prospettiva storica, dalla tradizione di pensiero cattolica al Trattato di Maastricht*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, n. 2/2013, 167-177; C. DEODATO, *La sussidiarietà come criterio di organizzazione di una società libera e orientata al bene comune*, in *L’Arco di Giano*,

poteri viene ad integrarsi sussidiariamente con l'intervento, singolo od associato, del cittadino.

Anche perché, fra l'altro, proprio per lo specifico caso di un singolo ‘caffè sospeso’ sarebbe estremamente ‘anti economico’ per la Pubblica Amministrazione l'avvio di un procedimento amministrativo *ad hoc* per la concessione di un provvedimento *ex art.* 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Altra rilevanza, naturalmente, assume, piuttosto, il caso del ‘pane sospeso’, del ‘pasto sospeso’ ossia di un intero carrello della ‘spesa sospesa’: qui la dimensione della ‘sussidiarietà orizzontale’ tende notevolmente ad accrescersi anche in relazione ad i potenziali interventi dispiegabili dalla Pubblica Amministrazione.

Specie allorché, di fatto, i cittadini inizino ad associarsi liberamente per ‘strutturare’ le proprie azioni ed attività di ‘economia sospesa’<sup>43</sup> (proprio come nell'esemplare caso del progetto *Tucum*<sup>44</sup>, sostenuto, fra gli altri, dalla *Caritas Italiana*).

Il che, d'altra parte, non può non essere oggi agevolato dalla recente disciplina legislativa sul ‘Terzo settore’ che – dopo diversi anni dall'intervenuta revisione del Titolo V – ha dato un'organica attuazione a quanto prescritto dall'ultimo comma di cui all'articolo 118 contemplato dalla Carta costituzionale repubblicana.

Del resto il principio di sussidiarietà orizzontale è – nell'alveo delle ‘relazioni dialettiche’ tra potere pubblico e cittadino – costituzionalmente ispirato alla *ratio* di assicurare l'effettivo svolgimento di attività di ‘interesse generale’, secondo un preciso schema in cui, si badi, la cura dell'‘interesse generale’ non viene più riservata, unicamente, alla titolarità dei livelli di governo preposti all'esercizio del potere pubblico<sup>45</sup> ma anzi lo Stato, le Regioni, le Città metropolitane, le Province ed i Comuni ‘favoriscono’ (secondo la ‘chiara’ formula letterale dell'articolo 118 Cost., cui pare in verità corrispondere per le Pubbliche Amministrazioni un vero e proprio ‘obbligo’) l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli ed associati.

Sicché il principio di ‘sussidiarietà orizzontale’, detto in estrema sintesi, si

---

n. 90/2016; F. TRIMARCHI BANFI, *La sussidiarietà orizzontale*, in *Amministrare*, n. 2/2018, 211-218; J. LUTHER, *La sussidiarietà come principio sussidiario del diritto pubblico*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 3/2019, 1-12; F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2020, 3-33.

<sup>43</sup> Per una diffusa disamina, G. SALVIA, *L'economia sospesa*, cit.

<sup>44</sup> Per approfondimenti si veda, *ex multis*, C. DI ZANNI, *Caritas, la solidarietà viaggia sullo smartphone*, cit.; D. POGGIO, *Tucum. Il pranzo «sospeso» offerto a chi è in difficoltà con la spinta (e la protezione) di Carlo Acutis*, cit., 17.

<sup>45</sup> Che l'Amministrazione Pubblica potesse realmente vantare una esclusività nel perseguimento degli interessi generali fu, in verità, una tesi messa assai tenacemente, già, in discussione da Feliciano Benvenuti, si legga, in proposito, F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 807-855; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

traduce logicamente: «*da un lato, nella preferenza [costituzionalmente] accordata alla società civile, con riferimento alle attività di interesse generale che essa sia in grado di [poter] svolgere; dall'altro lato nel ruolo sussidiario dell'ente pubblico, chiamato a sopperire all'eventuale inadeguatezza dei cittadini singoli o associati*»<sup>46</sup>.

In tal senso non sorprende, dunque, che sin dal 2001 (all'alba della riforma del Titolo V) autorevole parte della dottrina si sia – addirittura – spinta nel teorizzare l'inveramento istituzionale di nuovi: «*processi di socializzazione dei pubblici poteri*»<sup>47</sup>.

Non si ignorano qui le difficoltà interpretative (ed applicative) messe in evidenza da altra autorevole parte della dottrina pubblicistica con riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale<sup>48</sup>.

Tuttavia appare davvero difficilmente contestabile riconoscere, ad oggi, che la *ratio iuris* dell'ultimo comma dell'articolo 118 della Carta repubblicana (così come introdotto dal legislatore costituzionale del 2001) sia da dover rinvenire nel pregnante obiettivo costituzionale di una 'valorizzazione' dell'autonomia privata, relativamente – è chiaro – all'interazione con i pubblici poteri nello svolgimento di attività di 'interesse generale'.

Il che, sotto altra prospettiva, significa – a ben riflettere – che il legislatore costituzionale del 2001 ha pensato lo spazio di intervento dell'autonomia privata in una maniera del tutto nuova rispetto al passato: sviluppando, cioè, le originarie premesse del «*personalismo solidaristico*»<sup>49</sup> condiviso dai nostri Padri Costituenti (con l'approvazione dell'articolo 2 della Carta repubblicana) lungo un'asse di gravida promozione delle iniziative, autonome, dei cittadini liberamente ispirate allo svolgimento di attività di 'interesse generale'<sup>50</sup>.

Atteso che il legislatore di revisione del Titolo V ha immaginato per la prima volta nella storia italiana della disciplina costituzionale repubblicana che, pur nella molteplicità di possibili forme, le attività dell'autonomia privata potessero anche essere dirette a realizzare 'liberamente' (al di là dei doveri inderogabilmen-

<sup>46</sup> A. D'ATENA, *Diritto Regionale*, Torino, 2010, 186.

<sup>47</sup> P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralista*, in A. CERVATI – S. P. PANUNZIO – P. RIDOLA (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001, 221.

<sup>48</sup> *Ex multis*, A. RINELLA – L. COEN – R. SCARCIGLIA, *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999; P. DURET, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, 2004; C. BERTOLINI, *La sussidiarietà amministrativa, ovvero la progressiva affermazione di un principio*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2007, 895-958; S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2011, 593-612; L. AZZENA, *Vecchi e nuovi paradigmi per le politiche pubbliche in tempo di crisi: la doppia faccia della sussidiarietà orizzontale*, in *Munus*, n. 2/2015, 419-437; V. TONDI DELLA MURA, *La fatica della sussidiarietà orizzontale in Puglia: la legge n. 53/2017 sulla riorganizzazione delle RSA e il mancato adeguamento ai criteri di procedimentalizzazione del principio*, in *Le Regioni*, n. 6/2017, 1285-1291.

<sup>49</sup> Nei termini di «*personalismo solidaristico*» si è, per altro, autorevolmente espresso A. SPADARO, *I «due» volti del costituzionalismo*, cit.

<sup>50</sup> Si confronti G. ARENA, *Interesse generale*, cit.

te richiesti dalla Repubblica) – e con modalità più o meno organizzate – delle finalità non meramente egoistiche, in quanto, vale a dire, tendenti alla realizzazione dell’‘interesse generale’ per la Repubblica.

Di qui pare breve il collegamento (se non la fusione) tra il principio di ‘sussidiarietà orizzontale’ ed il ‘principio di solidarietà’ (ossia, in altri termini, tra quanto prescritto, oggi, dall’ultimo comma dell’articolo 118 e quanto consacrato dai Padri Costituenti all’articolo 2 della Carta costituzionale).

D’altra parte non si può affatto escludere che l’atto di liberalità con cui si paga al bar un ‘caffè sospeso’ (od al supermercato un carrello di ‘spesa sospesa’) costituisca proprio una forma di privata autonomia personale perseguente delle, indiscutibili, finalità di interesse generale (sotto il profilo di una ‘privata assistenza sociale ed economica’).

In tal senso la consuetudine del ‘caffè sospeso’ (e soprattutto delle sue nuovissime forme di pane, pasta, pasti e di spesa ‘sospesi’) si pone come una, assai, preziosa «fonte fatto» dell’ordinamento, perseguente la piena realizzazione degli ‘interessi generali’ repubblicani sulla pregnante base di una ‘sviluppata’ lettura dell’art. 2 Cost., che interpreti il principio solidaristico come ‘svincolato’ dalla portata dei doveri inderogabili richiesti dalla Repubblica.

Il che a maggior ragione, poi, nei casi in cui l’autonomia privata dei singoli cittadini arrivi, addirittura, a ‘strutturare’ le proprie esigenze di una liberale aspirazione a realizzare attività di interesse generale mediante forme associative con precipi scopi di (piena) ‘solidarietà sociale ed economica’ (quegli stessi scopi che, in verità, già costituirebbero di per sé doveri inderogabili che la Repubblica richiede – *ex art. 2 Cost.* – ma che ciò nonostante i cittadini, in ogni caso, sentono, di fatto, di voler adempiere spontaneamente, al di là dei paralleli doveri imposti dall’autorità pubblica, proprio sulla base del nuovo ‘volano’ costituzionale del principio di sussidiarietà orizzontale).

Fra l’altro preme osservare come sotto il profilo della ripartizione di competenze tra i livelli territoriali di governo della Repubblica (*ex art. 114 Cost.*) la consuetudine del ‘caffè sospeso’ vada ad incidere su di un settore materiale come è quello dell’assistenza sociale<sup>51</sup> in cui (sarà noto) la competenza legislativa

---

<sup>51</sup> Sulla materia dell’assistenza sociale vi è una letteratura pressoché sconfinata, tale da non poter essere, qui, richiamata con delle pretese di esaustività, sia pertanto ritenuto sufficiente il rinvio a quanto ricostruito in G. MELONI, *Il nuovo assetto costituzionale delle competenze e la legislazione di settore in materia di assistenza sociale*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2002, 337-350; E.A. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003; F. DI LASCIO, *La legislazione regionale in materia di assistenza sociale dopo la riforma del Titolo V*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 7/2003, 679-689; P. COSTANZO – S. MODERGLIA (a cura di), *Diritti sociali e servizio sociale*, Milano, 2005; R. BALDUZZI, *I servizi pubblici e la dimensione imprenditoriale della pubblica amministrazione*, in *Quaderni regionali*, n. 1/2005, 15-40; F. MIANI CENEVARI, *L’assistenza sociale e l’art. 117 della Costituzione*, in *Diritti Lavori Mercati*, n. 2/2005, 492-497; E. JORIO, *Diritto all’assistenza sociale*, Milano, 2006; F. NICOLETTI, *Il diritto dell’assistenza sociale nella dimensione della sussidiarietà orizzontale*, n. 3/2007, 605-616; E.

è costituzionalmente attribuita in via residuale alle Regioni (*ex art. 117, comma 4, Cost.*) e laddove l'esercizio delle funzioni di 'amministrazione attiva' viene attribuito (per il tramite, è ovvio, della necessaria intermediazione legislativa) direttamente ai Comuni: sicché, a ben riflettere, nella 'consuetudine' del 'caffè sospeso', del 'pane sospeso', della 'pasta e del carrello della spesa sospesi' vengono ad 'incrociarsi' sia il principio di 'sussidiarietà verticale' (in punto, cioè, di ripartizione delle competenze in materia di 'assistenza sociale', sussidiariamente attribuite all'Ente pubblico territoriale più vicino al cittadino) che il principio della 'sussidiarietà orizzontale' (in base a cui, appunto, gli enti pubblici territoriali favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli ed associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale).

Quest'ultimo profilo – in particolare – si esprime nel senso che in relazione al fenomeno del 'caffè sospeso' viene sussidiariamente accordata alla società civile una preferenza nella realizzazione delle attività di assistenza, coesione e promozione sociale.

Fermo restando, ovviamente, che laddove l'autonomia privata si dimostrasse, poi, incapace di poter intervenire (efficacemente) entrerebbe 'sussidiariamente' in gioco il ruolo – e la funzione – dell'ente pubblico «*chiamato a sopperire all'eventuale inadeguatezza dei cittadini singoli o associati*»<sup>52</sup>.

##### 5. *Un lettura costituzionale della consuetudine sottesa al fenomeno dell'economia sospesa*

«*Dietro chi si mette in ginocchio per chiedere l'elemosina a testa bassa non c'è mai soltanto una mano tesa da riempire, ma soprattutto una vita intera da risollevarsi*»<sup>53</sup>.

---

ALES, *Sicurezza sociale e assistenza sociale (art. 34 e 38)*, in *Rassegna di Diritto Pubblico europeo*, n. 2/2008, 203-224; C. SILVESTRO, *Il principio di legalità in materia di previdenza ed assistenza sociale*, in *Giustizia amministrativa*, n. 3/2008, 243-254; S. ADDOTTA, *Lotta alla povertà e assistenza sociale. Il rapporto Caritas/Zancan 2008*, in *Queste Istituzioni*, n. 152/2009, 9-20; T. SARUIS, *Tra assistenza legale e intervento sociale: l'esperienza di Avvocato di Strada*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, n. 1/2012, 153-166; F. PIRONE, *Le politiche di assistenza sociale nella crisi: frammentazione e ridimensionamento dell'azione pubblica*, in *Democrazia e Diritto*, n. 1-2/2013, 135-157; S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015; A. ALBANESE, *Il modello sociale costituzionale e la sua attuazione in tempo di crisi*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2015, 94-105; E. COSTANTINI, *L'impatto dei flussi migratori non programmati sui sistemi locali di assistenza sociale: relazioni tra Enti locali e Terzo Settore*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, n. 1/2017, 63-80; R. SANTORO, *L'assistenza sociale come risposta alle esigenze di una società multiculturale e multi religiosa*, in *Diritto e religioni*, n. 2/2017, 843-854; E. COSTANTINI, *Verso una valutazione di processo delle politiche di assistenza sociale. Cosa ci insegnano le migrazioni contemporanee?*, in *Sociologia e politiche sociali*, n. 2/2018, 135-156; C. B. CEFFA, *Diseguaglianze e fragilità nel welfare che cambia. Il ruolo e le risposte della legislazione regionale davanti alle nuove sfide sociali*, in *Diritti Regionali. Rivista di Diritto delle autonomie territoriali*, n. 2/2019, 1-39.

<sup>52</sup> A. D'ATENA, *Diritto Regionale*, cit., 186.

<sup>53</sup> G. SALVIA, *L'economia sospesa*, cit., 70.

D’altro canto – se solo si ponessero da parte tutti i personali pregiudizi – è difficile contestare che l’atto di liberalità col quale si decidesse di offrire un caffè od un pasto ad uno sconosciuto che manifestasse di averne bisogno ben costituirebbe sia un bel gesto di solidarietà economica che, allo stesso tempo, un atto connotato di una profondissima solidarietà sociale e, perché no, politica.

Nell’atto di liberalità di un ‘caffè sospeso’ non c’è infatti solo un mero aiuto economico, bensì l’aspirazione ad una integrazione sociale di quanti non potrebbero per difficoltà economiche accedere ad un bar, ad una pizzeria o – ancor peggio – ad un supermercato.

Da qui può cogliersi il profondissimo legame che intimamente unisce nella consuetudine del ‘caffè sospeso’ sia la solidarietà economica che la solidarietà sociale e politica.

Né si può evitare di osservare come la nuova ‘economia sospesa’ – incrementata, di recente, dalla progressiva diffusione sul piano nazionale di plurime iniziative finalizzate ad assicurare ai meno abbienti un caffè, un pasto e, più in generale, del cibo – rappresenti l’espressione per antonomasia di un’economia che, ‘spontaneamente’, riesce quotidianamente a conciliare le differenti sensibilità economiche che, vivacemente, emersero tra i Padri Costituenti protagonisti della stesura della nostra Carta costituzionale.

Al punto che non si esagererebbe, affatto, nell’immaginare che la consuetudine del ‘caffè sospeso’ (nelle sue forme di estensione sia al livello territoriale che sul piano merceologico) e la discendente ‘economia sospesa’ si candidino – in prospettiva – a diventare, di fatto, un ‘solidale’ strumento di concorso nelle (vorticose) strategie pubbliche tese ad affrontare le, specifiche, crisi economiche<sup>54</sup>. Potenzialmente atteggiandosi, perciò, l’‘economia sospesa’ come un peculiare mezzo (dall’origine consuetudinaria, appunto) dispiegato in totale coerenza ‘sussidiaria’ con l’intervento assistenziale che, *ex lege*, compete(rebbe) ai pubblici poteri: così, oltretutto, da andare indirettamente a favorire il rispetto degli stringenti, celebri, vincoli di bilancio e la connessa sostenibilità del debito pubblico che le Amministrazioni sono tenute, oggi, a rispettare (ai sensi dei revisionati articoli 81, 97, 117 e 119 della Carta repubblicana, così come risultante a seguito delle modifiche introdotte dalla, nota, Legge costituzionale del 20 aprile 2012, n. 1).

In tal senso: *«sarebbe davvero riduttivo concepire l’economia sospesa come un nuovo modello economico. Essa va identificata, piuttosto, come un nuovo linguaggio economico, nato*

<sup>54</sup> *EX multis*, B. COVA – G. FUSCHILLO – S. PACE, *Le marche siamo noi*, cit.; T. CHIMINAZZO, *Etica ed economia. Verso il nuovo umanesimo economico*, Milano, 2016, 54 ss.; F. G. ANGELINI, *Stato e diritti sociali: la necessità di un nuovo approccio*, in *Politica.eu*, n. 2/2019, 23-54; C. DIPIERRI, *Sarà la solidarietà a salvarci dalla crisi: esercizi di solidarietà digitale per una quarantena sostenibile*, in *Alleanza Italiana per lo Sviluppo Sostenibile*, 1 aprile 2020, reperibile su <https://asvis.it>; L. SERVADIO, *Solidarietà, anticorpo della crisi. Le lezioni della dottrina sociale della Chiesa*, in *Frontiere. Rivista di Geocultura*, 28 maggio 2020, reperibile su [www.frontiere.eu](http://www.frontiere.eu).

*per ritrovare il dialogo tra chi ha perso la parola e chi gliel'ha tolta, tra chi nel tempo si è sempre più impoverito e chi, invece, sempre più arricchito*<sup>55</sup>.

Il che, in altre parole, si può tradurre sotto il profilo squisitamente giuridico in un linguaggio che parla di solidarietà e che è venuto sussidiariamente a manifestarsi nelle forme inedite di una 'economia sospesa' per il nostro Paese: per il perseguimento, si badi, non dell'utile economico ma di indiscutibili finalità di interesse generale, ravvisabili primariamente nell'assistenza sociale verso chiunque non avrebbe da mangiare e, non di meno, nell'aspirazione ad una sempre maggiore – oltre che migliore – coesione e promozione sociale (senza ad ogni buon conto trascurare quei 'collaterali' ed indiretti effetti positivi sugli equilibri di bilancio delle Amministrazioni titolari dell'esercizio di funzioni assistenziali).

Il tutto – per altro – rinviene, pure, una sua (chiara) 'logica' storica, se soltanto si ponesse mente al fatto che il termine «solidarietà» trova le proprie radici nell'etimo romanistico di «*solidarium*», da «*solidum*» e «*soldum*», da cui, poi, per traslato si è giunti a «solidarietà»: che sta, in estrema sintesi, ad alludere al sentimento di unione ossia di immedesimazione nelle situazioni 'problematiche', a partire – ovviamente – da quelle più evidenti, come spesso accade per le tristi situazioni di difficoltà economiche.

Chiaro, d'altro canto, come la solidarietà autentica (genuina) – quella che, per intendersi, non viene per imposizione di un'autorità pubblica – sia oggi destinata potenzialmente ad esprimersi attraverso le, espansive, forme del principio di sussidiarietà orizzontale (e dell'organica disciplina legislativa sul 'Terzo settore'): il che anche grazie – per l'appunto – alla progressiva diffusione nazionale di un nuovissimo linguaggio economico, come è quello sotteso alla, così detta, «economia sospesa», nata – si tiene a precisarlo – dall'antica consuetudine del 'caffè sospeso'.

## 6. Conclusioni

Autorevoli e recenti analisi economiche hanno sorprendentemente messo in evidenza la crescente diffusione su scala nazionale (ed addirittura intercontinentale) del fenomeno sociale (sebbene, in verità, sarebbe più esattamente definibile, sullo stretto piano giuridico, come un «fatto normativo») – di origine partenopea – del 'caffè sospeso'.

I dati statistici, oltre tutto, registrano non soltanto una oggettiva estensione da sud a nord del fenomeno, bensì una dilatazione sotto un profilo che potremmo definire come merceologico: nel senso che ad essere 'sospeso' con un atto

<sup>55</sup> G. SALVIA, *L'economia sospesa*, cit., 79. Sul punto appare, altresì, prezioso il rinvio a quanto, brillantemente, sviluppato nel contributo di C. M. MARTINI – G. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia*, Torino, 2003.

di liberalità non è più, oggi, soltanto il caffè ma anche il pane, la pizza, un pasto caldo od un intero carrello della spesa (fino, addirittura, alla ‘sospensione’ dei prodotti farmaceutici per i più bisognosi).

Unitamente alla notevole estensione ‘territoriale’ e ‘merceologica’ del fenomeno del caffè sospeso sono state altresì pregevolmente registrate delle vere e proprie forme associative costitutesi per la gestione di attività finalizzate a ‘sospendere’ il caffè ed il cibo necessario per i bisogni dei meno abbienti.

Tanto è vero che, come evidenziato, è stata addirittura lanciata una vera e propria *App* finalizzata a gestire gli atti di liberalità in favore dei più bisognosi: tramite un progetto ufficiale denominato *Tucum*.

Quello del ‘caffè sospeso’ (e di tutte le sue auspicabili forme estensive) è un importante fenomeno sociale giuridicamente riconducibile, per l’esattezza, ad una consuetudine assai significativa per l’ordinamento costituzionale italiano.

Si tratta, infatti, di una consuetudine che, a ben riflettere, rinviene la propria *ratio existendi* in uno spontaneo atto di liberalità a beneficio di qualcuno che ancorché non si conosca direttamente appare pacifico (nel comune sentire) che versi, sfortunatamente, in uno stato di bisogno e nell’impossibilità economica di poter fruire del bene di prima necessità oggetto di liberalità.

Come ripetutamente puntualizzato, nella consuetudine del caffè sospeso vi è – in estrema sintesi – una liberalità molto più intensa di quella che causa una comune donazione civilistica.

Nella donazione – infatti – il donante ‘sceglie’ (quasi ‘egoisticamente’) la persona del donatario, mentre (come rilevato) per il ‘caffè sospeso’, piuttosto, chi pone in essere l’atto di liberalità lo compie senza neppure conoscere chi, in realtà, ne beneficerà in concreto, nella ferma convinzione (da cui viene a determinarsi l’*opinio juris seu necessitatis*) che del ‘caffè sospeso’ usufruirà, sempre (e comunque), chi ne manifestasse ‘effettivo’ bisogno.

A ben riflettere, è a partire dal (ripetuto) momento (*diuturnitas*) in cui al bar sia posto, liberamente, in essere l’atto solidaristico del ‘caffè pagato’ per uno sconosciuto che si consolida una convinzione collettiva (*opinio juris seu necessitatis*): per cui qualsiasi persona indigente, in stato di bisogno, potrà sempre vantare nell’ordinamento il diritto a quel ‘caffè sospeso’, giacché è soltanto in capo ad una persona bisognosa ed in stato di difficoltà economica che per consuetudine sorge una – vera e propria – situazione giuridica soggettiva ‘attiva’, corrispondente, segnatamente, ad un diritto al bene oggetto di sospensione.

Dal che, poi, emerge la profonda importanza emblematica della consuetudine del ‘caffè sospeso’ sotto il profilo del diritto costituzionale ed amministrativo.

Sotto il profilo costituzionale assistiamo ad una consuetudine che è pragmaticamente espressione di un ‘principio di solidarietà’ svincolato dalla limitativa connessione con la previsione dei ‘doveri’: il che in quanto proiettato (come in più arresti osservato) a «*dimensioni della volontarietà e della libertà*

(*impostazione confermata dalla sentenza n. 228 del 2004 e, più recentemente, dalla sentenza n. 171 del 2018*)<sup>56</sup>.

Una ‘solidarietà volontaria’ – quella posta a base della fonte consuetudinaria del ‘caffè sospeso’ – (eziologicamente avulsa dall’imposizione dell’Autorità pubblica) intimamente mossa dalla cura per la dignità dell’uomo, dallo spirito di socialità che unisce gli esseri umani e dalla ‘carità’ fraterna verso l’altro, nell’aspirazione ad un’integrazione sociale dei meno abbienti: in altre parole una vera e propria solidarietà (economica, sociale e politica) completamente sganciata dalla portata dei ‘doveri’, poiché protesa verso una dimensione costituzionale di piena ed assoluta, autonoma, libertà personale.

Sul piano che è sia del diritto costituzionale che del diritto amministrativo (ossia *mutatis mutandis* del diritto pubblico) la consuetudine del ‘caffè sospeso’ è altresì un’importante espressione del, nodale, principio di sussidiarietà: nella sua duplice declinazione, verticale ed orizzontale.

Tant’è che può dirsi pacifico ammettere che il caffè sospeso intervenga nell’ordinamento come una chiara e tipica fattispecie espressione del principio di sussidiarietà orizzontale: essendo – pure nelle sue differenti forme di emersione sociale sottese alla dirompente ‘economia sospesa’ – una lampante manifestazione della ‘preferenza’ sussidiariamente accordata alla società civile nello svolgimento delle attività – di interesse generale – di assistenza, coesione e promozione sociale.

In secondo luogo, poi, appare pressoché incontrovertibile, ed oggettivamente evidente, che si tratti di una consuetudine sempre più rilevante in un settore come quello dell’assistenza sociale che, di per sé, costituisce proprio una sensibile estrinsecazione ordinamentale del principio di, così detta, sussidiarietà verticale, che, d’altra parte, viene dinamicamente a dispiegarsi mediante la ripartizione delle competenze secondo un generale criterio di attribuzione operante sempre in favore dell’Ente pubblico territoriale più vicino al cittadino (in stato di bisogno). Da qui il collegamento tra il ‘caffè sospeso’ e la sussidiarietà verticale: posta l’identità finalistica dell’azione assistenziale, orientata dal ‘criterio guida’ della ‘vicinanza’ rispetto al cittadino in stato di bisogno.

A tutto ciò (ossia accanto all’essere contemporanea espressione tanto di una ‘solidarietà volontaria’, quanto del nodale principio di sussidiarietà, nella sua duplice declinazione verticale ed orizzontale) si aggiunga la straordinarietà di una consuetudine che è fonte di una nuova forma di economia per il nostro Paese: l’‘economia sospesa’.

Non è questa l’opportuna sede di puntuali approfondimenti in termini squisitamente economici.

Sia sufficiente osservare che non si tratta, in realtà, di un nuovo modello

<sup>56</sup> E. Rossi, *La doverosità dei diritti*, cit., 63.

economico<sup>57</sup>, quanto, piuttosto, di un nuovo linguaggio economico che parla di assistenza sociale verso chi non avrebbe da mangiare ed aspira ad una migliore coesione e promozione sociale tra tutti: nell’ottica, cruciale, del perseguimento dell’interesse generale repubblicano.

Davvero impossibile non scorgere l’auspicabile ed effettivo avanzamento nel tessuto sociale ed economico italiano di un inveramento del combinato disposto tra quanto consacrato dall’articolo 2 della Costituzione e quanto – oggi – prescritto dall’ultimo comma del revisionato articolo 118 della stessa Carta costituzionale repubblicana<sup>58</sup>.

In sintesi non può non convenirsi, al momento, ad una, assai, pregnante conclusione di significativa natura interdisciplinare: per cui paradossalmente deve, senz’altro, prendersi atto – sempre più – della nodale esistenza di un peculiare rapporto di proporzionalità diretta tra quanto (ad oggi) sia definibile come “economicamente sospeso” e ciò che, invece, costituisce giuridicamente, in realtà, un impulso di segno del tutto opposto al concetto stesso di ‘sospensione’ ovvero sia un vero e proprio slancio – attivo – verso l’altro, promanante dai fondamentali principi di solidarietà e di sussidiarietà (di cui agli articoli 2 e 118 della Carta repubblicana).

Del resto come brillantemente focalizzato, in tempi recentissimi, da Joerg Luther: «il riconoscimento delle responsabilità sussidiarie nei confronti delle autonomie e dei beneficiari delle azioni pubbliche può sembrare romantico ed idealista, ma dentro i discorsi giuridici e politici della sussidiarietà sta forse anche un [importante] messaggio di fiducia nell’educazione e nella responsabilità civica, fiducia utile a tutti»<sup>59</sup> gli esseri umani, legati, “tutti”, da un’intima solidarietà degli uni verso gli altri (una solidarietà, in verità, ben esistente, senza dubbi, anche al di là di ogni specifico ed espresso – positivo – riconoscimento costituzionale)<sup>60</sup>. Tale che, alla fine, sussidiarietà

<sup>57</sup> Per alcune recentissime riflessioni possono, sul punto, risultare utili – *ex plurimis* in dottrina – le brillanti osservazioni in F. ZAMMARTINO, *Sulla salvaguardia dei diritti sociali tra interpretazioni della Costituzione economica e incertezze della recente giustizia costituzionale: alcune osservazioni*, in *Il Diritto dell’economia*, n. 3/2018, 1059-1082; S. GAMBINO, *Costituzione, integrazione europea e crisi economica: presente e futuro dei diritti sociali*, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 1/2019, 57-100.

<sup>58</sup> Appare davvero significativo rinviare sul punto (*ex multis* nell’alveo della ‘copiosa’ dottrina maturata fin qui) a quanto – diffusamente – ricostruito in D. D’ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004; A. MARZANATI – A. MATTIONI (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, 2007; L. CARAMANICO, *L’attuazione del federalismo fiscale in Italia. Riflessioni e spunti dall’ordinamento tedesco e spagnolo alla luce dei principi di solidarietà e sussidiarietà*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, n. 1/2009, 111-143; C. DEODATO, *La sussidiarietà come criterio di organizzazione di una società libera e orientata al bene comune*, in *L’Arco di Giano*, n. 90/2016; A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, 1-30; J. LUTHER, *La sussidiarietà come principio sussidiario del diritto pubblico*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 3/2019, 1-12.

<sup>59</sup> J. LUTHER, *La sussidiarietà come principio sussidiario del diritto pubblico*, cit., 9.

<sup>60</sup> Nell’ambito della sterminata letteratura scientifica sul punto appare utile richiamare, senza alcuna pretesa di esaustività, quanto ricostruito in C. M. MARTINI – G. ZAGREBELSKY, *La domanda di*

e solidarietà finiscono per convergere verso la realizzazione di un comune ‘interesse generale’.

In conclusione, riflettendo sulla natura consuetudinaria del ‘caffè sospeso’ (e di tutte le sue forme di estensione, sia sotto il profilo merceologico che, fra l’altro, sul piano territoriale, della Repubblica) viene (quasi spontaneamente) alla mente una celebre figura retorica costruita con estrema incisività da Gregorio Arena, secondo cui se si volesse oggi provare a disegnare – concretamente – il concetto dell’interesse generale potrebbe benissimo immaginarsi: «*un architrave sostenuto da due colonne. Sull’architrave c’è scritto interesse generale, mentre su una colonna c’è scritto Solidarietà, sull’altra Sussidiarietà. L’immagine vuole esprimere il concetto secondo il quale sviluppando la solidarietà e la sussidiarietà si realizza l’interesse generale*»<sup>61</sup>.

Rimanendo in metafora, la consuetudine del ‘caffè sospeso’ (nonché la discendente ‘produzione’ dell’‘economia sospesa’ stessa) si pone proprio immediatamente sotto l’architrave dell’interesse generale, come – quasi – una sorta di comune ‘capitello’ incastonato tra – da un lato – le due colonne (della solidarietà e della sussidiarietà) e – dall’altro lato – l’architrave (dell’interesse generale).

In fondo, rispetto a qualsiasi altra consuetudine ordinamentale la specialità del ‘caffè sospeso’ sta proprio nel peculiare fatto (normativo) di nascere, geneticamente, da un intimo atto di ‘solidarietà volontaria’ (rinvenendo in ciò la propria *ratio existendi*) per svilupparsi esponenzialmente (sia sul piano del territorio repubblicano che, non di meno, sotto il profilo economicamente merceologico) proprio grazie al (prezioso) volano del principio della sussidiarietà (nella sua duplice declinazione verticale e soprattutto orizzontale), lungo l’asse che conduce verso i concreti ‘sentieri’ della piena realizzazione dell’interesse generale della Repubblica.

---

*giustizia*, cit.; R. ALEXY, *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica*, Napoli, 2015; L. FERRAJOLI – E. VITALE, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2015; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico. Prefazione di L. Ferrajoli*, Roma-Bari, 2018.

<sup>61</sup> Si confronti G. ARENA, *Interesse generale*, cit., 1.

**Abstract**

Un interessante studio economico presentato recentemente da «Il Sole 24 Ore» ha evidenziato la progressiva diffusione oltre i confini partenopei (ed addirittura fuori dagli stessi confini nazionali) del, celebre, fenomeno del “caffè sospeso”: il presente contributo vuole offrirne una ‘sperimentale’ lettura giuridica, alla luce dei ricollegabili profili costituzionali ed amministrativi.

From “suspended coffee” to “suspended economy”:  
a juspublicist reading (between solidarity and subsidiarity)

by Antonio Mitrotti

An interesting economic study recently presented by “Il Sole 24 Ore” has highlighted the progressive spread beyond the Neapolitan borders (and even beyond the national borders themselves) of the famous phenomenon of “suspended coffee”: this contribution aims to offer an ‘experimental’ legal reading, in light of the constitutional and administrative profiles that can be linked.



*Recensioni*



Recensione a MARCO D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, 2019

di Alessandro Di Martino

1. Il diritto amministrativo attraversa una fase di profonda trasformazione, determinata non soltanto da un fermento legislativo a livello interno, ma anche dall'impatto del diritto dell'Unione europea e del diritto globale sugli ordinamenti interni. L'allargamento delle frontiere del diritto ha reso necessario, peraltro, un nuovo metodo di comparazione tra i vari sistemi giuridici. In un primo momento la comparazione era in sostanza ritenuta quella attività di "*analisi delle analogie e delle differenze tra i codici e tra gli ordinamenti nazionali ormai divisi*" (p. 10). Tale impostazione tradizionale è stata ormai superata. Si è reso necessario, dunque, pensare ad un nuovo metodo comparativo del diritto amministrativo a causa dei processi di integrazione europea e globale, prevalendo l'idea che non basti più la comparazione tra istituzioni esistenti nei vari Paesi.

L'approccio statico, e cioè quello della sovrapposizione degli istituti, deve essere necessariamente integrato da una impostazione dinamica, che tenga conto delle evoluzioni in chiave diacronica dei singoli Paesi e delle variabili culturali. Seguendo l'impostazione di Gino Gorla, tra i primi studiosi che si occuparono di effettuare lo studio comparato di alcune branche del diritto, al fine di valutare le concrete varianti che tracciano i nuovi percorsi del diritto amministrativo, è necessario un approccio in cui "*comparison involves history*".

Il *Diritto amministrativo comparato* di D'Alberti del 2019, tenendo fermo l'impianto del precedente volume del 1992, presenta rispetto a quest'ultimo poche differenze, che tuttavia risultano significative dal punto di vista del metodo della ricerca e, dunque, dei risultati raggiunti. L'ultimo paragrafo del primo capitolo, infatti, non è più dedicato alle 'convergenze progressive' (tra gli ordinamenti) quanto, piuttosto, al 'contesto europeo e globale'. L'Autore, sin dalle pagine iniziali del libro, mostra, tuttavia, come il progressivo avvicinamento dei sistemi amministrativi non sia sufficiente, di per sé, ad annullare le divergenze che ancora resistono tra i vari ordinamenti, i cui istituti restano ancorati alle rispettive tradizioni giuridiche ed ai mutamenti endogeni intervenuti nel corso della storia.

L'opera di Marco D'Alberti è divisa in sei capitoli. Dopo una parte introduttiva, in cui l'Autore fornisce le chiavi di lettura e le indicazioni di metodo utilizzate per condurre lo studio, vengono ripercorsi gli itinerari che hanno caratterizzato l'evoluzione del diritto amministrativo in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti ed Italia. Nell'ultimo capitolo viene fornito un bilancio delle metamorfosi del diritto amministrativo, tenendo conto, per un verso, delle influenze esogene che hanno inciso sull'evoluzione degli ordinamenti nazionali e, per altro verso,

delle resistenze culturali che hanno consentito la conservazione di connotati giuridici identitari dei rispettivi Paesi.

L'esito al quale l'indagine condotta nel libro perviene è rappresentato dalla costante riduzione delle distanze tra i sistemi di *common law* e quelli di *civil law*, attraverso un reciproco trapianto di istituti ed istituzioni. In un primo senso, Gran Bretagna e Stati Uniti hanno infatti recepito il concetto di 'specialità' del diritto amministrativo, articolando un percorso che si muove nella direzione della creazione di un sistema giurisdizionale diverso da quello ordinario. In un secondo senso, il carattere autoritario dei diritti amministrativi di Francia ed Italia va sempre più attenuandosi, in corrispondenza del progressivo frequente ricorso a modelli consensuali e della conseguente integrazione del diritto speciale con regole e principi del diritto comune.

2. L'assenza di un diritto 'speciale' in Gran Bretagna e negli Stati Uniti è sempre stata considerata quale acquisizione non solo diffusa ma difficilmente superabile per l'osservatore. L'analisi svolta da D'Alberti, tuttavia, dimostra che questi Paesi appaiono molto più affini agli ordinamenti di *civil law* rispetto a quanto si possa pensare.

In Gran Bretagna si assiste ad un epocale passaggio da un diritto, secondo il disegno di Dicey, lontano dall'arbitrio e dalla discrezionalità delle amministrazioni, ad un regime di norme 'speciali', derogatorie rispetto a quelle di diritto comune.

L'approccio in chiave diacronica dello studio emerge anche in questo passaggio. L'inserimento di apparati amministrativi 'autonomi' rispetto a quelli ordinari è legato, infatti, all'industrializzazione del Paese che, avendo raggiunto un certo livello, rese necessaria sia la creazione di strutture organizzative dell'amministrazione pubblica, sia la fine del predominio del Parlamento in materia legislativa. Nacquero, così, gli *administrative tribunals*, e si sviluppò il fenomeno della *delegated legislation* (p. 85). Secondo l'A., entrambe le novità hanno fornito un apporto necessario nell'economia dei mutamenti prodottisi nel diritto amministrativo britannico.

Grazie alla *delegated legislation*, infatti, recede quel 'privilegio' che si concretizzava nei poteri di prerogativa riconosciuti alla Corona, tra i quali rientrava quello di disporre regole per l'organizzazione e il funzionamento degli uffici da essa dipendenti. Erano proprio gli organi amministrativi ad essere titolari di poteri discrezionali, sia con riferimento a provvedimenti di natura puntuale, sia con riguardo ad atti di natura generale ed astratta. Questo passaggio, evidentemente, è risultato fondamentale: le regole sviluppate per il tramite della *delegated legislation* consentirono la creazione di un diritto non solo speciale rispetto all'*ordinary law of the realm* (p. 86), ma anche la sottoposizione degli *statutory rules* ad un controllo parlamentare estremamente debole (p. 89). L'A. ha puntualmente sottolineato

che il processo di affrancamento dalla concezione di *rule of law* secondo Dicey – nel senso che ogni uomo è regolato da un unico diritto, quello comune, e sottoposto alla giurisdizione di un unico giudice, quello ordinario – era ormai in una fase avanzata.

Il diritto, infatti, con l'incremento della *delegated legislation*, non è più (solo) quello comune; il giudice, con la costante progressione degli *administrative tribunals*, denominati poi – non a caso – esclusivamente *tribunals*, non è più (solo) quello ordinario.

In questa ottica, l'A. ha ritenuto di soffermarsi sulla duplice portata che hanno assunto gli *administrative tribunals*. In un primo momento i *tribunals* non erano affatto ascrivibili all'idea di 'tribunale' concepita da un giurista di *civil law*, in quanto essi nascevano come autorità *quasi-judicial*, dotate di *expertise*. In questo senso non vi era alcun problema di definire il dialogo tra questi e le 'corti ordinarie', che, invece, svolgevano una funzione *judicial*. Lo sviluppo ininterrotto del fenomeno dei *tribunals*, prima come metodo alternativo di risoluzione di determinati tipi di controversie, poi come modello di giurisdizione speciale – culminato nella emanazione del *Tribunal Courts and Enforcement Act* del 2007 – ha fatto venir meno ogni scetticismo nei confronti della creazione di un diritto amministrativo inglese e di un 'nuovo' sistema di giustizia amministrativa. La metamorfosi giurisdizionale degli *administrative tribunals* in *tribunals* (*First-Tier Tribunal* e *Upper Tribunal*) consente così all'A. di soffermarsi su un duplice ordine di questioni: in primo luogo, si inizia a tracciare il perimetro di una giustizia amministrativa fondata su criteri diversi da quelli che regolano la giurisdizione ordinaria; ma soprattutto, alla luce del Caso Evans del 2015, viene delineandosi il principio in virtù del quale l'*Upper Tribunal* "is a judicial body which has the same status as the High Court". L'idea del legislatore e della giurisprudenza sembra, evidentemente, quella di avvicinare sempre più *courts* e *tribunals* (p. 99), e ciò anche in relazione alle influenze esogene degli ordinamenti continentali, che hanno contribuito a scacciare il dogma dell'inesistenza di un diritto diverso da quello comune.

Anche la nascita e l'evoluzione dell'*administrative law* negli Stati Uniti, così come in Gran Bretagna, vive di uno straordinario paradosso. Della Gran Bretagna già si è detto, mentre gli Stati Uniti, noti come ordinamento tipicamente delle libertà e dei contrappesi, hanno vissuto per anni l'eccesso di specialità di un diritto che non fosse *common law*. Ferma restando la crisi della teoria della separazione dei poteri, ci si sofferma sulle *independent agencies* e, più in generale, sullo sviluppo incontrollato dell'*administrative government* e sui relativi mutamenti. Fino all'emanazione dell'*Administrative Procedure Act* del 1946, la principale critica mossa all'*administrative law* riguardava la portata esile del controllo giurisdizionale nei confronti degli atti amministrativi. Diversi erano i limiti del regime amministrativo americano: una vera e propria *deference* delle Corti verso gli atti amministrativi di *rule-making*; un sindacato limitato a verificare gli *errors of law*;

una valutazione giudiziale sull'esercizio della discrezionalità solo nel caso in cui il potere fosse stato utilizzato per motivi soggettivi, e non per bilanciare concretamente gli interessi. Tutto ciò, inevitabilmente, comportava un potenziamento delle amministrazioni che – come ci ricorda D'Alberti, recuperando il pensiero di Roscoe Pound – tuttavia non avrebbe dovuto eludere i principi della *fair procedure* nelle decisioni amministrative ed una maggiore intensità del controllo giurisdizionale (p. 138).

Le politiche Rooseveltiane, che dopo il crollo della Borsa di New York portarono poi al *New Deal* del 1932, modificarono in maniera sensibile i rapporti tra Stato e cittadini. L'*Administrative Procedure Act* del 1946, le riforme degli anni '60 e l'attivismo delle Corti giungono, seppur attraverso un percorso tortuoso, a recepire tali indicazioni. L'introduzione dell'*Administrative Procedure Act* dispone una serie di principi: impone il rispetto di determinate procedure amministrative prima di giungere alla decisione, introducendo il modello (poi importato, con diverse modifiche, in Francia ed in Italia) del *notice and comment*, che consente una partecipazione democratica preliminare alla decisione; inoltre, detta criteri sulle modalità del *judicial review* sull'attività delle amministrazioni. Nel 1967, viene introdotto il *Freedom of Information Act*, che garantisce a chiunque il diritto di accesso, garantendo, oltre alla 'voce' dei cittadini per il tramite della partecipazione, anche la 'visione' degli atti e documenti del procedimento. Con l'attivismo delle Corti, infine, vengono stabilite nuove regole sul sindacato del giudice amministrativo, che "per intensità si avvicina a quello esercitato dalla giurisprudenza francese del *bilan cont-avantages*" (p. 144), che impone una valutazione di tutti gli interessi coinvolti.

Chi, come Goodnow già nel 1893, riteneva necessaria un'apertura al diritto amministrativo d'oltralpe, al fine soprattutto di importare nell'ordinamento americano l'istituto dell'eccesso di potere, aveva già in passato inteso, come sottolinea D'Alberti, che "inglesi e americani sono ben più soggetti alla tirannia amministrativa dei francesi, da loro sospettati d'averla provocata con il *droit administratif*" (p. 134).

3. I caratteri di specialità ed autonomia del diritto amministrativo come è venuto configurandosi in Francia ed in Italia, sino ad essere ritenuti profili indefettibili dei rispettivi ordinamenti amministrativi – che per questa ragione Dicey definiva dei 'privilegi' – soffrono, invero, di una progressiva attenuazione.

In Francia, il crollo dell'autonomia del diritto amministrativo – nel senso di statuto autonomo rispetto al diritto comune – è dovuto ad un progressivo potenziamento (nel senso di ampliamento del rapporto cognitorio) del sindacato da parte del *Conseil d'État* sull'eccesso di potere e dalla crisi del concetto di *service public*. Con riferimento al primo P.A. ritiene che la figura dell'eccesso di potere, tipica del diritto amministrativo, ha saputo gradualmente inserire nell'ambito

del sindacato del giudice amministrativo principi e regole del diritto comune. Si è passati infatti da una concezione di eccesso di potere inteso quale sviamento della destinazione legale dell'atto (tesi legalista) ad un'altra in virtù della quale l'eccesso di potere comportava la violazione dei principi di ragionevolezza, diligenza e buona fede (tesi influenzata dalla dottrina moralista di Hauriou). Criteri, questi, che trovano applicazione soprattutto nell'ambito del diritto comune. La metamorfosi dell'eccesso di potere, secondo l'A., segna, per un verso, la fine del presunto dualismo tra diritto pubblico e diritto privato, e, per altro verso, una evidente convergenza con i modelli liberali anglosassoni.

Lo studio sottolinea, inoltre, come le vicende che hanno riguardato l'evoluzione (e la contestuale crisi) del *service public* abbiano indubbiamente ridotto le distanze iniziali tra diritto comune e diritto speciale. Si è passati da una concezione (a partire dall'*Affaire Terrier* del 1903) in virtù della quale in presenza del *service public* la competenza spettasse al *Conseil d'État*, alla distinzione tra *service public administratif* e *service public industriel et commercial*. Tale differenziazione, che nasce dall'idea che servizi che perseguissero fini generali potevano essere gestiti da soggetti privati, ha consentito di distinguere tra la competenza del *Conseil d'État* (nel caso dei *service public administratif*) e la competenza del giudice ordinario (nel caso di *service public industriel et commercial*). E dall'analisi condotta emerge come il ritorno ad un generale criterio di competenza e, soprattutto, l'estensione del diritto pubblico dell'economia, abbiano consentito la riespansione del diritto comune e la riconquista da parte del giudice ordinario di molti dei territori perduti.

Due sono le ulteriori novità alle quali l'A. dedica particolare attenzione al fine di segnalare la riduzione delle divergenze tra 'sistemi a diritto comune' e 'sistemi a diritto amministrativo': da un lato il recepimento di procedure preliminari all'adozione delle decisioni amministrative, dall'altro lato l'introduzione di autorità amministrative indipendenti. Volendo analizzare le prime, tra gli anni Ottanta e gli anni Novanta del Novecento, sono stati introdotti meccanismi di partecipazione preventiva, come l'*enquête publique* ed il *débat public*. Il ricorso a tali moduli procedurali – prima attivabili solo in materia ambientale, oggi generalizzati – consente di entrare in dialogo con le amministrazioni nella fase di predisposizione del progetto, incidendo in concreto sulla scelta dell'amministrazione. L'A. sottolinea come, nonostante il *débat public* e l'*enquête publique* si avvicinino gradualmente al modello statunitense del *notice and comment*, residuino comunque evidenti differenze tra questi e contigui modelli attinti dall'ordinamento statunitense. In Francia l'attivazione delle procedure è rimessa alla discrezionalità delle amministrazioni, mentre negli Stati Uniti vi è un obbligo generale di attivazione del meccanismo consultivo.

Lo studio conferma, ad ogni modo, che la Francia continua ad assegnare una preminenza al contenzioso giudiziale, nonostante la progressiva implementazione di contrappesi in sede procedimentale, garantendo all'amministrato "un

rapporto più equilibrato con l'amministrazione prima e al di fuori del processo" (p. 69).

In Italia, l'introduzione e le trasformazioni del diritto amministrativo sono molto più rapide. Non vi sono connessioni tra lo sviluppo e il conformarsi del diritto amministrativo e l'ascesa della borghesia; né tantomeno si rinvengono analogie con i fenomeni di *delegated legislation* tipici degli ordinamenti anglosassoni (p. 160). L'A., infatti, ritiene che il ruolo determinante nella conformazione del diritto amministrativo sia giocato dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa. Gli studiosi hanno attribuito rilevanza centrale all'atto amministrativo discrezionale al fine di creare un sistema amministrativo autonomo rispetto al diritto comune; la giurisprudenza, invece, ha attenuato l'originaria visione autoritaria a favore di una concezione più aperta alle garanzie degli amministrati. Sotto questo aspetto, l'opera prende in esame due questioni centrali per la scienza giuridica che si è occupata del diritto amministrativo per evidenziarne la trasformazione: la responsabilità per fatto illecito, in forza della quale l'amministrazione è responsabile per aver emanato un atto in assenza della "elementare diligenza"; l'eccesso di potere, che potenzia il sindacato del giudice amministrativo, consentendo il passaggio dalla valutazione sui fini e sui motivi dell'atto, passando per lo sviamento della funzione amministrativa, alla deviazione dell'azione dal rispetto delle clausole generali del diritto, nonché dei principi generali come la correttezza, la buona fede, la ragionevolezza e la proporzionalità (p. 175).

Il mutamento dell'eccesso di potere e l'inserimento di principi generali del diritto comune nel sindacato giurisdizionale ha acceso un animato dibattito nella scienza giuridica italiana, all'interno del quale si registrano posizioni inclini a inferire una dissoluzione dell'eccesso di potere per effetto di una lettura delle figure sintomatiche in termini di ipotesi di conflitto con le clausole generali.

L'accoglimento di tale interpretazione comporterebbe un triplice ordine di conseguenze: in primo luogo, emergerebbe un modello di sindacabilità del potere discrezionale del tutto sovrapponibile al modo in cui è verificata la conformità a legge del potere privato; in secondo luogo, sarebbe ridimensionata – salvi i casi di merito insindacabile della decisione pubblica – la figura dell'interesse legittimo; in terzo luogo, si aprirebbe la strada ad una 'non necessarietà' di un giudice speciale per l'amministrazione pubblica. Lo studio condotto dall'A. conduce a sostenere però che la trasformazione dell'eccesso di potere, da *détournement de pouvoir* a sindacato sulla correttezza, sulla diligenza e sulla buona fede abbia reso esclusivamente espresso l'inserimento dei principi generali del diritto comune nel sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere, considerato a lungo quale istituto 'pubblicistico' e 'speciale' del diritto amministrativo italiano (p. 176), senza arrivare ad accogliere dunque la teoria di una sovrapposizione delle situazioni giuridiche soggettive e della unificazione delle giurisdizioni. Anche su quest'ultimo punto, l'A. sostiene come l'introduzione del Codice del processo amministrativo

abbia arrestato il dibattito relativo al riparto di giurisdizione: si è passati, infatti, da un riparto di giurisdizione in relazione alla situazione giuridica di riferimento, ad una devoluzione al giudice amministrativo – salvi i casi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario con riguardo, ad esempio, alle controversie in materia di pubblico impiego – dei giudizi concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo. Il giudice amministrativo, dunque è il giudice del potere amministrativo; il giudice ordinario è il giudice dei rapporti paritari tra amministrazione e privati.

I profili di intersezione tra diritto privato e diritto amministrativo, che tuttavia non si risolve in una sovrapposizione tra le due branche del diritto, emergono del resto con tutta evidenza nell'intenso dibattito sviluppatosi intorno alla lettura di due particolari disposizioni della l. 241 del '90, gli articoli 1, c. 1-*bis* e 11, anche nella prospettiva di chiarirne la reciproca portata. La lettura della prima disposizione suggerisce due riflessioni funzionali a chiarire il rapporto in analisi. Per un verso, nel disporre che l'amministrazione agisce secondo le norme di diritto privato (salvo che la legge non disponga diversamente) per l'adozione di atti di natura non autoritativa, conferma come l'attività delle amministrazioni pubbliche sia regolata non solo da leggi amministrative, ma anche da disposizioni privatistiche. Per altro verso, è evidente come tale norma non consenta di liberarsi facilmente del paradigma 'autorità-libertà', in quanto il legislatore attorno al concetto di 'atto autoritativo' ed 'atto non autoritativo' costituisce il discrimine tra le norme di diritto comune e di diritto speciale. Il superamento della concezione autoritaria del diritto amministrativo è poi suggerito anche dall'art. 11 della legge generale sul procedimento amministrativo. Tale disposizione – la quale rafforza la prospettiva elaborata da Benvenuti di un 'diritto amministrativo paritario' – consente di effettuare un rinvio 'indiretto' e 'selettivo', laddove non sia diversamente previsto, ai principi del codice civile in materia di contratti ed obbligazioni in quanto compatibili. La contrapposizione del rapporto 'regola-eccezione', sussistente nelle relazioni tra diritto privato e diritto pubblico tipico dei primi sviluppi degli ordinamenti anglosassoni, viene così ad attenuarsi progressivamente, in virtù di un filtro di compatibilità delle regole del diritto privato con i principi dell'attività amministrativa, per mezzo di una costante interazione e da una reciproca autonomia tra le due branche del diritto.

Infine, anche in Italia il diritto amministrativo del contenzioso giudiziale cede il passo all'introduzione di amministrazioni indipendenti e di procedure preliminari alla decisione amministrativa, che conferma il progressivo processo di convergenza di questo con i modelli di *common law*. Con riferimento ai modelli procedurali, l'indagine condotta da D'Alberti sottolinea la fragilità della normativa sul procedimento amministrativo (p. 184). Due in particolare sono i rilievi critici operati a questo proposito dall'A. In primo luogo la disciplina sulla partecipazione al procedimento amministrativo soffre, a differenza del modello

del *notice and comment*, ancora della concezione ostruzionistica del cittadino in relazione all'adozione di atti amministrativi generali ed atti normativi. In secondo luogo l'introduzione nel 2016 del *Freedom of Information Act*, seppure omonimo rispetto al procedimento statunitense, persegue in realtà finalità diverse: negli Stati Uniti, l'accesso è funzionale a rendere più concreta la partecipazione democratica; in Italia, l'accesso generalizzato è funzionalmente connesso alla materia della prevenzione della corruzione amministrativa.

4. La riduzione delle distanze tra i 'sistemi a diritto amministrativo' ed i 'sistemi a diritto comune', oltre che essere giustificata dal trapianto di istituti da un Paese all'altro, viene attribuita ad una serie di fattori.

Il primo è sicuramente l'impatto del diritto dell'Unione europea nelle discipline degli ordinamenti interni, rinvenibile, per un verso, nella creazione di una disciplina unica dei contratti pubblici e nella regolazione dei servizi pubblici, nonché in una normativa comune in materia di telecomunicazioni, energia, *antitrust*. Ulteriori segnali di convergenze sono attribuibili al recepimento delle pronunce della giurisprudenza della Corte di giustizia, attraverso le quali molti principi sono stati mutuati dall'ordinamento prima comunitario, oggi europeo. Gli esempi più rilevanti sono l'effettività della tutela processuale ed il principio di proporzionalità quale criterio per sindacare in modo più penetrante l'attività amministrativa.

Un secondo fattore alla base della convergenza registrata è rinvenibile nel diritto internazionale convenzionale, che ha ricoperto un ruolo fondamentale al fine di rendere effettiva la tutela del cittadino nel dialogo tra procedimento e processo. In particolare, una interpretazione estensiva dell'art. 6 della CEDU (a cui oggi comunemente gli ordinamenti interni aderiscono) ha notevolmente ridotto i vuoti di tutela procedimentale per il privato. L'esempio più ricorrente nello studio è quello delle sanzioni delle autorità indipendenti, formalmente amministrative ma sostanzialmente penali, per cui gli operatori economici necessitano di una tutela rafforzata ed effettiva sia in sede procedimentale che processuale. Ma si potrebbe pensare che lo stesso articolo 6 della CEDU, nonché l'articolo 41 della Carta di Nizza, laddove si accolga l'orientamento in virtù del quale il diritto ad una buona amministrazione abbia una portata di principio generale, incidano sul potenziamento dei contrappesi procedimentali.

Il terzo fattore, infine, riguarda l'espansione del diritto globale nei vari Stati. Dalle varie regolazioni di portata internazionale, emergono alcuni principi oggi divenuti centrali nell'azione amministrativa nazionale: la partecipazione al procedimento amministrativo e la tutela dell'ambiente (p. 212).

Tutto ciò ha condotto inevitabilmente a processi di codificazione – i quali, come ricorda l'A., già rappresentano da soli una conferma del progressivo allineamento tra i sistemi amministrativi (p. 73) – tendenzialmente omogenei, che

tuttavia presentano differenze in punto di recepimento dei principi e delle regole disciplinati in sede sovranazionale. Le divergenze che l'A. ha rintracciato sono molteplici; spiccano tra tutte quelle inerenti all'obbligo di motivazione (in Italia obbligatorio per tutti i provvedimenti, salvo gli atti normativi e quelli generali, ed in Francia obbligatorio solo per i provvedimenti restrittivi) ed alla partecipazione democratica (negli Stati Uniti il modello del *notice and comment* è obbligatorio, mentre in Francia ed in Italia l'inchiesta pubblica ed il dibattito pubblico sono sottoposte alla discrezionalità dell'amministrazione procedente).

Si registrano altresì, soprattutto alla luce dell'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo in Francia nel 2015, tentativi sempre più pressanti di codificazione del procedimento amministrativo europeo, al fine di ridurre ancor di più le distanze tra le varie amministrazioni nazionali.

Da Vittorio Emanuele Orlando ad oggi, la scienza del diritto amministrativo ha cambiato radicalmente il proprio modo di essere. Si è passati, infatti, dalla chiusura degli ordinamenti nazionali, affermatasi verso la fine dell'Ottocento, ad una dimensione per così dire di permeabilità dei diritti amministrativi nazionali che, come si è accennato, si è in parte declinata in termini di convergenza "attiva" tra i medesimi, il che giustifica anche il mutamento dell'impostazione comparatistica da adottare nello studio di questi ultimi.

Il punto di arrivo dell'opera può condurre a ritenere come il cambiamento in atto del rapporto sia tra amministrazione e cittadino, sia tra potere pubblico ed imprese, confermi che il diritto speciale, per un verso, non costituisce né l'unica disciplina applicabile alle pubbliche amministrazioni, né per altro verso tantomeno un diritto applicabile alle sole amministrazioni pubbliche. Sul primo versante, pare utile ricordare come la capacità di diritto privato delle amministrazioni abbia condotto alla proliferazione di istituti e di regole – sulle quali il diritto europeo ha fornito un apporto determinante – che consente l'emersione di un dialogo tra regimi giuridici. Si pensi, ad esempio, ai contratti della pubblica amministrazione, in cui convivono regole pubblicistiche (nella fase dell'aggiudicazione) e regole privatistiche (nella fase dell'esecuzione). Ma anche sotto il profilo dell'organizzazione, l'intersezione tra diritto pubblico e diritto privato consente alle amministrazioni di ricorrere al modello delle società pubbliche costituite per il perseguimento di un interesse generale, che tuttavia sono sottoposte ai regimi ed alle regole del diritto comune (ne costituisce applicazione concreta l'onere di motivazione analitica dell'atto di costituzione delle società a partecipazione pubblica, di cui all'art. 5, d.lgs. n. 175/2016). Sul secondo versante, ed a conferma di un reciproco trapianto di istituti e principi tra diritto speciale e diritto comune, si segnala che anche il diritto privato assimila principi tipici del diritto amministrativo. Ad esempio, l'art. 2497-ter c.c. dispone l'obbligo di motivazione per le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, qualora da questa influenzata; inoltre, anche nel diritto del lavoro privato la comunicazione

del licenziamento deve essere puntualmente motivata. Tutto ciò a dimostrazione di un costante intreccio, conseguenza dei numerosi interventi del diritto europeo e globale, delle privatizzazioni del settore pubblico e pubblicizzazioni del settore privato, che sembrano condurre al tramonto, negli ordinamenti sui quali l'A. ha incentrato il proprio studio, di quella che Bobbio definiva 'la grande dicotomia'.

Nonostante vi sia chi ritiene che, per un verso, i processi di integrazione europea e, per altro verso, l'impatto del diritto globale, comportino la perdita della premessa primaria della comparazione giuridico-amministrativa, il *Diritto Amministrativo Comparato* di D'Alberti dimostra come sia, al contrario, proprio la portata universale e cosmopolita non solo ad imporre una nuova e costante attenzione allo studio comparato del diritto amministrativo ma, come affermava Tripicciono nel 1961 nel suo studio *La comparazione giuridica*, a creare il (nuovo) sistema del diritto.

*Hanno collaborato a questo numero:*

Sveva Bocchini

*Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II*

Vinicio Brigante

*Ricercatore di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II*

Niccolò Maria d'Alessandro

*Docente a contratto di giustizia amministrativa presso l'Università degli Studi Niccolò Cusano*

Riccardo D'Ercole

*Dottore in giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Macerata*

Alessandro Di Martino

*Dottorando di ricerca in Diritto dell'economia presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II*

Mario Di Piazza

*Vicesegretario generale Area Istituzionale e Direttore del Servizio Lavori d'Aula dell'Assemblea Regionale Siciliana*

Anna Lazzaro

*Ricercatrice di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Messina*

Roberta Lombardi

*Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università del Piemonte Orientale*

Fabrizio Luciani

*Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università della Calabria*

Giovanna Mastrodonato

*Ricercatrice di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Bari*

Antonio Mitrotti

*Assegnista di ricerca in diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Trieste*

Clara Napolitano

*Ricercatrice di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi del Salento*

Marco Ragusa

*Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo*

Alberto Zito

*Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Teramo*