

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXIX – Nuova serie
N.1/2020 (gennaio-aprile)

INDICE

DOTTRINA

- PATRIZIA MARZARO
Partecipazione consapevole e giusto procedimento di pianificazione 5
- FABRIZIO FRACCHIA, PASQUALE PANTALONE
Le funzioni amministrative in tema di caccia 17
- CLEMENTE PIO SANTACROCE
Partecipazione e governo del territorio: l'esperienza toscana 35
- GIOVANNA IACOVONE
Sostenibilità urbana: quali regole per l'equilibrio territoriale e la diffusione delle attività produttive. Uno sguardo a Matera Capitale europea della cultura 51
- GIOVANNA PIZZANELLI
Il contributo dell'accesso alle informazioni ambientali alla tutela del patrimonio pubblico 71

PABLO CUNHA MALHEIROS, ILTON NORBERTO ROBL FILHO		
	<i>Regularização fundiária urbana e aplicação imediata da lei n. 13.465/17 no Distrito Federal do Brasil</i>	105
GAETANO ARMAO		
	<i>Piersanti Mattarella, le riforme amministrative ed il meridionalismo</i>	123
ROSSANA CARIDÀ		
	<i>Il processo di differenziazione regionale ex art. 116, terzo comma, della Costituzione: la natura delle funzioni e i vincoli costituzionali</i>	139
VANESSA MANZETTI		
	<i>Bilancio pubblico e equità intergenerazionale</i>	163
GIOVANNI PESCE		
	<i>Sulla disponibilità della riserva aurea della Banca d'Italia</i>	185
BEATRICE RABAI		
	<i>C'era una volta il carattere libero ed indipendente del sapere accademico</i>	203
SIMONE FRANCA		
	<i>L'informativa trasparente nel trattamento dei dati personali da parte della pubblica amministrazione</i>	223
ALBERTO PICÓN ARRANZ		
	<i>Observaciones relativas a la teoría de la invalidez de los actos administrativos en España e Italia</i>	249
CRISTIANO BEVILACQUA		
	<i>Il waste management tra normativa dell'Unione europea ed italiana. La (termo)valorizzazione nella gerarchia dei sistemi di gestione dei rifiuti</i>	271

Dottrina

Partecipazione consapevole e giusto procedimento di pianificazione*

di Patrizia Marzaro

SOMMARIO: 1. L'evoluzione degli istituti partecipativi nel procedimento pianificatorio. – 2. Il ruolo centrale ma non omogeneo della legislazione regionale. – 3. Fattori di espansione e fondamenti costituzionali del fenomeno partecipativo nella pianificazione del territorio, dalla garanzia delle autonomie territoriali al pieno sviluppo della persona umana. – 4. La partecipazione come espressione del giusto procedimento di pianificazione e strumento di bilanciamento del deficit di legittimazione democratica delle decisioni amministrative.

1. *L'evoluzione degli istituti partecipativi nel procedimento pianificatorio*

Nell'affrontare oggi il tema della partecipazione ai procedimenti di pianificazione ci si imbatte immediatamente nella difficoltà di fornirne anzitutto una definizione soddisfacente, di fronte ad un quadro normativo che risulta ancora molto frammentato e scarsamente indagato.

Forse due citazioni possono aiutare a spiegare questa difficoltà e ad inquadrare il tema oggetto di queste riflessioni.

Mario Nigro, quarant'anni fa, ne “*Il nodo della partecipazione*”¹ lo definiva un “tema che da sempre mi attrae ed inquieta”, confessando la “precisa e inquietante sensazione di non riuscire ancora a comprendere pienamente il fenomeno e a dominarlo”, e ritenendo la relativa nozione fortemente influenzata da presupposti ideologici, oltre che strettamente legata alle situazioni storiche.

Rosario Ferrara, ai giorni nostri definisce il tema della partecipazione, “antico, forse vetusto, sul quale sono stati versati fiumi di inchiostro e che, nel momento attuale, si arricchisce di variabili concettuali e anche ideologiche, che ne disvelano a tutto tondo l'attualità, un'attualità addirittura inattesa e sconcertante”².

Difficile quindi costruire una definizione senza aver affrontato le ragioni di queste inquietudini, di un interesse che continua a rinnovarsi, di queste variabili che rendono il fenomeno di sconcertante attualità.

La ragione di tanto interesse è in fondo anche data dal fatto che la partecipazione, come tanti istituti che da lì si sono diffusi nell'ordinamento amministrativo generale, origina dalla nostra materia, meglio ancora origina dalle questioni legate

* Il presente contributo è frutto della rielaborazione della relazione su “*La partecipazione consapevole*” tenuta nell'ambito del XXII Convegno Nazionale AIDU, su “*La nuova urbanistica regionale*”, Palermo, 27-28 settembre 2019.

¹ In *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 225.

² In *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, 209.

all'uso del territorio; territorio come “luogo privilegiato della partecipazione”³, laddove la città oggi è definita “spazio politico in senso originario”, spazio che pone il “territorio al centro del discorso giuridico”⁴.

Le prime osservazioni, le antenate della partecipazione, erano le osservazioni nella legge sull'espropriazione del 1865, il prototipo della partecipazione difensiva, egoistica, legata alla titolarità di una situazione giuridica soggettiva differenziata.

Nella legge urbanistica del 1942, *ex art. 9*, “*chiunque*” aveva facoltà di prendere visione del piano adottato, ma potevano presentare osservazioni sole le “*associazioni sindacali e gli altri enti pubblici ed istituzioni interessate*” e solo nel 1954, con una circolare del Ministero LL.PP., si è transitati dalla cd. partecipazione organica – la riserva di partecipazione a gruppi organizzati –, alla partecipazione di chiunque con effetto di apporto collaborativo dei cittadini, quella che diverrà nel tempo “il fastidio della partecipazione”⁵, nella stagione dirigistica della panurbanistica, alimentata dalla scarsissima effettività che il giudice amministrativo riconosceva alle osservazioni. Peraltro il Consiglio di Stato, un anno prima, aveva definito il piano regolatore generale di eccezionale interesse per tutti i cittadini, *uti cives* e *uti privati*, facendo presagire una possibile maggiore apertura quanto alla funzione delle osservazioni, che poi invece si è cristallizzata sull'apporto collaborativo⁶.

E così si arriva alla legge sul procedimento amministrativo, in cui il legislatore recepisce, e adatta alla generalità dell'ordinamento, la partecipazione in chiave difensiva e quella ad impronta più palesemente collaborativa, ma sceglie di non affrontare il profilo della partecipazione come partecipazione civica, popolare, da un lato estromettendo dalla legge l'istruttoria pubblica, prevista anche per gli atti di pianificazione nel progetto della Commissione Nigro, e, dall'altro, mantenendo invece l'esclusione dall'applicabilità del Capo III per gli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione. Mentre, però, l'esclusione dell'art. 13 nel progetto originario era motivata dalla espressa presenza dell'istruttoria pubblica per i procedimenti pianificatori, nel testo finale della legge n. 241 essa invece dice di un'amministrazione ancora in qualche modo legata all'idea della riservatezza della sua azione e disposta ad aprirsi solo quando sia a ciò tenuta, per la presenza di una posizione differenziata; un'amministrazione quindi non ancora matura per confrontarsi con il cittadino in quanto tale.

³ Così F. PATRONI GRIFFI, *Autonomie locali e nuove forme di democrazia: ovvero, del recupero della partecipazione*, in *Dir. soc.*, 2017, 157 ss.

⁴ Così G.M. LABRIOLA, *Città e diritto. Brevi note su un tema complesso*, in *Istituzioni del federalismo*, 2018, 7.

⁵ Così G. SCIULLO, *Il fastidio della partecipazione*, nota a Cons. Stato, IV, 6 marzo 1989, n. 148, in *Riv. giur. urb.* 1989, 463 ss.

⁶ Cfr. in proposito C. CUDIA, *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 263 ss.

Del resto, ancora pochi anni fa, si è replicata la stessa declinazione di responsabilità: la legge Madia, n. 124 del 2015, prevedeva tra i principi e criteri direttivi per la riforma della conferenza di servizi la disciplina di alcuni modelli di istruttoria pubblica, dei quali invece non vi è traccia nella disciplina dettata dal D. Lgs. n. 127 del 2016; venticinque anni dopo evidentemente permanevano le stesse difficoltà culturali, la stessa diffidenza.

Nel frattempo, ma in un settore nel quale il respiro giuridico era necessariamente diverso, influenzato dagli ordinamenti sovranazionali, una partecipazione più ampia aveva fatto ingresso nell'ordinamento interno, e nella disciplina dell'uso del territorio, attraverso la Convenzione di Aarhus del 1998 e la Direttiva VAS del 2001; e da lì avrebbe indirettamente esercitato la propria influenza anche sul governo del territorio, attraverso un processo di integrazione con le altre discipline ricadenti su di esso.

2. *Il ruolo centrale ma non omogeneo della legislazione regionale*

La legislazione regionale è risultata peraltro protagonista del sistema in un quadro di latitanza, o comunque di scarso interesse, del legislatore statale.

In questo contesto, quindi, il primo profilo da indagare riguarda l'esistenza di eventuali principi fondamentali della legislazione statale nella materia 'partecipazione alle procedure di pianificazione urbanistico-territoriale'.

La risposta pare abbastanza semplice – vale a dire che il livello minimo non può che essere rappresentato dalle osservazioni/apporti collaborativi della legge n. 1150 del 1942 – ma ci si deve chiedere se effettivamente ciò oggi debba configurarsi come principio fondamentale della materia. Forse secondo stretto diritto sì, visto che non si è mai giunti all'approvazione di una legge quadro in materia di governo del territorio, tuttavia vale la pena di riflettere sulla ragion d'essere di una normativa regionale che si è spinta molto più oltre; e così entriamo nel terreno delle inquietudini che si ricordavano in apertura, di quelle variabile storiche ed ideologiche lì richiamate.

Il quadro della legislazione regionale in materia di partecipazione nel governo del territorio è estremamente vario, non omogeneo, anche se il principio di partecipazione (spesso assieme trasparenza e pubblicità) compare in quasi tutte le disposizioni che aprono le leggi urbanistiche regionali, in particolare in quelle di ultima generazione; per questa ragione spicca in questo ambito una disposizione di prima generazione, contenuta nella legge reg. Piemonte, nota come legge Astengo dall'urbanista che la ispirò, la n. 56 del 1977, che all'art.1, in un testo giunto intatto sin qui, pone tra le proprie finalità *“la crescita della sensibilità e della cultura urbanistica delle comunità locali”* e la *“partecipazione democratica al processo decisionale e gestionale dell'uso del suolo urbano ed extraurbano”*.

Peraltro, in questo contesto, non sarà presa in considerazione quella forma speciale di partecipazione nella pianificazione urbanistica, che si potrebbe definire cooperativo-decisoria, espressamente finalizzata alla conclusione di accordi con la parte pubblica, ormai presente in forma autonoma in molte leggi regionali, che sostanzialmente accede al tema dell'urbanistica contrattata⁷.

Il principio di partecipazione alla pianificazione urbanistico-territoriale viene declinato in varie accezioni dal legislatore regionale.

Certamente sempre presente è la partecipazione tradizionale, in chiave collaborativa, mediante le osservazioni, quella che diviene poi difensiva, con le opposizioni ai piani attuativi.

È divenuta ormai strutturale nell'impianto delle leggi regionali anche la partecipazione cd. organica, vasta e variegata, estesa ad associazioni, comitati, forze sociali, secondo le terminologie più diverse, caratterizzata comunque da una riserva di partecipazione a gruppi organizzati ormai ampia, e operante spesso anche a monte del processo di pianificazione. In ogni caso qui ci si trova di fronte a quella che viene definita partecipazione di professionisti, che in questo senso viene contrapposta a quella cd. debole, di quei soggetti privi di un'organizzazione stabile alle spalle, nell'ipotesi in cui la legge regionale escluda questi ultimi dal novero dei soggetti attivi della partecipazione e non li ricomprenda accanto ai corpi organizzati.

Se dovessimo guardare agli studi di Allegretti⁸, in realtà dovremmo definire queste fattispecie come casi di 'non partecipazione', chiamate invece a lasciare spazio alla reale partecipazione, a quella popolare, espressione della cd. democrazia partecipativa, quella inclusiva, capace di coinvolgere anche i soggetti considerati più deboli, perché privi della protezione di una situazione differenziata che fornisca una struttura organizzata alla rappresentanza degli interessi: ciò avviene per il "*chiunque abbia interesse*", che, ai sensi della legge Lombardia 12/2005 può presentare "*suggerimenti e proposte*" in sede di avvio del procedimento di formazione del PGT; il "*pubblico*" da consultare in fase di formazione del piano ai sensi dell'art. 44 della legge Emilia Romagna n. 24/2017, o in generale "*i cittadini*" – con una terminologia più restrittiva – di cui al successivo art. 56; oppure "*i soggetti pubblici e privati, nonché i cittadini singoli o associati*", che "*partecipano alla formazione degli atti di governo del territorio*", di cui all'art. 8 della legge reg. Toscana n. 65/2014.

Quanto alla presenza nella legislazione regionale di quest'ultimo modello – l'ultima generazione delle forme partecipative – bisogna distinguerne la declinazione a livello di disposizioni di principio, dalla normativa che ad essa dia attuazione.

⁷ A tale proposito è sufficiente prendere come riferimento ricordare, tra le altre, la legge reg. Basilicata n. 23/1999, la legge reg. Umbria n. 1/2015, la legge reg. Lombardia n. 12/2005, e la legge reg. Emilia-Romagna n. 24/2017.

⁸ Cfr. per tutti *Democrazia partecipativa*, in *Enc. Dir., Annali IV*, Milano, 2011.

Sicuramente sono più frequenti le prime nelle leggi urbanistiche più recenti, mentre ancora pochi sono i casi di disciplina dotata di un grado importante di effettività. Ciò avviene soprattutto per quelle Regioni che hanno scelto di dotarsi anche di una legge generale sulla partecipazione (Emilia-Romagna, Toscana, Puglia, la provincia di Bolzano, mentre non risulta particolarmente incisiva l'Umbria), il che peraltro apre la porta ad interrogativi ulteriori, relativi ai rapporti tra norme generali e disciplina speciale della partecipazione nell'uso del territorio, che qui non si possono affrontare⁹.

Le disposizioni di principio sono ampie, e più d'una comprende anche un rinvio espresso alla determinazione da parte dei Comuni delle modalità di partecipazione, secondo quei canoni di flessibilità (regolamenti, atti di indirizzo, linee guida) sui quali si pone l'accento in dottrina come i più adeguati per rispondere alle esigenze delle comunità locali, tanto da portare in primo luogo ad una valorizzazione dell'autonomia normativa comunale in chiave di sussidiarietà¹⁰. Ad esempio, tra le altre, la legge prov. BZ n. 9/2018, agli artt. 51 e 53, prevede un procedimento pubblico che garantisca la *“partecipazione dei cittadini e delle cittadine, delle associazioni e dei gruppi di interesse”* e demanda al Comune di *“disciplinare ulteriori misure idonee di informazione e partecipazione della popolazione”*; mentre secondo la legge Lombardia n. 12/2018, *“Il Comune può determinare altre forme di pubblicità e partecipazione”*.

Certamente gli apparati normativi più strutturati e incisivi sono quelli di Emilia-Romagna e Toscana, che istituiscono anche la figura del Garante (della comunicazione o dell'informazione) e della partecipazione, rispettivamente la prima con la legge n. 24/2017 e la seconda con la legge n. 65/2014 e il regolamento di attuazione n. 4/R sempre del 2017, ai quali si affianca per alcuni aspetti anche la Lombardia, con la legge n. 12/2005.

3. *Fattori di espansioni e fondamenti costituzionali del fenomeno partecipativo nella pianificazione del territorio, dalla garanzia delle autonomie territoriali al pieno sviluppo della persona umana*

Naturalmente ci si deve interrogare sulle ragioni che hanno favorito l'espansione del fenomeno partecipativo e la moltiplicazione dei relativi istituti, per quanto essa risulti ancora poco ordinata e non pienamente meditata.

I fattori paiono molteplici e tutti aventi un proprio rilievo.

Sicuramente in questo senso ha operato un processo di osmosi dei principi

⁹ Su questi profili si veda peraltro C. SANTACROCE, *Partecipazione e governo del territorio: l'esperienza toscana*, in questo fascicolo.

¹⁰ Cfr. ampiamente in proposito A. VALASTRO, *Gli istituti di partecipazione fra retorica delle riforme e umiltà dell'attuazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 35 ss.

della legge n. 241 del 1990, penetrata in tutti i settori dell'ordinamento ad onta delle esclusioni espresse, per la sua forza di complesso normativo che integra i principi dell'art. 97 Cost., come messo in luce anche dalla giurisprudenza costituzionale, osmosi che si rileva certamente per il sistema della partecipazione dei privati, ma – se si dovesse volgere lo sguardo sulla partecipazione pubblica – anche per il cd. sistema delle conferenze, l'altro versante di quella partecipazione, quella che sfocia ordinariamente nel coordinamento tra Amministrazioni e al quale non è qui possibile riservare attenzione.

Non va dimenticato poi, sempre per quanto riguarda la 'forza espansiva implicita' della legge sul procedimento, che l'art. 29 della legge n. 241, comprende tra i livelli essenziali delle prestazioni anche l'obbligo di garantire la partecipazione dell'interessato, lettera sulla cui ampiezza si può discutere, ma che difficilmente può essere limitata al solo art. 7 e non invece estesa a tutto il sistema di cui agli artt. 7- 10 *bis*.

Questo processo di integrazione, peraltro, sembra essere stato rafforzato anche dal ricorso sempre più ampio all'urbanistica contrattata nel governo del territorio, in quanto frutto di forme atipiche di partecipazione, e probabilmente ha agito anche in funzione di contrappeso a questo fenomeno, in chiave di trasparenza dell'azione amministrativa.

Inoltre certamente un'influenza è stata esercitata dalla compenetrazione tra disciplina ambientale ed urbanistica che ha interessato tutto il sistema regionale a partire dagli ultimi anni novanta, dalla configurazione 'integrata' del piano territoriale di coordinamento provinciale, alla direttiva VAS, che ha introdotto la partecipazione all'interno dei (sub)procedimenti pianificatori.

Ma, più in profondità, la ragione del diffondersi degli istituti di partecipazione sta nel fatto che essi trovano nella pianificazione una sede fisiologica, potendo assumerne le forme più ampie e atipiche, perché essa è espressione emblematica dell'autonomia degli enti locali.

È in realtà l'art. 5 Cost. uno dei pilastri sui cui poggia la partecipazione del *quivis de populo*, quella non protetta da una differenziazione operata dal legislatore attraverso le norme attributive del potere.

Berti, nel Commentario Branca¹¹, osservava che “ha senso introdurre una autonomia sul piano istituzionale in quanto essa serve a vivificare la partecipazione sociale..., conferire autonomia a Regioni, Province, Comuni altro non vuol dire che individuare gli strati comunitari nei quali le collettività... raggiungono un giusto livello di autogoverno o autoamministrazione”.

Ma non è solo l'art. 5 Cost. la base di questo fenomeno, che va visto nella sua essenza più profonda come espressione della Costituzione materiale; non è un caso che oggi si metta in rilievo l'esistenza di un processo in corso di ricon-

¹¹ In G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Commento all'art. 5*, Bologna, 1975, 288.

giunzione tra sovranità e partecipazione, determinato proprio dal tempo della crisi dei sistemi rappresentativi¹² e che la pianificazione venga configurata come “diretta attuazione degli obblighi che la Repubblica ha assunto ex artt. 2 e 3 Cost., per la promozione dello sviluppo della persona umana nelle formazioni sociali... concretamente assicurando la funzione sociale della proprietà ex art. 42 Cost.”¹³.

E, ancora, che si sottolinei che “lo spazio pubblico non è abitato solo dai rappresentanti, ma è aperto alla partecipazione delle articolazioni plurali, sociali e istituzionale del popolo sovrano”¹⁴.

C’è una definizione, “democrazia spessa”, che risulta particolarmente efficace.

Essa è “radicata nella profondità dei rapporti sociali laddove si può e si deve rendere possibile la partecipazione e cioè l’apporto creativo di ogni singola persona”, e la si lega anche all’art. 4 Cost., per cui ogni cittadino ha il dovere di svolgere “secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società... in uno stile cooperativo di convivenza orientato al pieno sviluppo della persona umana”¹⁵.

4. *La partecipazione come espressione del giusto procedimento di pianificazione e strumento di bilanciamento del deficit di legittimazione democratica delle decisioni amministrative*

Ci si potrebbe chiedere perché insistere su questa dimensione valoriale fondamentale.

Perché essa potrebbe illuminare la forza di principio fondamentale dell’ormai spento art. 9 della legge urbanistica, in un’interpretazione adeguatrice imperniata sul “*chiunque*”, che possa rafforzare anche la prospettiva del giusto procedimento di pianificazione; e perché essa sembra essere in grado di sostenere la flessibilità delle forme di partecipazione.

Una partecipazione duttile, flessuosa, per usare un approccio *fair*, intendendo per tale quella capace di adattarsi e di interpretare le esigenze e le specificità delle autonomie territoriali senza tradire il proprio significato più profondo di cooperazione nella elaborazione delle decisioni pubbliche, riempiendolo di contenuto e assicurandone effettività.

¹² Su questi aspetti cfr. R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, in *Enc.dir., Annali IV*, 2011, 271 ss.; e A. VALASTRO, *Gli istituti di partecipazione*, cit.

¹³ Così A. CARDONE, *Procedimento amministrativo e partecipazione: giurisprudenza amministrativa e costituzionale e concezione dell’idea di giustizia*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 238.

¹⁴ Così F. PIZZOLATO, *Democrazia come autogoverno: la questione dell’autonomia locale*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 23.

¹⁵ Così sempre F. PIZZOLATO, *Democrazia*, cit., 22.

Se allora in questo quadro si scende a guardare alle cause profonde di questa diffusione degli istituti di democrazia partecipativa nell'attuale momento storico, per individuare le ragioni dell'inquietudine e della sconcertante attualità di cui si diceva all'inizio – anche se ci si trova ancora in via di sperimentazione, e non vi è piena consapevolezza della sua portata –, appare molto chiaro che l'origine del fenomeno – agevolato dal complesso di circostanze 'normative' che si sono ricordate – sta nella crisi sempre più radicata della democrazia rappresentativa, in quanto fattore di legittimazione delle scelte dell'amministrazione.

Crisi che, per ciò che riguarda il governo del territorio, risulta aggravata da quel processo di standardizzazione degli interessi che caratterizza in modo ormai sempre più netto l'operato del legislatore¹⁶, in un ordinamento che presenta invece un tasso di complessità estremamente elevato.

Il territorio è sede naturale di governo di interessi sensibili, ai quali il legislatore ormai non offre più a monte quella protezione capace di assicurare una gerarchia di valori, che aveva caratterizzato l'ordinamento amministrativo per molto tempo, e per contro sposta a valle il luogo della scelta dell'interesse da tutelare, attraverso meccanismi di semplificazione che costringono gli interessi entro maglie valutative sempre più strette, e crea in capo all'amministrazione un bisogno di legittimazione che non è più in grado di essere colmato da un sistema di governo che patisce un *deficit* di rappresentanza sempre maggiore.

Non a caso la dottrina mette in guardia dal rischio di una certa pianificazione, capace di svuotare il territorio dalle proprie specificità, riducendolo allo "spazio astratto, atemporale, dell'economia", e sottolinea efficacemente che "la sparizione fisica dello spazio pubblico corrisponde alla perdita di potere sulla cosa pubblica da parte della comunità locale"¹⁷.

Questo circolo vizioso, un *burnout* del sistema, si rompe grazie all'apertura alla democrazia partecipativa, che potrebbe essere vista quasi come una reazione fisiologica di un organismo che ha nella Costituzione il DNA della partecipazione.

Tanto è vero che tra gli studiosi di questo fenomeno si dibatte della "funzione curativa"¹⁸ della democrazia partecipativa, oltre che della sua funzione integratrice della democrazia rappresentativa, e si sottolinea che solo "l'apertura del procedimento alla partecipazione, nella logica del giusto procedimento, può

¹⁶ Sia qui sufficiente il rinvio, tra gli altri a L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 28; M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, in *Urb. App.*, 2016, 765; oltre che P. Marzaro, *Silenzi assenso tra Amministrazioni; dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' designata dal Consiglio di Stato*, in *www.federalismi.it*.

¹⁷ Così A. MAGNAGHI, *Il progetto locale*, Torino, 2000, 97.

¹⁸ Così E. ROSSI, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. soc.*, 498.

portare al superamento della crisi di legittimazione democratica del sistema rappresentativo¹⁹, così che la partecipazione da “incidente esterno ai processi decisionali diviene metodo di governo della complessità”²⁰.

D'altra parte questa logica oggi viene valorizzata anche dallo stesso giudice costituzionale: “è nella sede procedimentale – si afferma trattando proprio del procedimento di pianificazione – che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora e non da ultimo con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela”²¹, così recuperando al centro della scena il principio del giusto procedimento e liberandolo anche dai confini “dell'anima difensivo-garantista della partecipazione”²².

Il giusto procedimento sembra quindi essere la chiave in grado di assicurare effettività agli istituti di democrazia partecipativa, nelle forme più varie che si rinvengono nella legislazione regionale e che possono ricondursi a forme varie di consultazione pubblica, assicurate da una base informativa ampia, comprensibile, e raggiungibile ai più, in grado di coinvolgere tutte le componenti della popolazione, a partire dalla base costituita da “*tutti i soggetti interessati*”, come recita la legge Toscana. Non solo, esso pare suscettibile di penetrare in profondità nel tessuto connettivo istituzionale a tutti i livelli dell'ordinamento, spinto proprio da quel sistema di democrazia di prossimità, espressione della sovranità della comunità locale, che viene visto come l'ambito elettivo di sviluppo dei modelli di democrazia partecipativa.

Del resto, circa vent'anni fa la Corte costituzionale, a proposito del principio di sovranità, ne metteva in risalto “le virtualità interpretative non tutte interamente predicibili”²³, mentre in dottrina si continua ancor oggi a sottolineare l'atipicità intrinseca della partecipazione²⁴.

Proprio il tema di queste virtualità inesprese ha portato la dottrina a mettere a fuoco i profili procedurali della democrazia partecipativa, se essa deve divenire, oltre che obiettivo e strumento, anche “metodo di governo della complessità”, proprio perchè “le garanzie procedurali codificate mirano a presidiare il metodo”²⁵; e in questa prospettiva si è giunti così ad individuare i livelli quantitativi essenziali delle procedure partecipative²⁶, secondo uno schema che ricorre

¹⁹ Cfr. sul punto ancora A. CARDONE, *Procedimento amministrativo*, cit.

²⁰ Così A. VALASTRO, *Gli istituti*, cit., 30.

²¹ Così Corte cost., 26 luglio 2018, n. 178, in www.cortecostituzionale.it.

²² Così A. CARDONE, *Procedimento amministrativo*, cit.

²³ Così Corte cost. 12 aprile 2002, n. 106, in www.cortecostituzionale.it.

²⁴ Così F. SATTI, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 308.

²⁵ Cfr. sempre A. VALASTRO, *Gli istituti*, cit., 31.

²⁶ Cfr. in proposito A. VALASTRO, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2016.

anche nella legislazione toscana, del quale peraltro è evidente, prima ancora della portata giuridica, quella culturale²⁷.

Le procedure partecipative devono così muoversi attraverso un percorso che prende l'avvio dai casi di attivazione – procedimenti di pianificazione ma anche approvazione di progetti di singole opere pubbliche se rilevanti – per passare ai soggetti da coinvolgere. Il tema è molto delicato e da studiare in modo approfondito, non solo da parte dei giuristi, perché esso porta alla luce non soltanto la questione della quantità della partecipazione – intesa come l'individuazione e/o delimitazione dei soggetti interessati – ma anche quello della sua qualità, sul quale si intrecciano una pluralità di problematiche 'sensibili'. Basti pensare alle discussioni sul ruolo dei cd. professionisti della partecipazione, anche costituiti da minoranze, che potrebbero però assumere un 'ruolo profetico' nel governo delle procedure, con il rischio di farne degli strumenti al servizio di *elite*.

Ma egualmente significativo è il problema del tempo della partecipazione, il 'quando' della consultazione pubblica, che per assicurare la massima efficacia dovrebbe collocarsi a monte, addirittura al momento della decisione sul dare l'avvio alla procedura; così come è chiara, a causa del pericolo rilevante di strumentalizzazioni che possono venire dall'uso del *web*, la delicatezza delle strategie informative e comunicative ai fini di un'adeguata conoscibilità della situazione in ordine alla quale decidere. Colpisce a tale proposito che nella legge Emilia-Romagna si insista sull'uso di un linguaggio non tecnico a fini di trasparenza delle informazioni.

È poi altrettanto complesso il tema delle tecniche di coinvolgimento degli interessati, col ruolo fondamentale di chi gestisce la procedura e della sua indipendenza dal potere politico, non sempre garantita in modo adeguato dalla legislazione regionale, a fronte del comprensibile 'rischio' che la classe politica si assume nel momento in cui decide di ricorrere a queste forme di coinvolgimento dal basso.

Anche la disciplina degli esiti della partecipazione per assicurarne effettività, con il livello minimo del dovere di motivazione delle scelte conseguenti in ragione degli esiti cui si è giunti, pone interrogativi ulteriori. E, infine, la valutazione *ex post* dell'efficacia della procedura e la sua organizzazione...

Ritornando, al termine di queste riflessioni, all'interrogativo iniziale, credo sarebbe supponente l'interprete che si dicesse in grado di definire la 'consapevolezza della partecipazione'; più saggio pare accontentarsi della consapevolezza delle questioni che la partecipazione pone, per poter essere definita un giorno consapevole da chi la praticherà.

²⁷ Su questi aspetti si veda per un esame approfondito C. SANTACROCE, *Partecipazione e governo del territorio: l'esperienza toscana*, in questa *Rivista*.

Abstract

Conscious participation and due planning process

by Patrizia Marzaro

Zoning and urban planning are ideal frameworks for experimenting and applying the principles and techniques of democratic participation. In this respect, zoning and urban planning can serve as remedies for the broadening crisis of representative democracy and the democratic deficit of administrative decisions.

Regional legislations on land-use planning confirm the importance of participatory democracy. The most advanced pieces of legislation in the field resonate with the constitutional imperative to foster participation and with the principle of administrative due process, as recently explored also by the Italian Constitutional Court.

Parole chiave: pianificazione urbanistica, partecipazione democratica, giusto procedimento di pianificazione

Keywords: urban planning, democratic participation, due planning process

Le funzioni amministrative in tema di caccia*

di Fabrizio Fracchia e Pasquale Pantalone

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'originario accentramento statale delle funzioni amministrative in tema di caccia. – 3. (...segue). Il progressivo trasferimento delle funzioni alle Regioni: dalle leggi degli anni '70 sino alla riforma costituzionale del 2001. – 4. Il neocentralismo regionale nell'attuale allocazione delle funzioni amministrative in materia di caccia. – 5. L'esercizio delle funzioni in tema di caccia alla prova del giudice amministrativo: il caso dei calendari venatori. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Specie a seguito dell'attuazione dell'ordinamento regionale avvenuta all'inizio degli anni '70 del secolo scorso, l'attività venatoria si è progressivamente caratterizzata per la sua penetrante conformazione pubblicistica secondo il tradizionale modello del *command and control*¹.

Il diritto di caccia, invero, quale manifestazione della libertà individuale, è stato da sempre inquadrato entro un pervasivo sistema di limiti pubblicistici².

Numerosi, infatti, sono gli interessi pubblici connessi alla materia di nostro interesse che interferiscono con l'interesse (privato) al libero esercizio dell'attività venatoria: tra questi, la conservazione del patrimonio faunistico, la tutela dell'agricoltura, della pubblica sicurezza, nonché il regolare prelievo fiscale.

La particolare sensibilità politico-istituzionale al tema è, poi, legata all'intreccio sostanziale con la materia ambientale. Un decisivo punto di svolta in tal senso è stato segnato dalla l. 968/1977, che, per la prima volta, ha incluso la fauna selvatica all'interno della categoria del patrimonio indisponibile dello Stato³.

Un'utile chiave di lettura in questo senso può essere colta ponendo l'accento

* Il contributo è frutto di una riflessione comune. Tuttavia i parr. 1-4 sono stati curati da Pasquale Pantalone, mentre i parr. 5-6 da Fabrizio Fracchia.

¹ In ordine ai caratteri di tale modello, sia consentito rinviare a F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, 2013, in part. 22 ss.

² R. ALESSI, voce *Caccia*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 751 ss.

³ Trattasi di un principio che capovolge l'impostazione tradizionale, segnando «l'abbandono di una protezione collegata soltanto all'esercizio della caccia e l'affermazione di una tutela diretta come bene pubblico nell'interesse della comunità nazionale»: così A. CLARIZIA, voce *Caccia*, in *Nss. Dig. It.*, Appendice, I, Torino, 1980, 929. In ordine all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale circa la natura giuridica della fauna selvatica, cfr. M. OLIVI, *Natura giuridica della fauna selvatica*, in M. OLIVI (a cura di), *La caccia sostenibile. Profili biologici, etici e giuridici*, Milano, 2020, 147 ss.

sul ruolo che il soggetto pubblico (lo Stato) svolge quale “custode” della gestione sostenibile di un bene (la fauna selvatica) che appartiene alla comunità⁴.

Se si identifica la fauna quale oggetto di un dovere, piuttosto che di un diritto, sembra peraltro più agevole spiegare la massiccia presenza dell'intervento pubblico nella materia in esame⁵.

La risposta dell'ordinamento sul piano legislativo è stata infatti significativa, a tacere della sempre più marcata influenza delle fonti europee e internazionali.

A tal fine è stato istituito un complesso ed articolato sistema di funzioni amministrative⁶ al cui esame più specifico sono dedicati i successivi paragrafi.

2. *L'originario accentramento statale delle funzioni amministrative in tema di caccia*

Fino ai primi anni '70 del secolo scorso, le funzioni amministrative in tema di caccia erano allocate a livello statale.

Alla stessa stregua dei primi testi normativi dello Stato unitario, il testo unico sulla caccia (r.d. 5 giugno 1939, n. 1016) affidava allo Stato (in specie, al ministero dell'Agricoltura, salvo che per il rilascio della licenza di caccia che spettava all'autorità di pubblica sicurezza, su cui immediatamente *infra*) le principali funzioni amministrative in materia⁷, tra cui poteri di amministrazione attiva (autorizzazioni, concessioni, divieti e obblighi), di programmazione, di vigilanza e sanzionatori⁸.

Tra le più rilevanti funzioni di amministrazione attiva merita segnalare il potere autorizzatorio di cui era titolare l'amministrazione periferica dell'Interno.

L'attività venatoria, infatti, era subordinata al rilascio, da parte del prefetto o del questore in base alle rispettive competenze, di una particolare autorizzazione (la “licenza di caccia”, di durata limitata), che consentiva l'esercizio di tale attività secondo predeterminate regole spaziali, temporali e modali, nonché con riguardo ad alcune specie animali in relazione alla loro rarità e pregio. La licenza di caccia, inoltre, poteva essere revocata o sospesa in qualsiasi momento, nel caso di abuso della persona autorizzata o quando fossero sopraggiunte o risultate circostanze che avrebbero impedito il rilascio della licenza medesima.

Oltre alla licenza di caccia, vanno ricordati i provvedimenti autorizzatori

⁴ Al riguardo, può essere utile il riferimento alla teoria dei *commons*, così come ricordato da E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 227 ss.

⁵ Per questa tesi, sia consentito il rinvio, tra gli altri, a F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, cit., 108 ss.

⁶ Quanto invece alle strutture organizzative deputate all'esercizio di siffatte funzioni, cfr. G. MANFREDI, *L'organizzazione amministrativa della caccia*, in M. OLIVI (a cura di), *La caccia sostenibile. Profili biologici, etici e giuridici*, Milano, 2020, 105 ss.

⁷ V. ancora G. MANFREDI, *L'organizzazione amministrativa della caccia*, cit., 105 ss.

⁸ In proposito, cfr. E. EULA, A. ARIENZO, voce «Caccia», in *Nss. Dig. It.*, II, Torino, 1958, 644 ss.

e concessori del ministero dell'Agricoltura, come l'autorizzazione alla caccia e all'uccellazione di alcune specie animali nel periodo di divieto, nonché la concessione di bandite o riserve, anche e soprattutto al fine di favorire il ripopolamento e la protezione della selvaggina⁹.

In merito alle regole temporali sull'attività venatoria, inoltre, non si può sottovalutare l'importanza della programmazione statale dei periodi di caccia attraverso la determinazione dei calendari venatori, con i quali venivano fissati i termini di apertura e di chiusura della caccia e dell'uccellazione.

Rilevanti, infine, erano i poteri di vigilanza e sanzionatori, confermati in larga parte anche dalla legislazione vigente. I primi erano affidati a un'ampia cerchia di agenti preposti (agenti di polizia giudiziaria, guardie giurate, guardie private riconosciute, e così via). I secondi consistevano di regola in sanzioni pecuniarie, salva l'applicazione del diritto penale per talune fattispecie più gravi.

3. (...segue). *Il progressivo trasferimento delle funzioni alle Regioni: dalle leggi degli anni '70 sino alla riforma costituzionale del 2001*

L'attuazione dell'ordinamento regionale segna un momento cruciale per l'allocazione decentrata delle funzioni amministrative in materia di caccia¹⁰.

Lo Stato, infatti, ha attuato un trasferimento imponente di funzioni amministrative alle Regioni, dapprima, in modo generico, con il d.P.R. 15 gennaio 1972, n. 11¹¹ e, successivamente, con il d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616¹².

Si è trattato in particolare delle funzioni amministrative che concernono: l'esercizio della caccia, la protezione faunistica (ivi compresa la disciplina delle aziende di produzione); le bandite, le riserve di caccia e di ripopolamento; il rilascio della licenza di caccia, ferma restando la competenza degli organi statali per il rilascio della licenza di porto d'armi; la polizia venatoria e di difesa del patrimonio zootecnico.

Sono state altresì trasferite alle Regioni le funzioni di disciplina dell'attività e dell'organizzazione dei cacciatori, la tenuta dei registri dei titolari della licenza di caccia, la loro educazione e preparazione tecnica, l'organizzazione di gare, mostre, esposizioni, concorsi e altre manifestazioni pubbliche. Alle regioni spettava, infine, di promuovere il potenziamento della produzione di selvaggina, la

⁹ Su cui, cfr. E. EULA, A. ARIENZO, voce «Caccia», cit., 652-655.

¹⁰ Secondo A. CLARIZIA, voce *Caccia*, cit., 925, «(l)a caccia, anche sotto il profilo sociale, risulta infatti strettamente collegata all'evoluzione storica del regionalismo italiano. Sempre emerse l'idea che i problemi della caccia fossero diversi da regione a regione, con la conseguente necessità di una diversificazione degli interventi pubblici e di un decentramento amministrativo, al fine di soddisfare meglio gli interessi specificamente locali (...).»

¹¹ Cfr. art. 1, comma 1, d.P.R. 15 gennaio 1972, n. 11.

¹² Cfr. art. 99, d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616.

ricerca e la sperimentazione in materia di caccia, l'incremento del patrimonio faunistico e la repressione della caccia di frodo.

Dopo aver fissato alcuni principi generali (tra cui l'inclusione della fauna selvatica nel patrimonio indisponibile dello Stato) e definito con maggiore precisione l'oggetto e la tipologia di tali funzioni amministrative¹³, la successiva legge-quadro sulla caccia n. 968 del 27 dicembre 1977, in coerenza con il nuovo riparto di competenze in favore delle Regioni, ha disposto l'abrogazione di ogni disposizione legislativa e regolamentare (ivi comprese quelle contenute nel r.d. 5 giugno 1939, n. 1016) incompatibile con le emanande leggi regionali in materia di caccia.

Ebbene, le Regioni hanno esercitato la potestà legislativa in materia riservandosi tendenzialmente le funzioni relative alla programmazione e alla conformazione dell'attività venatoria soprattutto mediante lo strumento dei piani venatori regionali. Le funzioni di amministrazione attiva, salvo alcune eccezioni, sono state invece frequentemente delegate alle Province o, in altri casi, alle Comunità montane e ai Comprensori¹⁴.

La legge 11 febbraio 1992, n. 157 e ss.mm. («Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio»), tuttora in vigore, ha confermato l'assetto di competenze sopra descritto, rafforzando in particolare le funzioni di programmazione, articolate sui livelli regionale e provinciale¹⁵.

Ai sensi dell'art. 9, l. 157/1992, in particolare, «(l)e regioni esercitano le funzioni amministrative di programmazione e di coordinamento ai fini della pianificazione faunistico-venatoria di cui all'art. 10 e svolgono i compiti di orientamento, di controllo e sostitutivi previsti dalla presente legge e dagli statuti regionali. Alle province spettano le funzioni amministrative in materia di caccia e di protezione della fauna secondo quanto previsto dalla legge 8 giugno 1990, n. 142, che esercitano nel rispetto della presente legge. Le regioni a statuto speciale e le Province autonome, invece, esercitano le funzioni amministrative in materia di caccia in base alle competenze esclusive nei limiti stabiliti dai rispettivi statuti».

A ulteriore consolidamento del decentramento delle funzioni amministrative in materia di caccia, in attuazione della l. 15 marzo 1997, n. 59, il d.lgs. 4 giugno 1997, n. 143, ha stabilito che tutte le funzioni e i compiti in materia di caccia, prima svolti dallo Stato, sono esercitati dalle Regioni, direttamente o mediante delega o attribuzione¹⁶.

D'altra parte, il trasferimento delle funzioni amministrative ai livelli di governo territoriale più prossimi ai cittadini ha trovato un definitivo ancoraggio costituzionale pochi anni più tardi, a seguito dell'entrata in vigore della riforma

¹³ Con la legge in esame (v. art. 4) sono stati in particolare attribuiti alle Regioni rilevanti poteri di pianificazione per gli interventi nel settore della caccia.

¹⁴ V. G. DI GASPARÈ, voce «Caccia», in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 11.

¹⁵ C. LACAVA, *Caccia e pesca*, in S. CASSESE (diretto da), *Dir. dir. pubbl.*, II, 2006, 762.

¹⁶ Come correttamente osservato (v. G. MANFREDI, *L'organizzazione amministrativa della caccia*, cit., 105 ss.), restano pur sempre in capo allo Stato taluni «compiti di rilievo nazionale per la tutela dell'ambiente», ai sensi dell'art. 69, d.lgs. 112/1998.

costituzionale del 2001, nell'art. 118, comma 1, Cost., a mente del quale le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza»¹⁷.

4. *Il neocentralismo regionale nell'attuale allocazione delle funzioni amministrative in materia di caccia*

Fino ai recenti interventi legislativi che, a Costituzione invariata, hanno profondamente riformato gli enti territoriali intermedi, l'allocazione delle funzioni amministrative in materia di caccia non ha subito significativi mutamenti rispetto al tradizionale riparto tra il livello regionale e quello provinciale.

Senonché, con la l. 56/2014 il legislatore statale ha operato un riordino del sistema delle autonomie locali, a esito del quale lo spettro funzionale degli enti provinciali ne è risultato fortemente ridimensionato. In questo nuovo assetto ordinamentale, le funzioni amministrative in tema di caccia prima delegate alle Province sono in larga parte “risalite” verso le Regioni, a cui oggi spettano in definitiva le principali competenze amministrative in materia.

Il neocentralismo “amministrativo” regionale è reso ancora più evidente dal fatto che la giurisprudenza costituzionale successiva al 2001, pur riconoscendo formalmente alle Regioni la potestà legislativa residuale nella materia in esame, ne ha di fatto sensibilmente ridotto il margine di azione; ciò in ragione della trasversalità e onnicomprensività della differente materia – di competenza legislativa esclusiva statale – della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, nel cui ambito sono attratte le pervasive misure di protezione della fauna selvatica, contenute in gran parte nella l. 197/1992¹⁸. Come è stato condivisibilmente osservato¹⁹, «

¹⁷ Cfr. G. MANFREDI, *L'organizzazione amministrativa della caccia*, cit., 105 ss.

¹⁸ Sull'evoluzione del riparto di competenze legislative in materia di caccia tra Stato e Regioni e sui relativi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, v. C. DE BENETTI, *Diritto alla tutela dell'ambiente ed interesse dell'attività venatoria a Costituzione variata*, in *giustamm.it*, 9, 2015, 2 ss.; v. altresì M. CECCHETTI, *Tutela della fauna selvatica e attività venatoria. Aspetti giuridici rilevanti e controversi nel riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Quaderni dei Georgofili*, IV, 2013, 47 ss. A seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, la giurisprudenza costituzionale ha ricondotto la materia «caccia» alla competenza residuale regionale. Risulta tuttavia necessario, in base all'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., che la legislazione regionale rispetti la normativa statale adottata in tema di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ove essa esprima regole minime uniformi: da ciò peraltro consegue – da ultimo secondo Corte cost. 17 gennaio 2019, n. 7 – che, «se da un lato i precisi livelli di protezione fissati dalla legge n. 157 del 1992 a salvaguardia dell'ambiente e dell'ecosistema “non sono derogabili *in peius* dalla legislazione regionale (da ultimo, sentenze n. 139 e n. 74 del 2017)”, dall'altro quest'ultima ben può, invece, intervenire su tale disciplina “innalzando il livello della tutela” (sentenza n. 174 del 2017) nell'esercizio delle proprie competenze» (sentenza n. 139 del 2017).

¹⁹ M. CECCHETTI, *Tutela della fauna selvatica e attività venatoria. Aspetti giuridici rilevanti e controversi nel riparto di competenze tra Stato e Regioni*, cit., 53.

(i)l fenomeno che si ricava in modo evidente dall'analisi della evoluzione giurisprudenziale in materia, in buona sostanza, è quello di una progressiva "de-politicizzazione" delle competenze regionali in tema di attività venatoria, alla quale corrisponde una loro sempre più marcata "amministrativizzazione" vincolata ai sempre più stringenti parametri di legalità stabiliti dal legislatore nazionale».

Le leggi regionali sull'attività venatoria riprendono in larga misura il riparto funzionale definito a livello statale, confermando la rilevanza dei poteri di programmazione e pianificazione regionali.

Il piano faunistico-venatorio costituisce il principale strumento di programmazione del territorio agro-silvo-pastorale di ogni Regione. Esso è finalizzato, per quanto attiene alle specie carnivore, alla conservazione delle effettive capacità riproduttive e al contenimento naturale di altre specie e, per quanto riguarda le altre specie, al conseguimento della densità ottimale e alla sua conservazione mediante la riqualificazione delle risorse ambientali e la regolamentazione del prelievo venatorio²⁰.

Il territorio agro-silvo-pastorale regionale, di regola, è destinato per una quota dal 20 al 30 per cento a protezione della fauna selvatica, fatta eccezione per il territorio delle Alpi di ciascuna regione, che costituisce zona faunistica a sé stante ed è destinato a protezione nella percentuale dal 10 al 20 per cento. Esso può essere altresì destinato nella percentuale massima globale del 15 per cento a caccia riservata a gestione privata ai sensi dell'art. 16, comma 1, l. 157/1992, e a centri privati di riproduzione della fauna selvatica allo stato naturale²¹.

Sulla restante parte le Regioni promuovono forme di gestione programmata della caccia²², ripartendo a tal fine il territorio in ambiti territoriali di caccia ("Atc"), di dimensioni subprovinciali, possibilmente omogenei e delimitati da confini naturali²³. Gli Atc, attraverso i rispettivi organismi di gestione (a cui

²⁰ Art. 10, commi 1 e 2, l. 157/1992. Con riguardo alle popolazioni di tutte le specie di uccelli di cui all'art. 1 della direttiva n. 2009/147/CE del 30 novembre 2009, cfr. art. 1, comma 1-bis, l. 157/1992, che affida allo Stato, alle Regioni e alle Province autonome il compito di adottare le «misure necessarie» per mantenere o adeguare le popolazioni delle suddette specie di uccelli a un livello corrispondente alle esigenze ecologiche, scientifiche, turistiche e culturali, «tenendo conto delle esigenze economiche e ricreative e facendo in modo che le misure adottate non provochino un deterioramento dello stato di conservazione degli uccelli e dei loro habitat, fatte salve le finalità di cui all'articolo 9, paragrafo 1, lettera a), primo e secondo trattino, della stessa direttiva». Inoltre, le Regioni e le Province autonome, in attuazione delle direttive nn. 79/409/CEE, 85/411/CEE e 91/244/CEE, provvedono a istituire lungo le rotte di migrazione dell'avifauna, segnalate dall'Istituto nazionale per la fauna selvatica, zone di protezione finalizzate al mantenimento e alla sistemazione, conforme alle esigenze ecologiche, degli habitat interni a tali zone e ad esse limitrofi; provvedono al ripristino dei biotopi distrutti e alla creazione di biotopi; adottano le misure di conservazione di cui agli articoli 4 e 6 del dPR 8 settembre 1997, n. 357, per quanto possibile, anche per gli habitat esterni alle zone di protezione speciale (art. 1, commi 5 e 5-bis, l. 157/1992).

²¹ Art. 10, commi 3 e 5, l. 157/1992.

²² V. art. 14, l. 157/1992.

²³ Sugli ambiti territoriali di caccia, v. G. MANFREDI, *L'organizzazione amministrativa della caccia*, cit.,

partecipano anche i cacciatori secondo le forme stabilite con legge regionale), promuovono e organizzano le attività di ricognizione delle risorse ambientali e della consistenza faunistica, programmano gli interventi per il miglioramento degli habitat, provvedono all'attribuzione di incentivi economici ai conduttori dei fondi rustici secondo quanto previsto dalla legge²⁴.

Secondo la giurisprudenza, gli Atc sono «strutture associative di diritto privato» che «perseguono finalità di interesse pubblico» e dunque inverano, in materia di caccia, «la previsione dell'art. 1, comma 1-ter, della legge 7 agosto 1990, n. 241 che estende l'ambito di applicazione dei principi generali dell'attività amministrativa ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative», essendo a questi fini «irrilevante la natura privata dell'A.T.C. (...) essendo piuttosto rilevante che nella gestione faunistico-venatoria sia deputato a svolgere funzioni pubbliche mediante poteri autoritativi»²⁵.

Ai fini della pianificazione generale del territorio agro-silvo-pastorale, la normativa statale attribuisce, invero, alle Province il compito di predisporre i piani faunistico-venatori (articolati per comprensori omogenei)²⁶, i piani di miglioramento ambientale tesi a favorire la riproduzione naturale di fauna selvatica, i piani di immissione di fauna selvatica anche tramite la cattura di selvatici presenti in soprannumero nei parchi nazionali e regionali e in altri ambiti faunistici, salvo accertamento delle compatibilità genetiche da parte degli enti competenti²⁷.

105 ss., nonché dello stesso A., cfr. *Gli ambiti territoriali di caccia tra pubblico e privato*, in *Riv. giur. amb.*, 2016, 529 ss.

²⁴ Cfr. art. 14, comma 11, l. 157/1992.

²⁵ Da ultimo, v. Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2020, n. 2829; v. in precedenza, Cons. Stato, sez. III, 5 luglio 2018, n. 4124, secondo cui «gli Ambiti Territoriali di Caccia, pur non appartenendo alle amministrazioni pubbliche tradizionalmente concepite, svolgono funzioni pubbliche di cura dell'interesse comune, sottoposte al vaglio del giudice amministrativo, mediante l'esercizio di poteri autoritativi».

²⁶ Tali piani comprendono: a) le oasi di protezione, destinate al rifugio, alla riproduzione ed alla sosta della fauna selvatica; b) le zone di ripopolamento e cattura, destinate alla riproduzione della fauna selvatica allo stato naturale ed alla cattura della stessa per l'immissione sul territorio in tempi e condizioni utili all'ambientamento fino alla ricostituzione e alla stabilizzazione della densità faunistica ottimale per il territorio; c) i centri pubblici di riproduzione della fauna selvatica allo stato naturale, ai fini di ricostituzione delle popolazioni autoctone; d) i centri privati di riproduzione di fauna selvatica allo stato naturale, organizzati in forma di azienda agricola singola, consortile o cooperativa, ove è vietato l'esercizio dell'attività venatoria ed è consentito il prelievo di animali allevati appartenenti a specie cacciabili da parte del titolare dell'impresa agricola, di dipendenti della stessa e di persone nominativamente indicate; e) le zone e i periodi per l'addestramento, l'allenamento e le gare di cani anche su fauna selvatica naturale o con l'abbattimento di fauna di allevamento appartenente a specie cacciabili, la cui gestione può essere affidata ad associazioni venatorie e cinofile ovvero ad imprenditori agricoli singoli o associati; f) i criteri per la determinazione del risarcimento in favore dei conduttori dei fondi rustici per i danni arrecati dalla fauna selvatica alle produzioni agricole e alle opere approntate su fondi vincolati per gli scopi di cui alle lettere a), b) e c); g) i criteri per la corresponsione degli incentivi in favore dei proprietari o conduttori dei fondi rustici, singoli o associati, che si impegnino alla tutela ed al ripristino degli habitat naturali e all'incremento della fauna selvatica nelle zone di cui alle lettere a) e b); h) l'identificazione delle zone in cui sono collocabili gli appostamenti fissi» (art. 10, comma 8, l. 157/1992).

²⁷ Art. 10, comma 7, l. 157/1992.

Tuttavia, come anticipato, a fronte del mutato contesto normativo che ha interessato gli enti intermedi, le predette funzioni pianificatorie sono esercitate, salvo eccezioni²⁸, dalle Regioni, secondo criteri di omogeneità e congruenza stabiliti a livello statale²⁹. Inoltre, il piano faunistico-venatorio regionale determina i criteri per l'individuazione dei territori da destinare alla costituzione di aziende faunistico-venatorie, di aziende agri-turistico-venatorie e di centri privati di riproduzione della fauna selvatica allo stato naturale.

Alle Regioni non spetta soltanto lo svolgimento di funzioni di indirizzo, programmazione e coordinamento.

Sebbene l'esercizio dell'attività venatoria sia subordinato al rilascio di una «concessione» statale, non pare revocabile in dubbio la sua natura autorizzatoria. La cd. «licenza di caccia» si ottiene previo accertamento dei requisiti previsti dalla legge a seguito di esami pubblici espletati secondo modalità stabilite dalle Regioni³⁰. Ai fini dell'esercizio dell'attività venatoria, risulta altresì necessario il possesso di un apposito tesserino rilasciato dalla Regione di residenza, ove sono indicate le specifiche norme inerenti il calendario regionale, la forma di caccia prescelta in esclusiva, l'ambito territoriale assegnato, nonché i capi di selvaggina stanziale e migratoria abbattuti.

Le Regioni, inoltre, su richiesta degli interessati e sentito l'Istituto nazionale per la fauna selvatica (oggi Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale: «Ispra»), entro i limiti del 15 per cento del proprio territorio agro-silvo-pastorale, possono autorizzare l'istituzione di aziende faunistico-venatorie (per prevalenti finalità naturalistiche e faunistiche con particolare riferimento alla tipica fauna alpina e appenninica, alla grossa fauna europea e a quella acquatica) e di aziende agri-turistico-venatorie, ai fini di impresa agricola (nelle quali sono consentiti l'immissione e l'abbattimento per tutta la stagione venatoria di fauna selvatica di allevamento)³¹; ancora, le Regioni possono autorizzare l'allevamento di fauna selvatica a scopo alimentare, di ripopolamento, ornamentale e amatoriale³².

Alle Regioni, inoltre, è affidata la pubblicazione del calendario regionale e

²⁸ V., ad esempio, art. 2, l.r. Lombardia n. 26/1993 e ss.mm., che demanda alla provincia di Sondrio l'esercizio, per il relativo territorio, delle funzioni amministrative in materia faunistico-venatoria.

²⁹ Art. 10, comma 10, l. 157/1992.

³⁰ Ai sensi dell'art. 12, commi 8 e 12, l. 157/1992, in particolare, l'attività venatoria può essere esercitata da chi abbia compiuto il diciottesimo anno di età e sia munito della licenza di porto di fucile per uso di caccia, di polizza assicurativa per la responsabilità civile verso terzi derivante dall'uso delle armi o degli arnesi utili all'attività venatoria, con massimale di euro 516.456,90 per ogni sinistro, di cui euro 387.342,67 per ogni persona danneggiata ed euro 129.114,22 per danni ad animali ed a cose, nonché di polizza assicurativa per infortuni correlata all'esercizio dell'attività venatoria, con massimale di euro 51.645,69 per morte o invalidità permanente.

³¹ Art. 16, l. 157/1992.

³² Art. 17, l. 157/1992.

del regolamento relativi all'intera annata venatoria, nel rispetto di quanto previsto dalla legge statale in ordine alle specie cacciabili e ai periodi di caccia, e con l'indicazione del numero massimo di capi da abbattere in ciascuna giornata di attività venatoria. Previo parere dell'Ispra, esse hanno peraltro la facoltà di autorizzare la modifica dei periodi di attività venatoria per determinate specie in relazione alle situazioni ambientali delle diverse realtà territoriali³³.

Le Regioni possono, poi, fissare limiti o divieti generali³⁴, nonché esercitare compiti di controllo e sanzionatori.

Ad esempio, può essere vietata o ridotta per periodi prestabiliti la caccia a determinate specie di fauna selvatica, per importanti e motivate ragioni connesse alla consistenza faunistica o per sopravvenute particolari condizioni ambientali, stagionali o climatiche o per malattie o altre calamità³⁵. Le Regioni provvedono altresì al controllo delle specie di fauna selvatica, per la migliore gestione del patrimonio zootecnico, per la tutela del suolo, per motivi sanitari, per la selezione biologica, per la tutela del patrimonio storico-artistico, per la tutela delle produzioni zoo-agro-forestali ed ittiche³⁶.

Le Regioni disciplinano altresì l'esercizio delle deroghe previste dall'art. 9 della direttiva 2009/147/CE del 30 novembre 2009, concernente la conservazione degli uccelli selvatici. Si tratta in particolare delle deroghe alle misure di protezione – stabilite agli artt. 5-8 della predetta direttiva – di tutte le specie di uccelli selvatici che popolano il territorio dell'Unione europea e che le Regioni possono disporre, con atto amministrativo, in via eccezionale e per periodi limitati³⁷.

Più precisamente, le “deroghe” devono essere giustificate da un'analisi puntuale dei presupposti e delle condizioni e devono menzionare la valutazione sull'assenza di altre soluzioni soddisfacenti, le specie che ne formano oggetto, i mezzi, gli impianti e i metodi di prelievo autorizzati, le condizioni di rischio, le circostanze di tempo e di luogo del prelievo, il numero dei capi giornalmente e complessivamente prelevabili nel periodo, i controlli e le particolari forme di vigilanza cui il prelievo è soggetto e gli organi incaricati della stessa³⁸.

Poteri di vigilanza in senso stretto sull'applicazione della normativa statale e regionale in materia di caccia, nonché specifici poteri sanzionatori, sono affidati al personale addetto alla vigilanza venatoria, tra cui: gli agenti dipendenti degli enti locali delegati dalle regioni (cui è riconosciuta la qualifica di agenti di polizia giudiziaria e di pubblica sicurezza); le guardie volontarie delle associazioni vena-

³³ Art. 18, l. 157/1992.

³⁴ Invero, la legge statale già stabilisce una serie estesa e dettagliata di divieti all'art. 21, l. 157/1992.

³⁵ Art. 19, comma 1, l. 157/1992.

³⁶ Art. 19, comma 2, l. 157/1992.

³⁷ In ordine a questo specifico tema e alle problematiche di legittimità costituzionale poste da talune leggi regionali in materia, v., da ultimo, P. BRAMBILLA, *Caccia in deroga allo storno e deregulation regionale: dalle leggi provvedimento alle leggi “con” provvedimento (tutte illegittime)*, in *Riv. giur. Ambiente*, 1, 2018, 103 ss.

³⁸ Art. 19-bis, l. 157/1992.

torie, agricole e di protezione ambientale; quelle appartenenti al Corpo forestale dello Stato; le guardie addette a parchi nazionali e regionali, e così via³⁹.

Nell'esercizio delle proprie funzioni amministrative, le Regioni trasmettono annualmente al ministro dell'Agricoltura (oggi ministro delle Politiche agricole, alimentari e forestali) un rapporto informativo nel quale, sulla base di dettagliate relazioni fornite dalle Province, è riportato lo stato dei servizi preposti alla vigilanza, il numero degli accertamenti effettuati in relazione alle singole fattispecie di illecito e un prospetto riepilogativo delle sanzioni amministrative e delle misure accessorie applicate⁴⁰.

5. *L'esercizio delle funzioni amministrative regionali in tema di caccia alla prova del giudice amministrativo: il caso dei calendari venatori*

Come già ricordato sopra, le Regioni predispongono e pubblicano il calendario regionale e il regolamento relativi all'intera annata venatoria, nel rispetto di quanto stabilito al riguardo dalla l. 157/1992.

Siccome la regolamentazione della stagione di caccia costituisce «il nucleo fondamentale della disciplina sostanziale dell'attività venatoria»⁴¹, questa specifica funzione amministrativa regionale pare, più di altre, meritevole di una più approfondita analisi, pur nell'economia del presente lavoro.

I calendari venatori, in quanto strumenti volti essenzialmente alla protezione della fauna selvatica, sono stati attratti dalla giurisprudenza costituzionale più recente nella materia della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, per ciò che riguarda – ad esempio – la durata necessariamente annuale dei medesimi⁴², nonché le modalità di approvazione nella forma dell'atto amministrativo⁴³.

Invero, la natura amministrativa degli atti regionali contenenti la disciplina della stagione venatoria e il relativo calendario è stata riconosciuta soltanto a partire dal 2012, quando la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima una legge-provvedimento regionale nella parte in cui ha approvato – con la forma, appunto, di atto legislativo – il calendario venatorio annuale⁴⁴.

³⁹ Art. 27, l. 157/1992.

⁴⁰ Art. 33, l. 157/1992.

⁴¹ Così M. CECCHETTI, *Tutela della fauna selvatica e attività venatoria. Aspetti giuridici rilevanti e controversi nel riparto di competenze tra Stato e Regioni*, cit., 60.

⁴² Cfr. *ex multis* Corte cost., 18 luglio 2014, n. 209, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 1, comma 19, lett. a), l.r. Campania 4 agosto 2011 n. 14. In particolare, la disposizione censurata, che disponeva la validità triennale del calendario venatorio regionale, viola l'art. 18, comma 4, l. 157/1992, adottato nell'ambito della competenza esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente, che esige che il calendario venatorio sia pubblicato entro il 15 giugno di ogni anno, vale a dire con cadenza annuale, coerentemente con la ricorrenza delle stagioni di caccia e con la possibilità di adeguamento dello stesso con il mutare delle situazioni ambientali locali.

⁴³ M. CECCHETTI, *Tutela della fauna selvatica e attività venatoria. Aspetti giuridici rilevanti e controversi nel riparto di competenze tra Stato e Regioni*, cit., 57-58.

⁴⁴ Cfr. Corte cost. 9 febbraio 2012, n. 20

Secondo il giudice delle leggi, tali atti, «piuttosto che a comporre interessi in conflitto secondo apprezzamenti propri della discrezionalità legislativa, tendono a tradurre in regole dell'agire concreto, e per il caso di specie, un complesso di valutazioni, basate su elementi di carattere squisitamente tecnico-scientifico: ciò, al fine di introdurre, in relazione alle situazioni ambientali delle diverse realtà territoriali (art. 18, comma 2, della legge n. 157 del 1992), un elemento circoscritto di flessibilità all'interno dell'altrimenti rigido quadro normativo nazionale. L'intervento regionale viene infatti consentito espressamente dalla legge dello Stato proprio allo scopo di modulare l'impatto delle previsioni generali recate dalla normativa statale, in tema di calendario venatorio e specie cacciabili, sulle specifiche condizioni dell'habitat locale, alla cui verifica ben si presta un'amministrazione radicata sul territorio»⁴⁵.

L'esigenza di flessibilità avvertita dalla Corte costituzionale risulta quindi maggiormente assicurata dall'esercizio di funzioni amministrative, idonee a un più rapido adeguamento del quadro regolatorio al mutamento delle circostanze fattuali e comunque sottoposte al controllo – altrimenti assente – dell'autorità giurisdizionale ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost.⁴⁶.

Il sindacato del giudice amministrativo risulta certamente più rapido ed efficace di quello del giudice costituzionale, anche e soprattutto per la «datitudine dei poteri cautelari di cui esso dispone» e per la possibilità di avvalersi di strumenti atipici di tutela – come le ordinanze cautelari di *remand* – in grado di consentire la riapertura del procedimento e di “restituire” all'amministrazione il potere decisionale «secondo i criteri che di volta in volta vengono somministrati, affinché (...) si realizzi celermente una determinazione del calendario della caccia, compatibile con i tempi imposti dall'incalzare delle stagioni, e avente natura definitiva»⁴⁷.

L'esame della giurisprudenza amministrativa in ordine ai limiti che incontra la regolamentazione regionale della stagione venatoria restituisce un quadro di particolare “attivismo” delle Corti⁴⁸, a presidio dell'esigenza – considerata generalmente preminente rispetto alla libertà di esercizio dell'attività venatoria – di realizzare gli obiettivi nazionali ed eurounitari di protezione della fauna selvatica⁴⁹.

⁴⁵ Cfr. Corte cost. 20/2012, par. 5.1.

⁴⁶ La medesima pratica delle leggi-provvedimento regionali – parimenti censurata dalla Corte costituzionale (v. *ex multis* sent. n. 250/2008) – era stata posta in sede di esercizio dei poteri di deroga *ex art. 19-bis*, l. 157/1992, su cui v. il par. precedente.

⁴⁷ Cfr. Corte cost. 20/2012, par. 5.2.

⁴⁸ Il contenzioso è comunque notevole anche in altri settori: numerose sono, ad esempio, le decisioni in merito al rilascio della licenza di porto d'armi a uso caccia: *ex multis*, v. Trga, Trento, sez. I, 16 ottobre 2018, n. 215. Per ciò che concerne la rappresentanza negli organismi di gestione degli Ambiti territoriali di caccia, v. Tar Piemonte, sez. II, 29 novembre 2017, n. 1290.

⁴⁹ Le prescrizioni regionali oggetto di frequente censura sono quelle dirette a modificare l'ordinaria

Ciò risulta particolarmente evidente in sede cautelare in cui, pur nella varietà dei casi concreti, prevalgono, nel bilanciamento degli interessi contrapposti e in virtù del principio di precauzione, le esigenze di tutela degli interessi ambientali e della vita della fauna protetta sia rispetto alla pretesa di esercitare la caccia, sia rispetto all'interesse dei cacciatori⁵⁰.

Un controllo preventivo in ordine alla compatibilità tra le previsioni del calendario venatorio e le esigenze di tutela della fauna selvatica, invero, è già esercitato dall'Ispra, che opera quale organo di consulenza tecnico-scientifica della Regione⁵¹.

Il parere dell'Ispra costituisce atto obbligatorio non vincolante, sicché la Regione può discostarsi dalle indicazioni ricevute purché fornisca congrua e adeguata motivazione delle difformi scelte operate⁵². Trattasi, tuttavia, di un obbligo motivazionale "rinforzato", in quanto le eventuali scelte tecniche difformi della Regione devono essere fondate su un'affidabile attività di monitoraggio del territorio regionale e supportate da dati tecnici elaborati con sufficiente rigore scientifico⁵³.

La "tenuta" dei calendari venatori regionali si misura soprattutto attraverso il rispetto dei restrittivi parametri legislativi nazionali e sovranazionali, delle indicazioni (pur non formalmente vincolanti) dell'Ispra, nonché dei principi generali che governano la materia ambientale, tra cui in particolare il principio di precauzione⁵⁴.

scansione temporale della stagione venatoria annuale: v., da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 23 dicembre 2019, n. 8669, che ha statuito che la modifica del termine finale del calendario venatorio *ex art. 18*, comma 2, l. 157/1992, a "compensazione" della disposta apertura anticipata, deve essere correttamente riferita all'intero periodo compreso tra l'inizio dell'apertura anticipata e l'inizio ordinario della stagione venatoria previsto dalla legge, e non all'effettivo numero di giornate di caccia in esso compreso. Pertanto, «una scelta, come quella compiuta dalla Regione in sede di predisposizione ed approvazione del Calendario Venatorio, che pretenda di sottrarre al complessivo periodo di caccia sole due giornate a fronte di un'apertura anticipata di ben tre settimane, si presenta come elusiva del dettato normativo e palesemente riduttiva della protezione della fauna selvatica, con conseguente contrasto con la normativa statale e costituzionale poc'anzi citata».

⁵⁰ Cfr. *ex multis* Tar Abruzzo, L'Aquila, ord. 11 ottobre 2018, n. 222. Cfr. altresì Tar Toscana, sez. II, ord. 5 novembre 2019, n. 645; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, ord. 25 ottobre 2019, n. 1412; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, ord. 13 settembre 2019, n. 337.

⁵¹ Infatti, ai sensi dell'art. 18, comma 4, l. 157/1992, le Regioni pubblicano il calendario regionale e il regolamento relativi all'intera annata venatoria «sentito l'Istituto nazionale per la fauna selvatica» (oggi Ispra).

⁵² Cfr. *ex multis* Tar Piemonte, sez. II, 20 novembre 2017, n. 1235; Tar Umbria, sez. I, 1° giugno 2015, n. 229; Tar Liguria, sez. II, 16 maggio 2014, n. 772.

⁵³ Cons. Stato, sez. III, 22 giugno 2018, n. 3852; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 16 novembre 2019, n. 2647; Tar Sardegna, sez. I, 30 gennaio 2019 n. 65. La motivazione della scelta difforme può dunque essere censurata quando appaia incongrua e/o inadeguata sotto questo specifico profilo: *ex multis*, v. di recente Cons. Stato, sez. III, ord. 18 ottobre 2019, n. 5249. In dottrina, v. M. OLIVI, *Amministrazione della fauna selvatica e potere decisionale della regione. Un colosso dai piedi di argilla*, in *AmbienteDiritto.it*, 2018.

⁵⁴ Al riguardo, in generale, cfr. *ex multis* F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione*

Lo “spazio di manovra” regionale appare pertanto risicato e le scelte amministrative determinative della stagione di caccia sono fatte oggetto di uno scrutinio piuttosto rigoroso da parte degli organi amministrativi e giurisdizionali preposti, attenti ad assicurare che la facoltà di prelievo di uno o più animali selvatici (il «valore d’uso» della risorsa) sia compatibile con le esigenze di tutela della fauna come parte dell’ecosistema (ossia con il suo «valore di esistenza»)⁵⁵.

6. Osservazioni conclusive

Contrariamente alla disomogeneità e frammentarietà che caratterizza l’allocazione della generalità delle funzioni amministrative ambientali⁵⁶, quelle in materia di caccia appaiono maggiormente in linea con i principi di responsabilità e unicità dell’amministrazione, cui devono, tra gli altri, ispirarsi i conferimenti di funzioni amministrative⁵⁷.

Come visto sopra, infatti, anche alla luce della recente riforma delle autonomie locali, le più rilevanti competenze amministrative sono attribuite alle Regioni, le quali fungono dunque da centri unitari delle principali funzioni connesse, strumentali e complementari all’esercizio dell’attività venatoria.

Vero è che il richiamato neocentralismo amministrativo regionale potrebbe comunque destare perplessità, soprattutto in ragione delle specificità territoriali che caratterizzano alcune regioni italiane e della tradizionale dimensione provinciale delle funzioni in tema di caccia⁵⁸.

Tuttavia, la spiccata rilevanza tecnica della materia e il carattere non esclusivamente locale dei problemi affrontati spingono giocoforza “verso l’alto” le funzioni amministrative, così come accade per la maggior parte delle funzioni esercitate in materia ambientale⁵⁹.

La connessione con il diritto dell’ambiente e con le funzioni amministrative esercitate in materia ambientale è evidente⁶⁰.

Pur nel riconoscimento della “caccia” quale materia oggetto di regolazione a sé stante, la giurisprudenza costituzionale è infatti concorde nel ricondurre il

di rischio, Milano, 2005, *passim*; M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell’azione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 2, 2016, 411 ss. Da ultimo sul tema, v. R. Ferrara, *Il principio di precauzione e il “diritto della scienza incerta”: tra flessibilità e sicurezza*, in *Riv. giur. urb.*, 1, 2020, 12 ss.

⁵⁵ Sul punto, v. più diffusamente il contributo di M. OLIVI, *Natura giuridica della fauna selvatica*, cit., 147 ss.

⁵⁶ Cfr. M. RENNA, *L’allocazione delle funzioni normative e amministrative*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell’ambiente*, Torino, 2017, 167 ss.

⁵⁷ Cfr. art. 4, comma 3, l. 59/1997.

⁵⁸ In questo senso, cfr. G. MANFREDI, *L’organizzazione amministrativa della caccia*, cit., 105 ss.

⁵⁹ F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto dell’ambiente. Principi, concetti e istituti*, cit., 43.

⁶⁰ In generale, sul tema v. M. RENNA, *L’allocazione delle funzioni normative e amministrative*, cit., 148 ss.

fulcro essenziale della disciplina in esame alla più ampia e trasversale materia della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema. Al riguardo, appaiono notevoli e univoche le sollecitazioni della Corte costituzionale, confermate anche dalla giurisprudenza più recente⁶¹.

Ciò ha determinato non soltanto un sensibile ridimensionamento della potestà legislativa residuale in favore di quella (esclusiva) statale, ma anche un più ridotto spazio di intervento delle Regioni sul piano amministrativo.

L'elevato grado di dettaglio della disciplina nazionale e sovranazionale, unitamente all'allocazione in capo ad organismi statali delle funzioni tecnico-scientifiche in materia di protezione della fauna selvatica (v. Ispra), ha irrigidito la discrezionalità amministrativa delle Regioni.

A ciò si aggiunga che l'analisi della giurisprudenza in tema di calendari venatori ha confermato l'approccio "precauzionale" che informa la normativa rilevante in materia, volta a tutelare primariamente la conservazione del patrimonio faunistico.

Così come le leggi regionali in materia possono unicamente derogare *in melius* la normativa statale, le decisioni amministrative regionali – specie quelle di carattere programmatico e pianificatorio – che "resistono" allo scrutinio di legittimità del giudice amministrativo sono quelle che sono innanzitutto ispirate al principio di precauzione.

Non bisogna tuttavia dimenticare che un uso responsabile delle funzioni amministrative esiga la debita considerazione anche degli interessi privati in gioco, essendo pur sempre coinvolte delle libertà. In questo senso, potrebbero ancora una volta soccorrere i principi del diritto amministrativo, quali la ragionevolezza, la proporzionalità e l'obbligo di motivazione (pur rinforzata), al fine di "controbilanciare" la (sacrosanta) considerazione prioritaria della tutela della fauna quale parte essenziale dell'ecosistema naturale.

In riferimento alla materia di nostro interesse va invece rilevato che i profili organizzativi e funzionali scelti dall'ordinamento mostrano talune peculiarità.

Diversamente da altri settori – inerenti per esempio all'ambiente (come la tutela dei parchi) – non sono stati costituiti enti monofunzionali, ma l'ordinamento si è "appoggiato" agli enti territoriali già esistenti; né si è proceduto, come sovente avviene per altri settori, alla creazione di specifiche autorità tecniche. Per supportare l'esercizio delle funzioni amministrative in materia di caccia, nel

⁶¹ In riferimento alla questione del controllo della fauna selvatica, ad esempio, Corte cost., 13 marzo 2019, n. 44, ha ribadito il proprio costante orientamento secondo il quale «è da considerare tassativo l'elenco contenuto nell'art. 19, comma 2, della legge n. 157 del 1992 con riguardo alle persone abilitate all'attività di realizzazione dei piani di abbattimento della fauna selvatica: una sua integrazione da parte della legge regionale riduce il livello minimo e uniforme di tutela dell'ambiente imposto dalla citata norma statale (oltre alla già citata sentenza n. 139 del 2017, si vedano anche, da ultimo, le sentenze n. 217 del 2018 e n. 174 del 2017)». In merito a un recente esempio di illegittima deroga regionale *in pejus* alla normativa statale, v. Corte cost. 10 aprile 2020, n. 63.

corso del tempo, alcune Regioni hanno piuttosto istituito, con proprie leggi o regolamenti, organi consultivi variamente denominati⁶² e rappresentativi anche delle istanze territoriali sub-regionali⁶³.

Sotto il profilo funzionale, come visto, lo spazio di applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, di cui all'art. 118 Cost., è stato alquanto ristretto.

Anche guardando al dibattito istituzionale in corso, reso di particolare attualità dal successo di alcune consultazioni referendarie svoltesi a livello regionale⁶⁴, un rinnovato potenziamento delle autonomie territoriali (e in particolare delle Regioni), anche nel settore di nostro interesse, potrebbe giungere dall'attuazione dell'art. 116, comma 3 Cost..

Tale disposizione stabilisce infatti che «(u)lteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119». Sul piano procedurale si afferma poi che «(l)a legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata».

L'attuazione di tale norma comporterebbe il superamento della tradizionale distinzione tra “regionalismo dell'uniformità” e “regionalismo della specialità”, vale a dire, fra le Regioni a statuto ordinario, da una parte, e le cinque Regioni c.d. “speciali” e le due Province autonome di Trento e di Bolzano, dall'altra. Si giungerebbe così a un “regionalismo della differenziazione” o “asimmetrico”⁶⁵.

Occorrerà tuttavia attendere l'attuazione concreta, soprattutto per verificare se il disegno autonomistico delle Regioni avrà per oggetto politiche settoriali (lavoro, istruzione, ambiente, etc...) oppure “materie” in senso proprio,

⁶² Ad esempio, «Commissione consultiva regionale di coordinamento delle attività venatorie e per la tutela della fauna selvatica», o «Consulta Faunistica-Venatoria Regionale», o «Consulta regionale della caccia», o «Commissione tecnico-consultiva regionale per la gestione faunistica», o «Comitato tecnico regionale faunistico-venatorio», e così via.

⁶³ Non appare infondato ritenere che la rappresentanza in tali organi delle amministrazioni locali potrebbe costituire, in qualche misura, un fattore di mitigazione di quel “neocentralismo amministrativo regionale” più volte evocato nel corso del presente lavoro.

⁶⁴ Ci si riferisce in particolare ai referendum regionali consultivi svoltisi in Lombardia e Veneto in data 22 ottobre 2017.

⁶⁵ Sul tema, la letteratura è molto vasta: *ex multis*, v. L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milano, 2000; F. PALERMO, *Il regionalismo differenziato*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La repubblica delle autonomie*, II, Torino, 2003, 55 ss.; D. DOMINICI, G. FALZEA, G. MOSCHELLA (a cura di), *Il regionalismo differenziato. Il caso italiano e spagnolo*, Milano, 2004; v. anche il numero monografico dal titolo “*Il regionalismo differenziato. Studi e ricerche*” di *Istituzioni del federalismo*, 1, 2008. Con riferimento alla materia dell'ambiente, v. R. FERRARA, *La differenziazione possibile nella materia ambiente*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 1, 2019.

nonché per misurare l'incidenza che siffatto disegno potrà avere sul riparto delle competenze anche amministrative.

Difatti, anche se la disposizione costituzionale in analisi non fa alcuna menzione espressa di “funzioni amministrative”, essa potrebbe certamente intercettare il tema oggetto del presente lavoro se soltanto si pone mente al fatto che ulteriori competenze (tra cui quelle in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema) potranno “agganciarsi” a quelle regionali esistenti, con conseguenze anche sulla distribuzione sub-regionale delle funzioni amministrative⁶⁶. Al momento non è dato però comprendere quale sarà l'assetto futuro del regionalismo differenziato, dipendendo anche da fattori politici non prevedibili⁶⁷.

⁶⁶ Cfr. la bozza di legge quadro contenente i principi per l'attribuzione alle Regioni di forme e condizioni particolari di autonomia (art. 1) e le modalità di definizione dei LEP e degli obiettivi di servizio (art. 2), il cui testo è disponibile su <https://www.roars.it/online/la-autonomia-differenziata-secondo-boccia-ecco-la-bozza-di-legge-quadro/>. A livello regionale, v. la delibera del Consiglio regionale del Veneto, n. 98 del 18 dicembre 2007, nonché, più di recente, la proposta della Regione Veneto di Intesa con il Governo per l'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost., risalente al settembre 2019, il cui testo è disponibile su https://www.roars.it/online/wp-content/uploads/2019/09/Autonomia_Veneto.pdf. In Piemonte, v. la delibera del Consiglio regionale n. 319–38783 del 6 novembre 2018, recante «Attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione per il riconoscimento di un'autonomia differenziata della Regione Piemonte»: per un commento di tale iniziativa, v. la sez. *Approfondimenti* della Rivista *Il Piemonte delle Autonomie*, 1, 2019. In Lombardia, v. la «Risoluzione concernente l'iniziativa per l'attribuzione alla regione Lombardia di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione» approvata dal Consiglio regionale in data 7 novembre 2018. In Emilia-Romagna, v. la risoluzione n. 532121 del 3 ottobre 2017 del Consiglio regionale, recante «Avvio del procedimento finalizzato alla sottoscrizione dell'Intesa con il Governo per il conseguimento di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ai sensi dell'articolo 116, comma terzo, della Costituzione».

⁶⁷ Circa lo stato attuale di attuazione, v. il *dossier* predisposto dal Servizio Studi del Senato dal titolo *Il processo di attuazione del federalismo differenziato*, marzo 2019, il cui testo è disponibile su <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01106361.pdf>.

Abstract

The administrative functions relating to hunting

by Fabrizio Fracchia e Pasquale Pantalone

The article aims at analyzing the peculiar administrative functions relating to hunting, taking into account, on one hand, the complex distribution of these functions between State and regions and, on the other hand, their strict connection with the subject matter of the protection of both the environment and the ecosystem.

Parole chiave: funzioni amministrative, caccia, competenze regionali

Keywords: administrative functions, hunting, regions

Partecipazione e governo del territorio: l'esperienza toscana

di Clemente Pio Santacroce

SOMMARIO: 1. Le ragioni della scelta. – 2. Il principio di partecipazione nella legislazione toscana sul governo del territorio. – 3. *Segue*. Le sue declinazioni. – 4. La partecipazione civica presa sul serio (almeno sulla carta): il modello legislativo toscano nelle sue linee essenziali, tra accessibilità delle informazioni, tempestività ed inclusività dei processi e consistenza giuridica degli effetti degli apporti partecipativi. – 5. I riflessi organizzativi: il garante (regionale e “locale”) dell’informazione e della partecipazione. Profili funzionali e strutturali. – 6. «Livelli prestazionali» e «livelli partecipativi uniformi»: il regolamento e le linee guida del 2017. – 7. Orizzonti e sfide.

1. *Le ragioni della scelta*

A fronte di una legislazione statale che – pur avendo avuto più d’una occasione per muovere verso nuovi lidi¹ – è restata alla “boa” dell’istituto delle *osservazioni al piano* già previsto dalla Legge urbanistica del 1942², il materiale legislativo regionale sul tema della partecipazione nella formazione degli strumenti di pianificazione urbanistica e territoriale risulta, invece, particolarmente nutrito e variegato³.

¹ Basterebbe a tal proposito già solo ricordare, ad es., che nel disegno di legge sul procedimento amministrativo elaborato negli anni ’80 dalla “(sotto)commissione Nigro” e che avrebbe poi portato all’approvazione della legge n. 241 del 1990, trovava posto, «per l’adozione di strumenti urbanistici, di piani commerciali e di piani paesistici, la localizzazione di centrali energetiche e l’esecuzione di opere pubbliche [incidenti] in modo rilevante sull’economia e sull’assetto del territorio», il modulo procedimentale dell’«istruttoria pubblica» (cfr. titolo III, art. 7, dello schema di d.d.l. pubblicato in *Quad. reg.*, 1984, 1339 ss.). Le cose, però, sarebbero poi andate diversamente, e lo stesso Nigro avrebbe avuto occasione di stigmatizzare l’eliminazione di quell’istituto dal disegno di legge poi presentato dal Governo alle Camere, come «molto grave e priva di valide ragioni»: si v. M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell’amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 5 ss. Non è possibile in questa sede sintetizzare l’interessante vicenda. Per un suo approfondimento sia allora consentito rinviare a C.P. SANTACROCE, *La stabilità degli accordi tra pubbliche Amministrazioni*, Padova 2014, 107 ss.

² Peraltro, non senza «una certa originalità»: così R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, 229 ss. (il riferimento all’istituto delle «osservazioni collaborative» nella «legge madre in materia urbanistica» è a pag. 225). E ciò pare potersi affermare con ancora maggior forza, a seguito delle successive e non insignificanti “*aperture interpretative*” prodotte dalla ben nota circolare del Ministero dei lavori pubblici, 7 luglio 1954, n. 2495, di cui si dà conto nella più accorta manualistica: cfr., ad es., G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano 2015, 166. La disposizione sulle osservazioni al piano regolatore generale già oggetto della delibera di adozione è contenuta, come ben noto, nell’art. 9, co. 2, L.U. (l. n. 1150/1942).

³ Come dimostra una delle più recenti ed accurate indagini rinvenibili in dottrina sul tema: si v. A. SIMONATI, *La partecipazione dei privati al governo del territorio nella legislazione regionale: fra tradizione e sperimentazione, per una nuova urbanistica “reticolare”*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 267 ss.

Analizzando i diversi testi legislativi regionali vigenti (come pure quelli *in fieri*⁴) in materia di governo del territorio, si è però avuta la sensazione che l'offerta di soluzioni partecipative davvero innovative sia, spesse volte, più apparente che sostanziale.

La ragione alla base della scelta di privilegiare l'esperienza toscana quale specifico oggetto del presente contributo, risiede, allora, in un ben preciso giudizio di valore: semplicemente, cioè, si ritiene che essa – almeno sulla carta e ad oggi, in uno scenario a dire il vero nel suo complesso non entusiasmante – rappresenti, anche per le peculiarità della sua genesi⁵, uno dei tentativi legislativi regionali più avanzati sui temi della democrazia partecipativa applicata al governo del territorio, seppur non scevro – vista la complessità dei termini della questione⁶ – da limiti e talune contraddizioni ed improprietà linguistiche.

2. Il principio di partecipazione nella legislazione toscana sul governo del territorio

L'affermazione in via legislativa del principio di partecipazione alla formazione degli «atti di governo del territorio»⁷, si colloca, in Toscana, all'interno di un più ampio percorso di «*democratizzazione della democrazia*»⁸, intrapreso ormai da qualche tempo e in modo deciso dal legislatore regionale. Anzi, in un certo senso, essa ne rappresenta una biforcazione in parallelo, volta a declinare alcuni dei principi sulla democrazia partecipativa già elaborati ed accolti nell'ordinamento regionale, nel più ristretto ma cruciale contesto della pianificazione urbanistica e territoriale.

⁴ Si v., ad es., il recente d.d.l. di iniziativa governativa (regionale) in discussione nell'Assemblea legislativa della Regione Sicilia, attualmente in Commissione IV (Ambiente, territorio e mobilità) con il n. 587, presentato il 5 luglio 2019. Di esso si è ampiamente parlato anche in occasione del XXII Convegno nazionale A.I.D.U. (Associazione italiana di diritto urbanistico), svoltosi a Palermo nei giorni 27 e 28 settembre 2019, e dedicato – in modo significativo – a «*La nuova urbanistica regionale*».

⁵ Su cui si v. *infra*, § 2.

⁶ Sui quali si v., in particolare, M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1980, 225 ss., S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss., e più di recente, R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento*, cit., 210 s., ove l'A. parla di un «fascio aggrovigliato di problemi e criticità [...] [il] classico nodo di Gordio, ma per sciogliere il quale non sembra né utile né opportuno impugnare la spada quanto piuttosto avvalersi di altri attrezzi e strumenti, certo non così immediatamente risolutivi, ma forse comunque capaci di fornire alcune risposte».

⁷ È sotto questa «*etichetta*» che la l. reg. Toscana 10 novembre 2014, n. 65 (recante «*Norme per il governo del territorio*»), riunisce in un insieme unico gli strumenti della pianificazione sia «*territoriale*» che «*urbanistica*» (art. 10), e tutti quei «*piani, programmi di settore e accordi di programma*» produttivi di «*effetti territoriali*» o «*variazioni agli strumenti della pianificazione territoriale o urbanistica*» (art. 11, co. 1 e 3).

⁸ L'espressione – come ben noto – è di U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in ID. (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze 2010, 3.

Nello stesso torno di tempo, infatti, il legislatore toscano, da un lato è intervenuto con la l. reg. n. 46/2013⁹ ai fini di una *stabilizzazione migliorativa* della prima legislazione regionale “organica” sulla partecipazione popolare registrabile in Italia, in origine introdotta in via solo sperimentale (l. reg. n. 69/2007)¹⁰; dall’altro, ha colto l’occasione di una (quasi contemporanea e) più ampia revisione della disciplina sul governo del territorio, per innestare su di essa – in modo ben più convinto rispetto a quanto fatto con la l. reg. n. 1/2005¹¹ – un generale principio di *pianificazione partecipata*.

Il tema del coinvolgimento della cittadinanza (chiaramente, in senso amministrativo e dunque sostanziale) nell’elaborazione delle politiche territoriali, sembra anzi aver trovato un posto di tutto rilievo nella complessiva opera di riforma urbanistica approvata in Toscana con la l. reg. n. 65/2014, tanto da diventarne uno dei *pilastri* più significativi ed innovativi.

Che detta colonna sia nata da una “costola” (della riflessione – ad un tempo politica e scientifica – sviluppatasi in occasione e ai fini della revisione e contestuale stabilizzazione) della legislazione regionale sul dibattito pubblico e sulla promozione della partecipazione, sembrerebbe peraltro trovar conferma, nelle due leggi, anche sul piano testuale.

Se, infatti, nella l. reg. n. 46/2013, la partecipazione trova consacrazione legislativa (oltre che come «aspetto qualificante dell’ordinamento toscano» e «diritto dei cittadini»¹²) «come *forma ordinaria* di amministrazione e di governo della Regione in tutti i settori e a tutti i livelli amministrativi»¹³, nella l. reg. n. 65/2014 – con palese parallelismo – essa viene elevata a «*componente ordinaria* delle procedure di formazione dei piani»¹⁴.

Del nesso tra le due normative, peraltro, v’è precisa traccia anche negli *atti preparatori* della vigente legge sul governo del territorio¹⁵. Così come, sempre da

⁹ Recante «*Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali*», altresì nota – più semplicemente – come *legge sulla partecipazione*.

¹⁰ Trattavasi, infatti, di una legge “*a termine*”. Sul recente fiorire di una legislazione regionale sui temi della partecipazione, si v., tra gli altri, M. TROISI, *La partecipazione delle comunità territoriali nella legislazione regionale. Alcune riflessioni alla luce delle recenti leggi di Toscana, Emilia-Romagna e Puglia, in federalismi.it*, 7/2018.

¹¹ Su cui si v. il lavoro collettaneo di F. DE SANTIS (a cura di), *Il governo del territorio in Toscana alla luce del testo unico. Commento alla l. r. Toscana n. 1/2005*, Milano 2005.

¹² Così nel *preambolo* della l. reg. n. 46/2013 (*sub* punto 1 del *considerato*).

¹³ Cfr. art. 1, co. 2, lett. b), l. reg. n. 46/2013.

¹⁴ Così nel *preambolo* della l. reg. n. 65/2014 (*sub* punto 8 del *considerato*).

¹⁵ Si veda la *relazione illustrativa* allegata alla proposta di legge regionale n. 282 dell’8 ottobre 2013 (IX legislatura), di iniziativa dell’allora Assessore regionale all’urbanistica, pianificazione del territorio e paesaggio (Prof. Anna Marson), recante «*Norme per il governo del territorio*» (consultabile sul sito istituzionale del Consiglio regionale: www.consiglio.regione.toscana.it/pdl), ove viene sottolineato come l’inserimento delle attività di partecipazione nella procedura di formazione degli atti di governo del territorio fosse «in coerenza con la rinnovata legge regionale sulla partecipazione [n.] 46/2013» (pag. 3).

essi, emerge nitida la consapevolezza del legislatore toscano circa i limiti della previgente disciplina (sul fronte degli istituti partecipativi e non solo), e la necessità di un suo superamento¹⁶ attraverso l'introduzione di un rinnovato e più ampio strumentario, capace di favorire la partecipazione dei cittadini secondo criteri – ad un tempo¹⁷ – di «trasparenza e celerità», ponendo le basi per «una sorta di *filiera partecipativa*» volta al raggiungimento di un più elevato grado di conoscenza generale del territorio e della pianificazione dei suoi usi¹⁸.

Ed è allora con questo diverso retroterra (legislativo e almeno in parte esperienziale), con questo spirito e queste più ampie finalità che il legislatore regionale ha (ri)posto¹⁹, tra le «*disposizioni generali*»²⁰ della legge urbanistica toscana di ultima generazione, una previsione dal seguente tenore letterale: «I soggetti pubblici e privati nonché i cittadini singoli o associati *partecipano alla formazione* degli atti di governo del territorio secondo le disposizioni della presente legge»²¹.

3. Segue. *Le sue declinazioni*

La pluralità dei soggetti (sia pubblici che privati) evocati dalla disposizione sopra richiamata, è già di per sé sintomatica delle diverse sfaccettature dell'idea di partecipazione fatta propria dal legislatore toscano. E, come si dirà, diverse – conseguentemente – ne sono forme e modalità di manifestazione.

Nel contesto legislativo urbanistico della Toscana, la partecipazione (in parte in senso atecnico, stante il significato di norma assegnato al termine dallo studioso del diritto amministrativo) pare trovare diverse *declinazioni funzionali*.

Non v'è dubbio che, nel panorama nazionale, la l. reg. n. 65/2014 abbia segnato un passo importante verso un più deciso affermarsi di forme di demo-

¹⁶ Si v. *ibidem*, dove può leggersi: «Nonostante la legge vigente [l. reg. n. 1/2005] preveda la costruzione partecipata dello statuto dei piani, l'attivazione di processi partecipativi strutturati è stata quasi esclusivamente limitata alle iniziative finanziate dalla legge 69/2007, che peraltro quando non inserite nel procedimento di formazione del piano hanno evidenziato problemi di relazione rispetto al piano stesso. L'accesso all'informazione è inoltre in troppi casi tuttora difficoltoso». Sul punto, si v. anche il *preambolo* della l. reg. n. 65/2014, *sub* punto 6 del *considerato*, dove, con uno sguardo al passato, si sottolinea «la necessità di pervenire ad una revisione generale della normativa del governo del territorio per ciò che attiene ai principi, ai soggetti, alle procedure, alle forme di collaborazione interistituzionale e di risoluzione dei conflitti, alla tutela del paesaggio e alla qualità del territorio, ai contenuti dei piani e alla partecipazione».

¹⁷ Cosa che spesse volte, infondatamente, si ritiene non praticabile.

¹⁸ Così (*sub* punto 7 del *considerato*) nel *preambolo* della l. reg. n. 65/2014.

¹⁹ Analoga disposizione, con eguale collocazione, era già dettata, infatti, dall'art. 7, co. 5, della previgente l. reg. n. 1/2005.

²⁰ Titolo I (artt. 1-13), l. reg. n. 65/2014.

²¹ Così l'art. 8, co. 5, l. reg. n. 65/2014. In modo correlato, l'art. 36, co. 2, dispone che: «La Regione, le province, la città metropolitana e i comuni assicurano l'informazione e la partecipazione dei cittadini e di tutti i soggetti interessati alla formazione degli atti di governo del territorio di loro competenza [...]».

crazia partecipativa applicate all'urbanistica, stante la moltiplicazione e l'istituzionalizzazione, con essa, delle "occasioni" di partecipazione civica nella formazione degli atti di governo del territorio²², attraverso una loro stabile ed obbligata riconduzione nella struttura tipica ed unitaria²³ dei procedimenti di piano²⁴.

Al contempo, però, si ritiene meriti d'esser qui brevemente sottolineato – con ciò allargando solo incidentalmente il campo visuale – come il legislatore toscano abbia colto l'occasione della revisione della disciplina urbanistica regionale anche per intervenire su di un altro fronte: quello dei *conflitti interistituzionali*.

Sul punto, in verità, il legislatore regionale del 2014 non sembra aver fatto altro che confermare congegni procedurali ed organizzativi perlopiù già presenti nella previgente l. reg. n. 1/2005. Tuttavia, non v'è dubbio che questi siano stati allo stesso tempo (e almeno in parte²⁵) riordinati, affinati e rafforzati²⁶.

La partecipazione intesa in senso ampio come il "prender parte a"²⁷, trova nella legislazione urbanistica toscana un'importante declinazione anche in senso *collaborativo-interistituzionale*, che si manifesta anzitutto attraverso un coinvolgimento – a monte – di tutti i «soggetti [pubblici] del governo del territorio».

Comuni, unioni di comuni, province, Città metropolitana, Regione, enti parco (laddove presenti): tutti i livelli amministrativi sono chiamati a partecipare, in funzione collaborativa, onde riuscire a meglio indirizzare, pianificare e programmare – in una parola: *governare* – i diversi usi e le trasformazioni del territorio toscano²⁸.

Diverse sono le manifestazioni normative di una tale aspirazione legislativa verso un più ampio ed effettivo dispiegarsi del *principio di collaborazione* tra soggettività pubbliche nella pianificazione territoriale ed urbanistica. Tra quelle forse più significative, possono essere segnalate:

ì) la disposizione di cui all'art. 17, co. 1, in forza della quale può dirsi che tutti i livelli amministrativi interessati²⁹ debbano essere destinatari dell'«atto di avvio» del procedimento di piano (o programma o variante) da parte del soggetto pubblico procedente, con l'esplicita finalità di sollecitare detti livelli a fornire – in una prospettiva chiaramente collaborativa – «eventuali apporti tecnici»³⁰;

²² Ma analogo discorso potrebbe farsi anche per la partecipazione "in funzione difensiva".

²³ Cfr. art. 16, co. 1, l. reg. n. 65/2014.

²⁴ Si v. *infra*, in part. § 4.

²⁵ Si ritiene, infatti, che anche la legge regionale in esame sia affetta, in diverse sue parti, da un vizio di scarsa semplicità e ridondanza.

²⁶ Si vedano, ad es., le disposizioni della l. reg. n. 65/2014 aventi ad oggetto la *conferenza paritetica interistituzionale* (artt. 47 e 48), le modalità di suo *funzionamento* (artt. 49 e 50) e gli *effetti* delle sue pronunce (artt. 51 e 52).

²⁷ Cfr. M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, cit., 226.

²⁸ Si v., in questi termini, l'art. 2, co. 1, l. reg. n. 65/2014.

²⁹ Ovverosia, quelli poco sopra richiamati nel testo, ma anche quelli che l'amministrazione procedente ritenga tali: cfr. art. 17, co. 1, ult. parte.

³⁰ Sui contenuti dell'atto di avvio ci si soffermerà nel prossimo paragrafo. Ai fini del discorso

ii) le disposizioni di cui all'art. 19, co. 1 e 6, i quali prevedono la tempestiva comunicazione/trasmisione a tutti i soggetti pubblici del governo del territorio³¹, sia della delibera di adozione dello strumento di piano con i relativi elaborati – in modo che detti soggetti possano, nei termini di legge³², presentare *osservazioni* – sia dello strumento di pianificazione conclusivamente approvato;

iii) la disposizione di cui all'art. 55, nella parte in cui prevede che tutti i livelli amministrativi (Regione, province, Città metropolitana, comuni) *concorrano* alla formazione ed alla gestione integrata del sistema informativo geografico regionale³³, cui si lega, evidentemente, l'obbligo di conferire gratuitamente a detto sistema, secondo regole concordate, sia «i dati della conoscenza *necessaria al governo del territorio*»³⁴ sia gli strumenti di pianificazione urbanistica e territoriale di volta in volta approvati³⁵.

È per queste ed altre vie, dunque, che la partecipazione in senso lato funge, nella legislazione urbanistica toscana, anche da strumento di collaborazione interistituzionale e, allo stesso tempo, di prevenzione/composizione di possibili conflitti fra tutti i soggetti pubblici dell'ordinamento regionale interessati *dal* (e *al*) governo del territorio.

4. *La partecipazione civica presa sul serio (almeno sulla carta): il modello legislativo toscano nelle sue linee essenziali, tra accessibilità delle informazioni, tempestività ed inclusività dei processi e consistenza giuridica degli effetti degli apporti partecipativi*

Che il modello legislativo toscano di partecipazione popolare alla formazione degli atti di governo del territorio possa davvero dirsi informato – almeno sulla carta³⁶ – ai principi di tempestività, inclusività, accessibilità delle informazioni ed effettività, emerge da una lettura integrata delle «*disposizioni procedurali*

condotto nel testo può tuttavia essere qui utile ricordare come, a tal proposito, il comma 3, lett. c), dello stesso art. 18, richieda che in detto atto vi sia altresì «*l'indicazione degli enti e degli organismi pubblici ai quali si richiede un contributo tecnico [.] specificandone la natura e [il] termine entro il quale il contributo deve intervenire*».

³¹ Cfr. art. 8, co. 1 e 5, l. reg. n. 65/2014.

³² L'art. 19, co. 1, l. reg. n. 65/2014 dispone, per rinvio al co. 2, che detto termine sia di *sessanta giorni* dalla data di pubblicazione dell'avviso della delibera di adozione del piano sul Bollettino Ufficiale della Regione Toscana.

³³ Ovverosia, quel sistema – soprattutto in un'ottica di trasparenza e al fine di porre le basi per effettive possibilità partecipative – ad accesso gratuito (cfr. art. 56, co. 7, l. reg. n. 65/2014), contenente «*l'insieme delle conoscenze circa lo stato di fatto e di diritto del territorio [...]*», e che «*costituisce il riferimento conoscitivo unitario fondamentale per l'elaborazione, la valutazione ed il monitoraggio degli strumenti della pianificazione territoriale ed urbanistica*».

³⁴ Così l'art. 56, co. 4, l. reg. n. 65/2014.

³⁵ Cfr. art. 19, co. 8, l. reg. n. 65/2014.

³⁶ Si intende con ciò dire che ne andrebbe poi verificata la resa in concreto.

comuni» (artt. 17-19) e di quelle raggruppate sotto il capo della legge *expressis verbis* dedicato agli «*istituti della partecipazione*» (artt. 36-40)³⁷, fatta anche alla luce delle specificazioni ad esse apportate dal regolamento di attuazione del 2017³⁸.

L'art. 17 della l. reg. n. 65/2014, diversamente da quanto disposto dalla previgente legge urbanistica regionale³⁹, richiede che tra i *contenuti obbligati*⁴⁰ dell'atto di avvio del procedimento (di piano o di variante) vi siano, tra le altre cose⁴¹, sia il «programma delle attività di informazione e partecipazione della cittadinanza alla formazione dell'atto di governo del territorio», sia «l'individuazione del garante [...] responsabile dell'attuazione» di detto programma.

Il legislatore regionale ha dunque imposto al soggetto pubblico competente di individuare *ex ante* le attività di «*informazione*» e «*partecipazione*»⁴² ritenute più idonee a garantire un adeguato coinvolgimento della popolazione interessata sin dal momento dell'elaborazione delle scelte strategiche e di fondo del piano.

Chiamato a soprintendere all'effettivo svolgimento di dette attività è, nel modello toscano, «il garante dell'informazione e della partecipazione», il quale potrà a tal fine assumere «ogni necessaria iniziativa»⁴³, della cui realizzazione e dei cui esiti dovrà poi dar conto nel suo «rapporto»⁴⁴, il quale, unitamente alla

³⁷ Trattasi del capo V, titolo II («*Norme procedurali per la formazione degli atti di governo del territorio*»).

³⁸ D.P.G.R. 14 febbraio 2017, n. 4/R, recante «*Regolamento di attuazione dell'articolo 36, comma 4 della legge regionale 10 novembre 2014, n. 65 (Norme per il governo del territorio). Informazione e partecipazione alla formazione degli atti di governo del territorio. Funzioni del garante dell'informazione e della partecipazione*».

³⁹ Cfr. art. 15, l. reg. n. 1/2005.

⁴⁰ È questo il senso normativo restituito dall'uso dell'indicativo presente nell'*incipit* della disposizione.

⁴¹ Oltre, cioè: alla definizione degli obiettivi (lett. a); al quadro conoscitivo (lett. b); all'indicazione dei soggetti pubblici cui si richiede un apporto tecnico (lett. c), o pareri o assensi comunque denominati (lett. d).

⁴² Termini di cui – in sede regolamentare (D.P.R.G. n. 4/R/2017) – ci si preoccupa di delimitare e specificare la portata concettuale, dovendosi intendere, per *informazione*, «*la conoscibilità di tutti gli atti posti in essere dall'amministrazione precedente, tra l'avvio del procedimento ai sensi dell'articolo 17 della l.r. 65/2014, fino alla pubblicazione dell'avviso di approvazione dell'atto ai sensi dell'articolo 19 [...]*» (art. 2, co. 1, reg. att., lett. c); e per *partecipazione*, invece, «*la possibilità, per i cittadini e tutti i soggetti interessati, di contribuire alla formazione degli atti di governo del territorio, attraverso una pluralità di sedi o occasioni pubbliche, in cui possano essere espresse valutazioni di merito, raccomandazioni e proposte, e in cui possano anche essere offerti elementi di conoscenza del territorio che arricchiscano la qualità progettuale degli atti di governo*» (art. 2, co. 1, reg. att., lett. d).

⁴³ Cfr. art. 38, co. 1, l. reg. n. 65/2014. Sugli ulteriori profili funzionali e strutturali del garante, si v. *infra*, nel prosieguo del presente paragrafo e nel § 5.

⁴⁴ Cfr. art. 38, co. 2, l. reg. n. 65/2014, ma si v. anche l'art. 4, co. 4, reg. att. (D.P.R.G. n. 4/R/2017), il quale dispone che in detto rapporto il garante specifichi sia «*le iniziative assunte*» in attuazione del programma delle attività di cui all'art. 17, co. 3, lett. e), l. reg. n. 65/2014, sia «*i risultati raggiunti*» attraverso l'attività svolta tra l'avvio del procedimento e l'adozione del piano.

relazione del responsabile del procedimento⁴⁵, verrà allegato all'atto di governo del territorio *da adottare*⁴⁶.

Intervenuta la delibera di adozione, la partecipazione alla formazione del piano imbrocca – in ossequio alla legislazione statale⁴⁷ – la più tradizionale via delle osservazioni allo strumento di pianificazione già adottato.

Entro sessanta giorni⁴⁸ dalla pubblicazione dell'avviso di deposito del piano presso l'amministrazione competente, infatti, *chiunque* ha facoltà di prenderne visione e di presentare le *osservazioni* che ritenga più opportune⁴⁹.

Tuttavia, merita d'esser sottolineato come, nella vigente legislazione toscana, l'istituto partecipativo delle osservazioni al piano risulti *rinforzato* dalla previsione in base alla quale il garante dell'informazione e della partecipazione, dopo l'adozione dell'atto di governo del territorio, è chiamato a promuovere «le ulteriori attività di informazione *necessarie*»⁵⁰, sempre al fine di garantire la partecipazione dei cittadini e di tutti i soggetti interessati⁵¹. Il legislatore regionale, cioè, si è preoccupato di inserire nel procedimento di piano un'attività di informazione supplementare, avente una funzione ancillare e promozionale rispetto alla presentazione di apporti partecipativi per il tramite del più tradizionale istituto delle osservazioni.

Onde garantire, poi, che la partecipazione alla formazione del piano possa davvero dirsi «*consapevole*»⁵², il legislatore toscano ha dettato talune disposizioni a garanzia (e tutela) dell'accessibilità, pubblicità ed adeguatezza delle informazioni.

Così, ad esempio, è stato espressamente previsto che il responsabile del procedimento sia chiamato ad assicurare, a chiunque voglia prenderne visione e senz'obbligo alcuno di motivazione, l'accesso a tutti gli atti relativi ai procedimenti di formazione dei piani⁵³. O ancora, sono previsti obblighi di pubblicazione telematica delle osservazioni al piano e delle controdeduzioni ad esse⁵⁴.

⁴⁵ Sui diversi adempimenti rimessi al responsabile del procedimento e sulle sue funzioni, si v. integralmente l'art. 18, l. reg. n. 65/2014.

⁴⁶ Cfr. art. 18, co. 3, l. reg. n. 65/2014.

⁴⁷ Si v. *supra*, § 1 (in part. *sub* nota 2).

⁴⁸ E «*non oltre*», aggiunge il legislatore toscano. Il che, peraltro, sembra in linea con lo specifico obbligo motivazionale posto in capo all'amministrazione precedente rispetto alle osservazioni presentate: si v. *infra*, in questo paragrafo.

⁴⁹ Cfr. art. 19, co. 2, l. reg. n. 65/2014.

⁵⁰ Cfr., sul punto, il comma 3 dell'art. 38, l. reg. n. 65/2014, ma si v. altresì l'art. 4, co. 6, reg. att. (D.P.R.G. n. 4/R/2017), laddove si prevede espressamente che «*a seguito dell'adozione dell'atto di governo del territorio, il garante promuove attività di informazione sul procedimento, al fine di consentire la presentazione delle osservazioni, ai sensi dell'articolo 19, commi 2 e 3 della l.r. 65/2014*».

⁵¹ Cfr. art. 38, co. 1, l. reg. n. 65/2014.

⁵² Così P. MARZARO, nella relazione presentata al XXII Convegno nazionale A.I.D.U. (di cui già s'è detto: si v. *supra*, *sub* nota 4), significativamente intitolata «*La partecipazione consapevole*».

⁵³ Cfr. art. 18, co. 5, l. reg. n. 65/2014.

⁵⁴ Si v., ad es., l'art. 20, co. 5 e 8, l. reg. n. 65/2014.

Così come si richiede che le amministrazioni competenti (Regione, province, Città metropolitana, comuni)⁵⁵ ed il garante⁵⁶ assicurino che la documentazione relativa agli atti di governo del territorio sia «adeguata» rispetto alle esigenze dell'informazione e della partecipazione, ed effettivamente «accessibile».

Tra le linee essenziali del modello toscano di partecipazione civica al governo del territorio, merita senz'altro d'essere evidenziato in questa sede un ulteriore profilo: quello dell'(almeno teorica) effettività degli apporti partecipativi versati – se in funzione collaborativa o difensiva, non rileva – nel procedimento di piano. A chiusura del sistema, infatti, onde riconoscere alla partecipazione (in concreto) una qualche pregnanza giuridica, il legislatore regionale ha posto in capo all'amministrazione precedente specifici *obblighi motivazionali*.

Essi, peraltro, non riguardano soltanto gli apporti partecipativi intervenuti nella fase procedimentale che tipicamente separa l'adozione dall'approvazione dell'atto di governo del territorio. Se è vero, infatti, che a tal ultimo riguardo è stato significativamente previsto che il provvedimento di approvazione del piano debba contenere un «riferimento puntuale» alle osservazioni presentate⁵⁷ e l'«espressa motivazione» delle determinazioni «conseguentemente» adottate dall'amministrazione⁵⁸, nondimeno è manifesto l'intento legislativo di (provare a) instaurare una più intensa correlazione tra partecipazione civica e motivazione rispetto al procedimento di piano nel suo insieme, onde (provare a) conferire effettività a quel concetto di partecipazione nel governo del territorio come possibilità di incidere e contribuire *realmente* alla formazione del piano. Ed è proprio a tal fine, allora, che il legislatore toscano ha ritenuto utile specificare che i «risultati» del concreto svolgersi delle attività del programma di informazione e partecipazione e di quelle ulteriori eventualmente messe in campo dal garante, compendiate nel rapporto da questi predisposto⁵⁹, «contribuiscono alla definizione dei contenuti» degli strumenti di pianificazione territoriale ed urbanistica, «secondo le determinazioni *motivatamente* assunte dall'amministrazione precedente»⁶⁰.

⁵⁵ Cfr., a tal proposito, l'art. 38, co. 1, l. reg. n. 65/2014, il quale a tal fine rinvia alle linee guida di cui all'art. 36, co. 5 (su cui si v. *infra*, § 6).

⁵⁶ Cfr. art. 4, co. 2, reg. att. (D.P.R.G. n. 4/R/2017).

⁵⁷ Nel termine a tal fine previsto: cfr. *supra*, *sub* nota 48.

⁵⁸ Cfr. art. 19, co. 5, l. reg. n. 65/2014.

⁵⁹ Cfr. art. 4, co. 5, reg. att. (D.P.R.G. n. 4/R/2017), laddove è previsto che «il rapporto del garante dà conto dei risultati dell'attività di informazione e partecipazione [...] [c] costituisce il contributo per l'amministrazione precedente ai fini [...] [sia] della definizione dei contenuti degli atti di governo del territorio [...] [sia] delle determinazioni motivatamente assunte».

⁶⁰ Cfr. art. 36, co. 3, l. reg. n. 65/2014.

5. *I riflessi organizzativi: il garante (regionale e "locale") dell'informazione e della partecipazione. Profili funzionali e strutturali*

L'aspirazione verso una "costruzione partecipata" degli strumenti di pianificazione urbanistica e territoriale, ha condotto il legislatore toscano ad introdurre nella disciplina sul governo del territorio non solo ben precisi snodi procedurali "dedicati"⁶¹, bensì – come si è sin qui già visto – anche una specifica figura soggettiva ad istituzione obbligatoria⁶²: quella del «garante dell'informazione e della partecipazione».

A parte un significativo passaggio terminologico dal garante della «comunicazione»⁶³ a quello dell'«informazione»⁶⁴ (oltre che della *partecipazione*) – essendo le predette attività concettualmente distinte o, comunque, non troppo difficilmente distinguibili⁶⁵ –, un confronto con la previgente legge urbanistica regionale del 2005 evidenzia, (anche) sul punto, una non trascurabile distanza (contenutistico-quantitativa ma anche qualitativa) tra vecchie e nuove disposizioni.

Probabilmente, anche a tal riguardo, il legislatore regionale deve aver messo a frutto l'esperienza maturata nella vigenza della l. reg. n. 1/2005, costruendo, a mezzo degli artt. 36 ss. della l. reg. n. 65/2014 e del successivo regolamento di attuazione n. 4/R/2017, un plesso normativo diretto a disciplinare, in modo ben più ampio rispetto al passato, i diversi profili *funzionali* e *strutturali* di detta figura organizzativa.

Del ruolo da essa giocato nel procedimento di formazione degli atti di governo del territorio, molte cose, in verità, sono state già dette⁶⁶.

⁶¹ I quali, in virtù del principio di «non duplicazione» e del «divieto di aggravio del procedimento», potranno fungere, secondo opportune forme e modalità di coordinamento, da momenti partecipativi anche a fini ambientali, per soddisfare le diverse esigenze di partecipazione del pubblico imposte dalla normativa in materia di valutazione ambientale strategica dei piani: cfr. art. 36, co. 6, l. reg. n. 65/2014 e art. 14, co. 1 e 2, reg. att. (D.P.R.G. n. 4/R/2017), rubricato, per l'appunto, «Raccordo con la l.r. 10/2010 e con la l.r. 1/2015», la prima delle quali, in particolare, reca «Norme in materia di valutazione ambientale strategica "VAS", di valutazione di impatto ambientale "VIA" e di valutazione di incidenza».

⁶² Si intende con ciò dire che, seppur l'obbligo organizzativo di istituzione *a priori* del garante sia previsto "solo" per la Regione, le province, la Città metropolitana e i comuni aventi una popolazione superiore ai 20.000 abitanti (cfr. art. 37, co. 1, l. reg. n. 65/2014 e art. 3, co. 1, reg. att.), tutti i comuni che non raggiungano tale soglia, ferma restando la facoltà di istituire detta figura aprioristicamente, sono comunque tenuti ad individuare il garante dell'informazione e della partecipazione in occasione dell'(eventuale) avvio di un procedimento volto alla formazione di un atto di governo del territorio: cfr. art. 3, co. 2, reg. att. (D.P.R.G. n. 4/R/2017).

⁶³ Cfr. artt. 19 e 20, l. reg. n. 1/2005.

⁶⁴ Così la rubrica dell'art. 37, l. reg. n. 65/2014 e *passim*.

⁶⁵ Si segnala, a tal proposito, che la più recente legislazione urbanistica emiliano-romagnola dimostra di preferire, invece, l'uso del termine «comunicazione»: cfr. art. 56, l. reg. Emilia-Romagna 21 dicembre 2017, n. 24.

⁶⁶ Si v. *supra*, § 4.

Sul piano funzionale, però, meritano senz'altro d'essere ricordati anche quei compiti aggiuntivi assegnati dal legislatore ad una sorta di “*super-garante*”: quello «regionale».

Questi, infatti, oltre a svolgere le funzioni tipiche dell'ufficio nell'ambito dei procedimenti di formazione degli strumenti di pianificazione territoriale di competenza regionale⁶⁷, è chiamato anche a collaborare con i garanti “locali” (ovverosia dei comuni o loro unioni, della Città metropolitana e delle province), «assicurando loro il supporto metodologico per lo svolgimento delle loro funzioni»⁶⁸.

Il legislatore toscano ha poi posto in capo al garante regionale anche una funzione di *monitoraggio* delle attività di informazione e partecipazione messe in campo dalle diverse amministrazioni locali nei procedimenti di piano⁶⁹, da realizzare sia consultando i garanti comunali e provinciali (anche in occasione della conferenza dei garanti⁷⁰) in ordine alle esperienze e alle pratiche sviluppate⁷¹, sia attraverso la raccolta e l'analisi (tra le altre cose) dei rapporti che i garanti “locali” – come s'è già detto⁷² – sono chiamati a redigere prima dell'adozione del piano (costituendone uno specifico allegato)⁷³.

Del monitoraggio effettuato, peraltro, il garante regionale deve dar conto sia alla Giunta regionale che alla commissione consiliare competente⁷⁴, nei tempi e nei modi indicati dal regolamento di attuazione⁷⁵.

Nel modello legislativo toscano, allora, pare possa dirsi che una qualche attenzione verso le due fondamentali fasi della *circolazione* e della *valutazione* delle esperienze e delle prassi partecipative, non sembra mancare.

Sul piano strutturale, infine, merita d'esser segnalato che il garante (sia a livello regionale che “locale”) è figura a *composizione monocratica*. Il titolare dell'ufficio dev'essere individuato tra persone dotate di un'adeguata preparazione profes-

⁶⁷ Cfr. art. 38, l. reg. n. 65/2014 e *supra*, § 4.

⁶⁸ Cfr. art. 39, co. 2, l. reg. n. 65/2014, ma si v. anche l'art. 10, co. 1, reg. att. (D.P.R.G. n. 4/R/2017), il quale individua le modalità attraverso le quali potrà concretizzarsi detto supporto, tra queste contemplando: a) *incontri e riunioni* con il garante regionale; b) *seminari e corsi di formazione* sulle funzioni del garante e sulle modalità di svolgimento; c) *convegni* sul tema della partecipazione alla formazione degli strumenti della pianificazione; d) *conferenza dei garanti*, quale strumento di raccordo tra il garante regionale e i garanti delle amministrazioni locali, convocata almeno due volte all'anno e avente il precipuo compito di evidenziare le criticità riscontrate, di proporre soluzioni ed eventualmente ipotesi di modifiche delle linee guida sui «livelli partecipativi» (su cui si v. *infra*, § 6).

⁶⁹ Cfr. art. 12, reg. att. (D.P.R.G. n. 4/R/2017).

⁷⁰ Cfr. art. 11, reg. att. (D.P.R.G. n. 4/R/2017) e *supra*, *sub* nota 68 (lett. d).

⁷¹ Cfr. art. 39, co. 3, l. reg. n. 65/2014.

⁷² Si v. *supra*, § 4.

⁷³ Cfr. art. 4, co. 8, reg. att. (D.P.R.G. n. 4/R/2017), ma si v. altresì il co. 9 dello stesso articolo, laddove si prevede che «entro il 31 dicembre di ciascun anno, il garante trasmette al garante regionale una relazione sullo stato di attuazione dell'informazione e della partecipazione in relazione ai procedimenti pendenti, al fine di consentire al garante regionale il monitoraggio di cui all'articolo 12».

⁷⁴ Cfr. art. 39, co. 3, l. reg. n. 65/2014.

⁷⁵ A tal proposito, l'art. 12, co. 3, reg. att. (D.P.R.G. n. 4/R/2017), prevede che il garante regionale presenti «entro il 30 aprile di ogni anno una relazione sul monitoraggio effettuato».

sionale in relazione alle funzioni da svolgere⁷⁶. E quanto alla sua “*estraneità*” rispetto all’amministrazione precedente, il legislatore non ha previsto una posizione di terzietà formale, potendo il garante esser scelto sia fra soggetti esterni⁷⁷ che fra il personale interno all’amministrazione competente⁷⁸. Sono state tuttavia previste specifiche cause di incompatibilità, essendo espressamente inibita la possibilità di ricoprire detto ufficio agli amministratori dell’ente interessato, ai consiglieri regionali, provinciali e comunali, al responsabile del procedimento di piano ed ai progettisti che abbiano curato la redazione dell’atto di governo del territorio *in itinere*⁷⁹.

6. «Livelli prestazionali» e «livelli partecipativi uniformi»: il regolamento e le linee guida del 2017

Il lettore paziente, nonostante quanto sin qui evidenziato in ordine ai diversi e pur apprezzabili “congegni” procedurali ed organizzativi volti a promuovere la partecipazione civica, potrebbe comunque esser giunto, a questo punto, alla seguente conclusione: e cioè che, in definitiva, nel modello toscano, l’individuazione in concreto delle possibilità partecipative sia comunque rimessa integralmente ai “*buoni propositi*” dell’amministrazione precedente e alla “*buona volontà*” del garante: la prima, perché – come s’è detto⁸⁰ – è essa titolare della funzione di predisporre *unilateralmente* il programma delle attività di informazione e di partecipazione della cittadinanza; il secondo, invece, in quanto investito della funzione di soprintendere – come pure s’è visto⁸¹ – all’attuazione di detto programma, e a promuovere, dopo l’adozione dell’atto di governo del territorio, le eventuali ulteriori attività di informazione che *egli* reputi necessarie.

Una tale conclusione sarebbe tuttavia affrettata.

Il legislatore regionale, infatti, onde limitare il rischio di implementazioni riduttive del plesso normativo sulla partecipazione contenuto nella legge sul governo del territorio, ha posto sin da subito le basi legislative per l’individuazione normativa di *livelli partecipativi minimi*, rinviandone la concreta fissazione al regolamento di attuazione degli artt. 36 ss. della l. reg. n. 65/2014, di cui già s’è detto, e a successive *linee guida*, anch’esse approvate nel 2017⁸².

⁷⁶ Cfr. art. 39, co. 1, l. reg. n. 65/2014 e art. 3, co. 3, reg. att. (D.P.R.G. n. 4/R/2017).

⁷⁷ Ed in tal caso, per il garante regionale è espressamente prevista un’indennità di funzione: cfr. art. 39, co. 4, l. reg. n. 65/2014 e art. 6, co. 2, reg. att. (D.P.R.G. n. 4/R/2017).

⁷⁸ Cfr. art. 39, co. 1, l. reg. n. 65/2014 e artt. 3, co. 3, e 6, co. 1, reg. att. (D.P.R.G. n. 4/R/2017). Nel caso in cui il garante regionale sia scelto all’interno dell’amministrazione, questi dovrà essere individuato tra il personale «*con qualifica dirigenziale*».

⁷⁹ Cfr. art. 37, co. 3, l. reg. n. 65/2014.

⁸⁰ Si v. *supra*, § 4.

⁸¹ Cfr. *ibidem*.

⁸² Su proposta del garante regionale dell’informazione e della partecipazione e con D.G.R. Toscana 16 ottobre 2017, n. 1112.

E così, più nel dettaglio, da un lato il regolamento ha previsto – con espressione a dire il vero discutibile, ma comunque già presente nella stessa legge⁸³ – i «*livelli prestazionali*» dell'informazione e della partecipazione; dall'altro, le linee guida hanno invece fissato – nel rispetto dei primi⁸⁴ – «*livelli partecipativi uniformi*», valevoli su tutto il territorio regionale e per tutti gli atti di governo del territorio, nonché livelli partecipativi «*ulteriori e specifici*», diversificati in ragione della tipologia di pianificazione (territoriale od urbanistica).

I «*livelli prestazionali*» sono stati individuati, dal citato regolamento, nella disponibilità/accessibilità degli atti di governo del territorio e nell'attivazione di momenti di discussione e confronto (assemblee, incontri, etc.) con la cittadinanza e tutti i soggetti interessati, anche per via telematica, volti alla formulazione di proposte.

I «*livelli partecipativi uniformi*», diversamente, sono stati legati alla previsione, sin dal programma delle attività di informazione e partecipazione, di tutta una serie di «*modalità partecipative*», così sintetizzabili:

- predisposizione di una *sintesi* dei contenuti dell'atto di governo del territorio (per come definiti al momento dell'avvio procedimentale), al fine di innescare ed introdurre il processo partecipativo;

- realizzazione della *pagina web* del garante, nella quale indicare, oltre al suo indirizzo di posta elettronica, il programma delle attività informative e partecipative predisposte dall'amministrazione precedente, la sintesi di cui al precedente punto e un costante aggiornamento sull'*iter* procedimentale;

- previsione di almeno una forma di *partecipazione digitale*;

- organizzazione di uno o più *incontri pubblici*, adeguatamente e tempestivamente pubblicizzati.

I «*livelli partecipativi ulteriori e specifici*», invece, sono stati fissati in modo differenziato per tipologia di piano, prevedendo la necessità di almeno una «*modalità partecipativa*» avente ad oggetto, nel caso della pianificazione territoriale, esclusivamente lo *statuto del territorio*, e nel caso della pianificazione urbanistica, le *trasformazioni ritenute più rilevanti* dall'amministrazione competente.

A prescindere dagli ulteriori dettagli della disciplina, per i quali si rinvia alla consultazione del regolamento e delle linee guida del 2017, può invece essere utile in questa sede tornare sul più generale obiettivo perseguito per tale via dal legislatore toscano (di cui peraltro v'è traccia già negli atti preparatori⁸⁵): ovvero, (cercare di) garantire – in modo omogeneo su tutto il territorio regionale

⁸³ Cfr. art. 36, co. 2, l. reg. n. 65/2014.

⁸⁴ Cfr. art. 17, co. 1, reg. att. (D.P.R.G. n. 4/R/2017).

⁸⁵ Si v. la *relazione illustrativa* allegata alla (allora) proposta di legge urbanistica regionale, già sopra citata *sub* nota 15, dove nel capoverso sull'informazione e partecipazione si sottolinea la necessità di prevedere linee guida comuni a livello regionale «per garantire prestazioni *omogenee*, tecnicamente adeguate alle diverse tipologie di atti» (pag. 3).

– “*livelli minimi essenziali*” della partecipazione⁸⁶, onde “*asciugare*” almeno parzialmente la discrezionalità dell’amministrazione procedente e del garante quanto all’individuazione delle attività di informazione e partecipazione da mettere in campo nel procedimento di piano, con possibili conseguenze – evidentemente – anche su di un eventuale piano giurisdizionale.

7. *Orizzonti e sfide*

Conclusivamente, alla luce dell’analisi della l. reg. Toscana n. 65/2014, può dirsi che la partecipazione alla formazione degli atti di governo del territorio, dopo una più timida manifestazione normativa nelle precedenti leggi urbanistiche del 1995 e del 2005, sia stata elevata, nell’ordinamento toscano, ad effettivo *segmento strutturale* dei procedimenti di piano⁸⁷, i cui eventuali vizi sono destinati a riverberarsi sulla validità dell’atto di governo del territorio conclusivamente approvato.

Una cosa allora par certa: in quell’esperienza regionale, forse ad un tempo per *tradizione e innovazione*, il seme della partecipazione è stato senz’altro messo a dimora.

Perché l’albero cresca bene e possano in futuro apprezzarsene in modo pieno i suoi frutti, sarà tuttavia necessario continuare a lavorare in *sperimentazione* (soprattutto “dal basso”) e *formazione*⁸⁸, per indurre un sempre più marcato cambiamento culturale sia nei cittadini sia – ed in particolar modo – nella burocrazia (nel senso *weberiano* del termine).

Quanto, poi, detti frutti saranno in grado di determinare l’emergere (in via pretoria o legislativa) di nuove forme di tutela giurisdizionale, unitamente ad una rinnovata ed approfondita riflessione dogmatica (anche alla luce di un’analisi di diritto comparato) su possibili nuovi orizzonti del sistema italiano di giustizia amministrativa, è prematuro dirlo.

⁸⁶ Cfr. art. 3, co. 1, delle *linee guida*.

⁸⁷ Naturalmente, nonostante i pur apprezzabili sforzi compiuti dal legislatore toscano, le garanzie legislative poste a presidio di un tale segmento non potranno che operare, per loro stessa natura, su di un piano più formale che sostanziale, non essendo di certo in grado – da sole – di incidere sulla *qualità* del processo partecipativo. Tuttavia, come ci ricorda con il suo solito acume R. FERRARA (*La partecipazione al procedimento*, cit., 233), «quando pure la partecipazione al procedimento si profilasse come un gioco meramente formale, ossia come *un insieme di riti* capaci di schermare, anche solo in parte, la cifra selettiva ed elitaria del processo decisionale pubblico, ciò non potrebbe mai diventare una buona ragione per rinunciarvi» (cors. agg.).

⁸⁸ Cosa di cui, peraltro, il legislatore toscano mostra piena consapevolezza, e rispetto alla quale v’è traccia di un preciso impegno: si v., infatti, l’art. 36, co. 1, l. reg. n. 65/2014, ai sensi del quale, tra le altre cose, si prevede che, con deliberazione della giunta regionale – compatibilmente con le risorse finanziarie disponibili – la Regione promuova «*iniziative e strumenti di formazione e divulgazione delle metodologie, delle tecniche e delle pratiche di informazione e partecipazione nel governo del territorio*».

Abstract

Participation and Land-use planning: the Tuscan Experience

by Clemente Pio Santacroce

The paper offers a reading of the current Tuscan legislation on participation (also civic) in the formation of the territorial and urban planning tools, after explaining the reasons that led to identify the legislative experience of the Tuscany Region as a specific and privileged subject of study and analysis.

The work focuses on the particular genesis of the principle of participation in the Tuscan regional law no. 65/2014, to then come to deal with those procedural and organizational tools put in place by the Tuscan legislator in order to favor the affirmation of a general principle of participatory land-use planning.

Parole chiave: governo del territorio, partecipazione, legislazione toscana

Keywords: land-use planning, participation, Tuscan legislation

Sostenibilità urbana: quali regole per l'equilibrio territoriale e la diffusione delle attività produttive. Uno sguardo a Matera Capitale europea della cultura*

di Giovanna Iacovone

SOMMARIO: 1. Inquadramento del tema e premessa metodologica. – 2. Turismo e commercio per la rivitalizzazione dei territori. – 3. Esperienze di sostenibilità territoriale ed economica. – 3.1. le scelte regionali. – 3.2. Le scelte materane. – 4. Bilancio (prospettico) di uno sviluppo “duale”.

1. *Inquadramento del tema e premessa metodologica*

Il turismo e il commercio costituiscono ormai due settori dell'economia capaci di importanti sinergie nell'ambito della complessiva offerta che il territorio esprime, ma, contestualmente, pongono altrettante sfide connesse all'uso sostenibile del territorio medesimo, tanto ove si considerino le “città mito”, quanto se si intenda contrastare il fenomeno dell'abbandono da cui sono afflitti molti dei piccoli comuni italiani, soprattutto dell'Italia centro-meridionale.

Tali importanti interazioni, tra sostenibilità degli spazi urbani, turismo ed esercizio delle collegate attività commerciali vengono prevalentemente affrontate dalle politiche pubbliche avendo riguardo al “benessere” dei centri storici in termini di vivibilità degli stessi, in quanto considerati cuore dell'identità culturale di ogni città.

Questa impostazione, tuttavia, contiene un *vulnus* originario, di cui peraltro si va gradatamente prendendo consapevolezza¹, consistente nella parzialità e limitatezza della visione da cui è sottesa, con una sorta di dannosa rimozione della molteplicità e complessità dei fenomeni che si intrecciano nello spazio fisico e simbolico delle aree urbane complessivamente intese².

* Il lavoro prende spunto, ampliandolo, da un contributo al PRIN 2015 “Commercio, consumo e città. Pratiche, pianificazione e governance per l'inclusione, la resilienza e la sostenibilità urbane”.

¹ R. GAMBINO, *Dal recupero alla riqualificazione urbana: nuove politiche, strumenti e strategie operative*, in C. Gianmarco-A. Isola (a cura di), *Disegnare le periferie*, Roma, 1993. Ma si veda altresì, diffusamente, la Relazione svolta dalla Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni di sicurezza e sullo stato di degrado delle città e delle loro periferie, istituita con deliberazione della Camera dei deputati del 27 luglio 2016, accessibile al sito https://www.camera.it/leg17/522?tema=commissione_di_inchiesta_sulla_sicurezza_e_sul_degrado_delle_citt_e_delle_periferie

² Il tema è stato recentemente riaffrontato dall'INU nel corso della Rassegna Urbanistica Nazionale (aprile 2019). Durante il dibattito è emerso con chiarezza che la rivitalizzazione dei centri storici è strettamente connessa al ruolo importante che nella dinamica dei rapporti deve giocare l'intera città tornando a riappropriarsi del centro, attraverso una diversa distribuzione dei servizi. Sui processi di costruzione della città e dei legami sociali che la definiscono non può prescindere

Una riflessione sulla relazione tra economia turistica, commercio e trasformazione delle città non può dunque prescindere dalla eterogeneità e pluralità delle istanze, comunque connesse, provenienti dai contesti spaziali che caratterizzano l'intero territorio urbano; nonché da una (pre)visione dei processi che tali connessioni sono in grado di attivare.

In considerazione di tali premesse, e della ineludibilità di un dialogo tra centro e periferie, il contributo si articolerà in due parti. La prima, generale, riguarderà l'esame dell'apparato normativo esistente e degli strumenti ivi previsti, al fine di farne emergere alcune settorialità, nonché diverse contraddizioni che sembrano caratterizzarli; la seconda si concentrerà sulla situazione in atto nella città di Matera "reduce" da un anno che l'ha vista in "prima linea" alla scala internazionale in quanto Capitale europea della Cultura, al fine di coglierne affinità di logiche e di politiche o, invece, eventuali segnali alternativi che, pur nell'alveo segnato dagli strumenti giuridici e dalle competenze disciplinati a livello nazionale e regionale, possano far pensare ad un progetto di governo del territorio all'altezza delle istanze e dei cambiamenti recenti che si sono messi in moto con l'incremento turistico e commerciale che sta interessando la città.

Secondo tale approccio metodologico, l'interesse per lo specifico campo di indagine risiede nella considerazione che il conseguimento del titolo di Capitale europea della cultura si fonda anche sul riassetto e sullo sviluppo urbano sostenibile attraverso una progettazione strategica e integrata che pone la cultura quale paradigma del progresso economico-produttivo e della coesione sociale³.

Tale prospettiva europea volta a stimolare lo sviluppo urbano e socioe-

dagli studi ormai classici di H. LEFEBVRE *Il diritto alla città*, Parigi, 1968, ed it, Verona, 2014; B. AUBY, *Droit de la ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, Paris, 2013, p.4; S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, tr.it. III ed. Bologna, 2010. Di recente: R. CAVALLLO PERIN, *Beyond the Municipality: The City, its Rights and its Rites*, in *Italian Journal of Public Law*, (IJPL), March 2013 – Issue 2 – No. 2, 226-234; nonché M.G. DELLA SCALA, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir.amm.*, 2018, 787 ss.; A.POLICE, *Urbanistica solidale ed esigenze di mercato: alla ricerca della città ideale*, nel volume a cura di P. URBANI, *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Torino, Giappichelli, 2013, 31 ss.; M. COLUCCI, *La città solidale. Elementi per una nuova dimensione della qualità urbana*, Milano, Franco Angeli, 2012.

³ Ai sensi dell'art. 4 della Decisione 1622/2006/CE istitutiva dell'azione comunitaria a favore della manifestazione «Capitale europea della cultura» per gli anni dal 2007 al 2019, il programma culturale di candidatura deve rispondere ad alcuni fondamentali criteri tra cui, con riguardo alla relazione tra la città ospitante e i suoi cittadini, oltre alla promozione della partecipazione dei cittadini medesimi, altresì la sostenibilità intesa quale "parte integrante dello sviluppo culturale e sociale a lungo termine della città". Tale prospettiva permane e si consolida con le ultime novità normative introdotte dal Parlamento Europeo e dal Consiglio con la Decisione 445/2014/UE del 16 aprile 2014 che istituisce un'azione dell'Unione dal titolo "Capitali Europee della Cultura" per gli anni dal 2020 al 2033. Per un esaustivo inquadramento normativo europeo e nazionale, contenente essenziali approfondimenti critici e di riflessione soprattutto con riguardo a quest'ultimo, si veda il recente lavoro di G. TORTA, *L'iniziativa "Capitali Europee della Cultura": aspetti sostanziali e profili critici*, in questa *Rivista*, n. 3, 2019, 645 ss.

conomico delle comunità grazie al rafforzamento del pluralismo culturale e al potenziamento dell'offerta ricreativa, artistica e turistica del territorio, ha considerato le "Capitali europee della Cultura" una delle più significative iniziative in tal senso⁴.

Si intende dunque esplorare, anche sotto il profilo giuridico, se e quanto effettivamente l'anima culturale e identitaria sia riuscita ad orientare trasformazioni territoriali ed economiche, non senza evidenziare criticità e rischi da considerare.

2. *Turismo e commercio per la rivitalizzazione dei territori*

La diffusione del turismo in ambito urbano costituisce una potenzialità, non tanto per la capacità reddituale *tout court*, quanto per una "predisposizione" ad integrarsi con le altre dimensioni dell'economia locale e a stimolare investimenti e capacità innovativa negli operatori economici, sia che si tratti di città già interessate dal fenomeno, favorendo in particolare attività di manutenzione e riqualificazione dei centri storici, sia quale risposta alle esigenze di ripopolamento dei molti e antichi piccoli comuni e borghi italiani segnati dall'abbandono⁵.

Tali processi economici, tuttavia, hanno ad oggetto il territorio tutto, terminale necessario di confronto delle molteplici attività e relazioni che interessano l'uso dello spazio pubblico e la gestione dei servizi.

Ne consegue la necessità di indagare *de jure condito* e *de jure condendo* le possibili forme di "conciliazione" di aspettative e interessi di natura diversa e talvolta divergenti, e di verificare la prefigurabilità di istituti giuridici funzionali a creare le condizioni per uno sviluppo sostenibile, individuando le condizioni per attuare scambi di fruizione tra i diversi luoghi della città.

In tale prospettiva lo svolgimento delle attività commerciali assume particolare rilevanza in quanto crocevia di interessi pubblici e privati che, pur contenendo in nuce un potenziale di positiva "contaminazione", spesso evidenziano esigenze contrastanti con quella della "custodia" delle "memorie storiche" della città⁶.

⁴ G. TORTA, *L'iniziativa "Capitali Europee della Cultura"*, cit., p. 647, la quale mette altresì in evidenza (649, nota 16) come la Decisione 445/2014/UE consolidi tale orientamento grazie ad una sistematizzazione dei criteri di valutazione della candidatura tra i quali emerge l'esistenza di una strategia culturale (art.5 lett. a), che «richiede che il programma comprenda piani di sostegno alle attività culturali sia nell'anno del titolo che successivamente, che miri a creare legami duraturi tra i settori culturale, economico e sociale della città candidata, e che abbia un impatto a lungo termine anche sullo sviluppo urbano».

⁵ A. ALBRECHT E B. MAGRIN (a cura di), *Il Bel Paese, 1 progetto x 22621 centri storici*, Rubettino, Soveria Mannelli (CZ), 2017.

⁶ La dottrina ha ampiamente riflettuto sul tema. In particolare, in questa prospettiva, R.

Ma una riflessione che abbia ad oggetto l'individuazione delle coordinate giuridiche nell'ambito di dinamiche spaziali e socio-economiche all'interno delle quali collocare piani e progetti funzionali a gestire in modo sostenibile le trasformazioni indotte dal turismo e dal commercio, non può prescindere dalle periferie, quali componenti attive delle trasformazioni urbane⁷.

Ciò al fine di ridistribuire vantaggi sia dal punto di vista territoriale sia da quello sociale ed economico, con una particolare attenzione all'accrescimento della competitività delle aree periferiche attraverso una tendenza progettuale a valorizzare il patrimonio culturale, materiale e immateriale esistente nelle periferie metropolitane e nelle aree interne⁸.

Nel percorso indicato le dinamiche del settore commerciale rappresentano oggi, nel loro complesso, componenti significativi di trasformazioni territoriali, con effetti positivi, contribuendo in modo importante alla vitalità e alla sicurezza dell'ambiente urbano, ma anche, spesso, con effetti indesiderati, rispondendo a esigenze in conflitto, in particolare con quella della memoria storica della città⁹.

È utile, pertanto, nell'economia complessiva del lavoro, una preliminare sintetica ricostruzione della disciplina al cui interno può esprimersi l'attività

VONA, *Servizi commerciali, valorizzazione dei centri storici*. Il Town Centre Management, in *Econ. dir. terziario*, 2007, 343 ss., ma ancor prima, M. BESSONE, *Imprenditorialità pubblica e interventi nel centro storico*, in *Pol. dir.*, 1975, 385 ss., nonché, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Limiti all'iniziativa economica e tutela del centro storico*, nota a Corte cost., 30 luglio 1992, n. 388, in *Riv. giur. ambiente*, 1992, 873 ss. Di recente, con particolare riguardo alla normativa regionale, A. SIMONATI, *La disciplina regionale dei centri storici: convergenze e divergenze alla luce degli sviluppi recenti*, in P. STELLA RICHTER (a cura di), *Governo del territorio e patrimonio culturale*, Milano, Giuffrè, 2017, 251 ss.

⁷ Si ricordano, quali esempi del modello strategico di cui al testo il caso recente dell'istituzione della Destinazione turistica metropolitana di Bologna istituita con la l.reg. 4/2016 che ha modificato l'ordinamento turistico regionale istituendo le Destinazioni turistiche, Aree vaste finalizzate alla valorizzazione della destinazione turistica del territorio e delle sue specificità, che superano il modello di valorizzazione unitaria del prodotto turistico; l'accordo di Firenze per lo sviluppo attraverso l'Appennino; il protocollo di intesa sottoscritto dalla Regione Puglia nel 2016 per finanziare, anche con il contributo e la partecipazione del Parco Nazionale dell'Alta Murgia, la realizzazione di un primo tratto di percorso ciclabile europeo "EuroVelo 5", tra Gravina e Altamura, con collegamento da un lato verso Matera, capitale europea della Cultura 2019, dall'altro verso Castel del Monte.

⁸ Sul tema della rigenerazione delle aree interne, con particolare riferimento alla rigenerazione dal basso, ad opera della cittadinanza, di beni comuni urbani, R. DIPACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, in *Istituz. del Feder.*, 3/2017, 625 ss.; ma altresì L. GIANI, M. D'ORSOGNA, R. DIPACE, A. IACOPINO, *Models and instruments of cooperation between Institutions, Regions and Territories from a globalised perspective: the case of European macroregional strategies and the Italian National Strategy for Inner Areas*, in *Federalismi*, 10/2018.

⁹ In alcune città come Firenze e Bergamo sono state introdotte tecniche di regolamentazione che interessano del tutto o parte del centro storico, con la finalità di vietare l'ulteriore insediamento di attività commerciali non compatibili: delibera del Consiglio comunale di Firenze, n.4 del 2016, modificata dalla delibera n.27 del 2017; delibera del Consiglio comunale di Bergamo n.150 del 2017.

commerciale, nel tentativo di contribuire a tracciare una prospettiva di regolamentazione in grado di orientare progetti di riqualificazione urbana che, pur preservando risorse culturali e valoriali, di solito concentrate nei centri storici, sia altresì in grado di creare analoghe condizioni di vivibilità socio-culturali nell'intero territorio cittadino.

Il quadro normativo, oggetto di una lunga parabola legislativa che si è andata delineando a partire dal d.lgs. n. 114 del 31 marzo 1998 (noto come decreto Bersani) con il superamento dell'assetto dirigitico introdotto dalla legge n. 426 del 1971¹⁰, si è evoluto lungo la traiettoria della liberalizzazione del commercio e, non senza battute d'arresto, ha trovato un assestamento, quantomeno nella sua struttura generale, con il d.lgs. 25 novembre 2016, n.222 che ha operato una ricognizione, in chiave semplificatoria, dei procedimenti in materia commerciale, esprimendo una gamma di soluzioni, dalla comunicazione mera, sino alla segnalazione certificata di inizio attività, o all'autorizzazione, con o senza silenzio-assenso, in relazione all'impatto dell'attività¹¹.

In tale scenario è possibile cogliere alcune significative linee di tendenza, delineandosi altrettante chiavi di lettura in una prospettiva di progettualità idonea a promuovere una fruizione sostenibile della città.

Nonostante la complessa articolazione attraverso cui, dal 1998 al 2016, si è dispiegato l'iter normativo, si distinguono due sostanziali macro impostazioni che, ove ben interpretate, potrebbero assolvere a un ruolo complementare e di rafforzamento reciproco orientando la liberalizzazione delle attività commerciali nella direzione di uno sviluppo urbano sostenibile.

Il decreto Bersani, con l'obiettivo principale di una riforma in grado di modificare la trama dei servizi del Paese, alla luce del principio generale del rispetto della libera concorrenza (art.6, 1° comma)¹², ha, da un lato eliminato ogni forma di pianificazione strutturale dell'attività del commercio, dall'altro e contestualmente, ha affidato alla pianificazione urbanistica la individuazione delle condizioni di inserimento territoriale delle diverse tipologie di attività commerciali, avendo riguardo sia a finalità produttive che di vivibilità (art. 6, co.1, lett.a). Attraverso tale impostazione si è pertanto riconosciuto alla pianificazione urbanistica quel carattere polifunzionale, anche non strettamente edificatorio, ormai da più parti auspicato¹³, aprendo sia ad una visione di area vasta, postulando una programmazione integrata tra centro e periferie (art.6,co.3, lett. a e lett. b), sia ad una ponderata mediazione fra l'obiettivo di libera concorrenza e

¹⁰ M.A. SANDULLI, *L'autorizzazione al commercio di vendita a posto fisso*, Milano, Giuffrè, 1990; P. URBANI, *Conformazione dei suoli e finalità economico sociali*, in *Urb. e app.*, 2013, 59 ss.

¹¹ Sul tema, E. BOSCOLO, *La liberalizzazione del commercio e limiti urbanistici*, in *Urb. e app.*, 2017, 106 ss.

¹² A. TRAVI, *Attività commerciali e strumenti urbanistici: ovvero, «il diritto preso sul serio»*, in *Urb. e app.*, 2014, 101 ss.

¹³ E. BOSCOLO, *Commento agli artt. 7-9-10 della legge urbanistica*, in BATTINI-CASINI-VESPERINI – VITALE (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, Torino, Utet giuridica, 2013.

quello della salvaguardia dell'identità dei contesti urbani, che passa a sua volta, attraverso la riqualificazione dei quartieri urbani degradati (art.6, co.1, lett. c), il ripopolamento dei centri di minore densità demografica (art.6, co.3, lett. d), nonché la salvaguardia dei centri storici (art.6, co.1, lett. d).

Il percorso liberalizzante è stato rilanciato con il recepimento della cosiddetta “direttiva Bolkestein” in tema di libera prestazione dei servizi con il d.lgs. n. 59 del 2010. Ne è seguita una sequenza di interventi normativi nell'ambito di un complessivo progetto di intervento sull'amministrazione pubblica e sull'economia¹⁴. Tali interventi hanno ulteriormente rivisto la disciplina del commercio rimuovendo le residue barriere che ancora ostacolavano l'accesso al mercato, anche attraverso la previsione di una abrogazione implicita non solo di norme regionali restrittive al più ampio dispiegamento delle libertà economiche, ma anche di atti amministrativi “recanti disposizioni di pianificazione o programmazione territoriale o temporale” limitativi in modo non ragionevole o proporzionato rispetto alle finalità dichiarate, o comunque tali da alterare la concorrenza e la tutela dei consumatori (art. 1 del d.l. n.1 del 2012). Unica eccezione ammessa dal deciso incedere della liberalizzazione è stata quella che ha legittimato in modo prioritario i limiti connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano e i beni culturali (art.31 del d.l. n. 31 del 2011), qualificati alla stregua di motivi imperativi d'interesse generale (art.8 d.lgs. n.59 del 2010).

Il tenore di tali disposizioni ha segnato una evidente discontinuità con il d.lgs. n.114 del 1998 che, pur dequotando la pianificazione commerciale, non ha inteso abbandonare lo strumento pianificatorio, grazie alla previsione dello stretto collegamento della liberalizzazione del commercio con gli obiettivi di riqualificazione dei territori.

La tecnica normativa utilizzata dal legislatore dal 2010 ad oggi, invece, si caratterizza, da un lato per la formulazione molto ampia¹⁵ delle disposizioni dirette a rimuovere ostacoli al mercato e alla concorrenza, dall'altro per la mera descrizione degli effetti indesiderabili delle norme anticoncorrenziali¹⁶, rivenienti dall'«applicazione caso per caso di una verifica di natura economica che subordina il rilascio del titolo autorizzatorio alla prova dell'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato, o alla valutazione degli effetti economici potenziali o effettivi dell'attività o alla valutazione dell'adeguatezza dell'attività rispetto agli obiettivi di programmazione economica stabiliti» (art. 11 del d.lgs n.59 del 2010)¹⁷.

¹⁴ Per la ricostruzione analitica dell'evoluzione normativa, si rinvia a G. IACOVONE, *Dinamiche concorrenziali e interesse pubblico nell'esercizio delle attività commerciali*, in L. VIGANONI (a cura di), *Commercio, consumo e città. Quaderno di lavoro*, parte II, Milano, Franco Angeli, 2017, 117 ss.

¹⁵ A. TRAVI, *Attività commerciali e strumenti urbanistici: ovvero, «il diritto preso sul serio*, cit., 103.

¹⁶ E. BOSCOLO, op. ult. cit., 113.

¹⁷ Ogni verifica a carattere economico, difatti, è considerata alla stregua di un requisito negativo, e dunque a carattere anticoncorrenziale.

Non si discosta da tale logica neanche il citato d.lgs. n.122 del 2016, secondo cui la generale volontà di liberalizzazione manifestata attraverso la ricognizione delle attività commerciali oggetto di semplificazione amministrativa ammette ben circoscritti limiti la cui identificazione è affidata a singole intese volte a “delimitare zone o aree aventi particolare valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico in cui è vietato o subordinato ad autorizzazione rilasciata ai sensi dell’articolo 15 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, l’esercizio di una o più attività di cui al presente decreto, individuate con riferimento al tipo o alla categoria merceologica, in quanto non compatibile con le esigenze di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale”¹⁸.

In altri termini, secondo l’impostazione appena richiamata, la pianificazione urbanistica costituisce un limite puntuale al libero esplicarsi dell’attività commerciale e, in quanto tale, è ammissibile solo ove sia strettamente funzionale a tutelare, in via speciale e derogatoria, specifici interessi, volta per volta individuati da atti amministrativi che, per passare il vaglio di legittimità, sono chiamati a dimostrare “se effettivamente i divieti imposti possano ritenersi correlati e proporzionati a effettive esigenze di tutela dell’ambiente urbano o afferenti all’ordinato assetto del territorio sotto il profilo della viabilità, della necessaria dotazione di standard o di altre opere pubbliche, dovendosi, in caso contrario, reputare che le limitazioni in parola non siano riconducibili a motivi imperativi di interesse generale”¹⁹.

Emerge così una “tensione” irrisolta tra pianificazione urbanistica e commercio che, continuando a relegare i piani regolatori in una sorta di “isolamento cronico”²⁰, decontestualizzato da ogni inquadramento socio-economico, si pone in soluzione di continuità con la più moderna visione, organica e integrata, dei processi di regolazione degli assetti territoriali²¹.

¹⁸ Ai sensi dell’art. 1, co.4, d.lgs. 25 novembre 2016 n. 222 «Per le finalità indicate dall’articolo 52 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, il comune, d’intesa con la regione, sentito il competente soprintendente del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, può adottare deliberazioni volte a delimitare, sentite le associazioni di categoria, zone o aree aventi particolare valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico in cui è vietato o subordinato ad autorizzazione rilasciata ai sensi dell’articolo 15 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, l’esercizio di una o più attività di cui al presente decreto, individuate con riferimento al tipo o alla categoria merceologica, in quanto non compatibile con le esigenze di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale. I Comuni trasmettono copia delle deliberazioni di cui al periodo precedente alla competente soprintendenza del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo e al Ministero dello sviluppo economico, per il tramite della Regione. Il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo e il Ministero dello sviluppo economico assicurano congiuntamente il monitoraggio sugli effetti applicativi delle presenti disposizioni».

¹⁹ Tar Lombardia, Milano, sez. I, 10.10.2013, n. 2271, in *Urb. e app.* 1/2014, 97 ss., con commento di A. TRAVI.

²⁰ P. STELLA RICHTER, *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale: conclusioni al IV Convegno nazionale AIDU*, in *Rin. giu. ed.*, 2001, 3

²¹ P. PORTALURI, cit., richiamando la nota sentenza del CdS, Sez. IV, n. 2710 del 2012. Di

Il tema si sposta, dunque, sulla necessità di una pianificazione che, entro un complessivo progetto di riqualificazione della città, declini in modo autentico il concetto di “diritto alla città” elaborato da Henri Lefebvre e da intendere come “diritto alla vita urbana”²² non facendosi tentare da fuorvianti trasposizioni ad un diritto alla città storica²³.

Viene in rilievo, inequivocabilmente, la capacità di recupero del centro storico, ma nell’ambito di una visione complessiva ed integrata, di una strategia generale, che sia in grado di farlo interagire con la città “moderna” e quindi con la città esistente, definendo l’insieme sistematico delle attività, degli interventi, dei progetti e dei programmi che si intende attivare per conseguire l’obiettivo di una ricostruzione di qualità volta alla rigenerazione dei diversi ambiti urbani, in un processo che metta al primo posto il patrimonio culturale, la sua fruibilità associata all’innovazione, l’*ethos* della città stessa, senza cioè tradire l’eticità del coniugare correttamente valori di mercato e valori della convivenza sociale e della partecipazione sostanziale.

In tale direzione il capitolo del commercio appare fondamentale, ma entro un progetto di salvaguardia dell’identità dei contesti urbani, attraverso una valutazione, *ex ante*, delle esternalità generate dai nuovi insediamenti commerciali e dell’inserimento di attività commerciali nei centri storici, nonché, attraverso procedimenti attuativi di criteri qualitativi che siano funzionali a verifiche di sostenibilità territoriale e ambientale²⁴.

particolare rilievo ai fini sul tema del rapporto tra pianificazione e attività produttive E. PICOZZA, *Strumenti urbanistici e attività economiche*, in P. Stella Richter (a cura di), *Verso le leggi urbanistiche di IV generazione*, Milano, Giuffrè, 2019, 67 ss., in cui l’A. inquadra i rapporti tra pianificazione urbanistica e concorrenza in chiave conciliativa alla luce di due concetti fondamentali: quello secondo cui “l’idolo della concorrenza e il pregiudizio che esso sia un principio, un valore e un interesse pubblico da porre al disopra di tutto non trova riscontro nel dettato delle norme positive a cominciare dai Trattati europei e men che mai nella Costituzione”; nonché quello per cui il nostro quadro regolatorio è costruito in funzione “di un potere conformativo del territorio”, e da cui fa discendere, alla luce dello stato dell’arte, che “non sembrano esservi nel nostro ordinamento disposizioni normative e amministrative regionali in materia di rapporto tra attività economiche e strumenti urbanistici da intendersi in senso limitativo della libertà di iniziativa economica”.

²² H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, Verona, Ombre corte, 2014 (prima edizione italiana), 113.

²³ Alcuni significativi segnali di rivendicazione del “diritto alla città” sono stati colti da E. SCANDURRA, *Dal vagone di coda le periferie inviano segnali*, in *il Manifesto*, 18 ottobre 2018 che, a proposito di Roma, scrive “i giovani si danno appuntamenti al Pigneto, al Quadraro, perfino a Corviale abbandonando ai turisti il Centro e la “Grande Bellezza”. La vita vera si svolge in questi luoghi tra mille contraddizioni ed espedienti di sopravvivenza ma pur sempre con la precisa coscienza che “del centro non sappiamo che farcene”.

²⁴ Si vedano in tal senso la D.G.R. Lombardia n.978 del 26 novembre 2013 e la D.C.R. Liguria n.31 del 17 novembre 2012, citati da E. BOSCOLO, *La liberalizzazione del commercio*, cit., 116.

3. *Esperienze di sostenibilità territoriale ed economica*

Nella prospettiva generale delineata, un osservatorio privilegiato è costituito dalla città di Matera che, designata Capitale europea della Cultura per il 2019, è stata investita da un processo di cambiamento e innovazione annunciato dal Dossier di candidatura che della partecipazione e dell'integrazione, dell'equilibrio tra aree e funzioni, fa il suo cavallo di battaglia per mettere in relazione i diversi tasselli di questo *puzzle* urbano²⁵.

3.1. *Le scelte regionali*

Preliminarmente all'analisi delle scelte cittadine materane appare necessario un inquadramento del contesto normativo regionale.

Gli obiettivi individuati a presidio dell'esercizio delle attività commerciali e la conseguente ponderazione di interessi affidata all'amministrazione comunale per il loro conseguimento sono contenuti nella l. reg. Basilicata 20 luglio 1999, n.19, *Disciplina del commercio al dettaglio su aree private in sede fissa e su aree pubbliche*, modificata dalla l. reg., 30 settembre 2008, n.23 di adeguamento al Decreto Bersani, anche quest'ultima poi aggiornata in conformità alle regole nazionali sopravvenute.

Ispirata, conformemente agli indirizzi comunitari e nazionali, ai principi di libertà di iniziativa economica, tra le finalità perseguite emergono l'efficienza della rete distributiva, nonché il pluralismo e l'equilibrio tra le diverse tipologie distributive e le diverse forme di vendita, nel cui ambito particolare spazio viene attribuito alla valorizzazione del ruolo delle piccole imprese e alla tutela attiva delle botteghe, dei mercati e dei contesti territoriali di interesse storico, architettonico e archeologico (art.1, lett.c); alla salvaguardia e alla qualificazione del servizio commerciale nelle aree urbane, rurali e montane, ai fini di una articolata e diffusa presenza del sistema distributivo nel territorio regionale (art. 1, lett.e); alla salvaguardia e alla tutela del territorio secondo i principi della sostenibilità ambientale (art. 1, lett.g).

Nell'ambito di tali finalità, la rinnovata disciplina dell'insediamento delle attività commerciali individua specifiche aree quali ambiti interessati dalla programmazione regionale e per i quali fissa alcuni indirizzi generali "sulla base di parametri socioeconomici, della consistenza demografica, della utilizzazione del territorio nei limiti dello sviluppo sostenibile".

²⁵ Il *Dossier Matera 2019 Open future* parla diffusamente di strategie mirate alla partecipazione e all'integrazione (connessione inter-locale e il networking) attraverso iniziative capillari realizzate nei diversi quartieri della città, soprattutto in quelli più periferici (p. 28) e di sostenibilità economica e territoriale. In particolare, si legge testualmente, "la candidatura consegnerà nuove infrastrutture culturali, improntate ai principi di sostenibilità, riuso, flessibilità, rilevanza sociale, equa distribuzione tra centro e periferia" (p. 38).

Dalla delimitazione degli ambiti territoriali interessati alle regole generali sul commercio emerge, quanto alle aree urbane considerate ai fini della programmazione economico-commerciale, una particolare sensibilità del legislatore regionale per i centri storici, cui porre particolare attenzione per accogliere un commercio di vicinato costituito da quella piccola imprenditoria a dimensione artigiana da promuovere in contesti territoriali di pregio, mentre non altrettanto attento si rivela con riguardo alla necessità di una programmazione integrata tra centro e realtà periferiche²⁶.

Per i centri storici, infatti, la disciplina regionale detta importanti criteri urbanistici generali riguardanti il settore del commercio, relativamente alla individuazione da parte degli strumenti urbanistici degli edifici da destinare ad attività commerciali, sottolineando la necessità di specifiche disposizioni relative all'arredo urbano e al decoro architettonico, nonché, in particolare, alla salvaguardia delle "peculiarità identificative del centro stesso", con ciò, evidentemente, volendo intendere i suoi caratteri identitari.

In tale prospettiva, il legislatore si preoccupa, infatti, di orientare l'attività urbanistica verso "la conservazione e l'insediamento di esercizi di vicinato, capaci di valorizzare particolari percorsi e luoghi tradizionali del commercio". Coerentemente con l'impostazione fissata in via generale, a maggior ragione con riguardo ai comuni turistici e alle città d'arte, la legge regionale n.19, al fine di riqualificare la rete distributiva e rivitalizzare il tessuto economico, sociale e culturale dei centri storici, aree o edifici aventi valore storico, archeologico, artistico e ambientale, contempla l'approvazione di programmi e progetti di riqualificazione della rete commerciale sia in senso conformativo alla "funzione territoriale" prevedendo regole riguardanti le dimensioni e le tipologie merceologiche, sia in senso promozionale e di valorizzazione "dei centri storici, individuando in tale contesto le botteghe storiche e i contenitori esistenti suscettibili di riuso per l'insediamento di nuove attività commerciali, artigianali e di servizio o per il potenziamento di quelle esistenti".

Emerge con grande evidenza una logica di rivitalizzazione dei centri storici attraverso l'incentivazione delle attività produttive e degli investimenti immobiliari, e dunque come catalizzatori di potenzialità di sviluppo, restando del tutto estranee le questioni connesse all'armonizzazione delle attività commerciali con la vita quotidiana nel centro storico, salvo un riferimento ad una generica "vivi-

²⁶ L' art 2, l. reg. Basilicata 20.7.1999, n. 19 come modificata e integrata dalla l. reg. 30.9. 2008, n. 23, Modifiche ed integrazioni alla l.reg. 20.07.1999, n. 19 nel delimitare gli ambiti territoriali per i quali disporre le regole generali sul commercio, oltre ai centri storici, ha considerato le aree sovracomunali, configurabili come aree gravitazionali e in quanto tali esterne alle aree urbane e considerate "naturali" destinatarie di grandi strutture commerciali; le aree montane, rurali e centri minori, con l'evidente obiettivo di contrastare le tendenze all'abbandono; le aree di rilevanza paesistico ambientale, da salvaguardare.

bilità” contenuto al 2° comma dell’art. 16, enfatizzandosi, invece, gli aspetti della valorizzazione legati all’attrattività turistica.

Una interessante prospettiva focalizzata sulla qualità della “vita nei quartieri” si ravvisa nella disciplina dei Centri Commerciali Naturali, di Via, di Strada (Articolo 16 bis 2), luoghi commerciali sviluppatasi nel tempo e risultanti da un insieme naturalmente integrato di esercizi commerciali, esercizi di somministrazione, strutture ricettive, attività artigianali, di servizio e aree mercatali, per i quali la norma prevede programmi comunali di qualificazione ai fini “della definizione e realizzazione di attività, iniziative e funzioni coordinate con il metodo della *governance* cooperativa tra pubblico e privato”, con una attenzione particolare però ancora ai centri storici, che potrebbero incrementare l’attrattività dello stesso mercato e innescare nuovi “atteggiamenti” della vita urbana con riguardo all’uso di spazi pubblici e alla relativa fruizione da parte degli abitanti.

3.2. *Le scelte materane*

Nell’ambito del ricostruito contesto normativo regionale si inserisce l’attività amministrativa funzionale a creare le condizioni dello sviluppo economico-commerciale della città di Matera.

In questa città il delicato equilibrio, più sopra richiamato in via generale, tra commercio, turismo e pianificazione urbanistica, acquista una fisionomia decisamente articolata, a causa delle peculiarità del territorio materano e delle “vicende” che l’hanno visto protagonista.

Dal punto di vista territoriale e urbanistico, Matera si presenta divisa nettamente in due parti dal volto del tutto diverso: ad ovest si estende la città più moderna con i rioni recenti; ad est sul bordo e lungo i fianchi della stretta gravina si colloca la zona dei caratteristici Sassi, un complesso urbano unico nel suo genere che ha ospitato circa 15.000 persone fino al 1952, quando una legge dello Stato ne ha decretato lo sfollamento per motivi igienico – sanitari²⁷.

Fu proprio lo sfollamento che impose un nuovo assetto urbano alla città, anche se il “flusso” di abbandono dei Sassi era iniziato in epoca antecedente. Sulle direttrici di sviluppo del Piano regolatore di Piccinato (1956) nacquero i nuovi quartieri residenziali di Spine Bianche, Lanera, Serra Venerdi, Piccianello, Agna-Cappuccini, e i borghi rurali ubicati a pochi chilometri dal centro cittadino come il Villaggio La Martella, Borgo Venusio e Picciano.

Il tessuto urbano riprogettato era stato disegnato sull’idea della policentricità e dell’autosufficienza dei nuovi quartieri²⁸ e all’interno della ridefinizione

²⁷ L. 17 maggio 1952, n. 619, *Risanamento dei rioni dei “Sassi” nell’abitato del comune di Matera*.

²⁸ Nati dalla mente di grandi progettisti (tra questi L. Quaroni e F. Gorio, L. Piccinato e M. Fabbri i quali hanno lavorato a Matera negli stessi anni in cui si svolgeva l’indagine finanziata dall’UNRRA-Casas con una squadra di sociologi e antropologi come L. De Rita e T. Tentori)

funzionale e infrastrutturale adottata dal piano, i Rioni Sassi, antico nucleo urbano della città, furono considerati come un “vuoto”, ossia una questione da “rimuovere”, almeno fino all’ultimazione del trasferimento degli abitanti.

Si è così venuta determinando una sorta di dualità anche sotto il profilo del governo del territorio e, prima ancora, nell’immaginario cittadino, alla base della diversificazione delle politiche, e dei conseguenti atti amministrativi, che hanno accompagnato, e accompagnano tutt’ora, l’evoluzione della città nelle sue differenti articolazioni, ivi compreso lo sviluppo economico-commerciale.

D’altro canto non può ignorarsi che la diversificazione dei processi è stata paradossalmente alimentata proprio dai noti e importanti riconoscimenti nazionali e internazionali che hanno consentito a Matera di assurgere a città fortemente attrattiva sotto il profilo turistico e culturale, tanto da qualificarla “città resiliente” in seguito al processo che da “vergogna nazionale” l’ha condotta a “città-palcoscenico”.

In primo luogo, infatti, la legge nazionale n. 771 del 1986 introdusse importanti novità per il recupero dei Sassi, affidando interamente la gestione all’Amministrazione comunale, prevedendo Programmi biennali di attuazione da articolarsi “nel quadro delle previsioni generali di recupero in termini di residenza, servizi, anche di interesse socio-economico, ed attrezzature pubbliche, nonché dei vincoli ambientali e paesaggistici”²⁹.

Nel 1993 l’inserimento nella lista Unesco dei siti “Patrimonio dell’umanità” ha segnato una tappa fondamentale nel passaggio ad una nuova considerazione dei Sassi come bene universale da salvaguardare, e che ha condotto all’approvazione del relativo Piano di gestione previsto dalla legge 20 febbraio 2006, n. 77.

Sia le Previsioni generali di recupero dei Sassi, sia il Piano di gestione del Sito Unesco costituiscono importanti strumenti di governo del territorio, con un denominatore comune consistente nella valorizzazione delle interrelazioni tra territorio e patrimonio culturale materiale e immateriale, ponendo dei presidi e delle misure di tutela alle trasformazioni urbane.

Quanto al Piano di gestione non sembra potersi considerare alla stregua di uno strumento ad efficacia conformativa della proprietà e del territorio, quanto piuttosto ad efficacia strategica che, in quanto tale, dovrebbe svolgere il ruolo di strumento di programmazione delle attività di tutela del sito Unesco e di parame-

portati a Matera dalla L. n. 619 del 17/05/1952, i nuovi quartieri sono stati pensati come piccole unità autosufficienti, dotati dei servizi e delle *facilities* necessarie: oltre allo spazio dedicato alle botteghe e negozi, molti progetti contemplano anche la presenza di centri di aggregazione, che in alcuni casi, sono poi stati utilizzati per altri scopi tradendo nella sostanza il progetto originario. Sul tema, O. ALBOLINO, L. CAPIELLO, G. IACOVONE, L. STANZIONE, *Profitto e valori: ethos e commercio. Il caso di Matera*, in L. VIGANONI (a cura di), *Commercio e consumo nelle città che cambiano*, Milano, Franco Angeli, 2019, 151-194.

²⁹ Art. 2 della l. 11 novembre 1986, n. 771, Conservazione e recupero dei rioni Sassi di Matera.

tro di riferimento delle misure amministrative ivi adottate dalle amministrazioni territoriali³⁰.

Le Previsioni generali di Recupero dei Sassi (PGdR), invece, costituiscono uno strumento urbanistico ad efficacia conformativa e precettiva idoneo a delineare un quadro di riferimento per l'esercizio sinergico di azioni non solo edilizie, ma anche di sviluppo dei Rioni Sassi e di valorizzazione identitaria in funzione dell'implementazione dell'offerta turistica, attraverso la disciplina di interventi migliorativi dell'accessibilità al sito, e di incremento degli immobili destinati a diventare spazi culturali e ad accogliere attività produttive di tipo commerciale e artigianale.

La lettura di tale strumento appare molto eloquente con riguardo all'esistente e ai programmi futuri.

Dalle Previsioni Generali di Recupero dei Sassi (PGdR) nella versione vigente, approvata nel 2013, risulterebbe che sul totale della superficie recuperata la metà è destinata a residenze e la restante parte ad attività produttive e culturali e comunque legate al turismo.

Tale dato, tuttavia, appare *ictu oculi* non corrispondente alla situazione di fatto, in quanto la percentuale destinata a residenze comprende le attività turistico-ricettive che, anche sulla base del mero dato di esperienza, prevalgono ormai sulle residenze abituali.

Emerge una forte connotazione turistica, anche dei relativi servizi commerciali dei Rioni Sassi che dopo la designazione a ECoC è in decisa ascesa, peraltro coerentemente con aspettative espresse nello strumento urbanistico in considerazione, ai sensi del quale “le azioni, quindi, sul piano della qualità (degli interventi e della vita), che le PGdR promuovono, sono tutte strettamente funzionali al consolidamento ed alla crescita della fruizione turistica del comprensorio materano, e dell'economia che attorno ad essa si sviluppa”. Quanto in particolare al commercio, tuttavia, le PGdR disvelano una certa “indeterminatezza programmatica” dichiarando esiti ancora incerti a causa di una scarsa chiarezza nella strategia e negli obiettivi di tali interventi (nella qualità, target merceologico ed organizzazione di insieme)³¹, in una parola manca una visione di insieme.

A tal riguardo, la proposta emergente dall'Amministrazione comunale è quella di realizzare nei nastri di fondovalle dei due rioni materani (il Sasso Cave-

³⁰ Sul tema dell'efficacia dei piani di gestione dei siti UNESCO si veda A. BARTOLINI, *Patrimonio culturale e urbanistica*, in P. STELLA RICHTER (a cura di), *Governo del territorio e patrimonio culturale*, cit., 19, ma sia consentito altresì un rinvio a G. IACOVONE, *I piani di gestione relativi ai beni inseriti nella Lista del patrimonio mondiale culturale e naturale*, in A. CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Bari, Cacucci, 2014, 77-90.

³¹ Si veda Relazione alle PgDR, p. 61, testo disponibile al sito: www.comune.matera.it/sassi-l-771-regolamenti/item/778-l-771-sassi-previsioni-general-del-recupero-2013.

oso e il Sasso Barisano) e nelle camere urbane che li fiancheggiano un “percorso-shopping” che faccia de “I Sassi, un’area shopping unica”³².

La promozione dell’attività commerciale rientra, evidentemente, in un più ampio quadro teleologico di valorizzazione che è possibile definire dell’immateriale economico, ma che per le dimensioni che va assumendo, pur attestandosi solo ai dati pubblicati nello strumento in commento fermo al 2013, appare da un lato non perfettamente correlabile con il primario interesse alla tutela e valorizzazione del patrimonio storico e artistico di cui all’art. 9 Cost., dall’altro sembra inquadrarsi nell’ambito di una portata solo enunciativa, tanto con riguardo alla consapevolezza dell’importanza del centro storico quale ambito di convivenza sociale a forte valenza identitaria, quanto all’obiettivo del superamento delle due città (la città antica e la città contemporanea).

Un approccio metodologico di tal fatta rischia da un lato di innescare un irreversibile e incontrollato processo di *gentrification* che in tante città italiane è entrato in aperta contraddizione con le espressioni valoriali che hanno costituito il punto di partenza, quantomeno enunciato, delle esperienze di rigenerazione; dall’altro di alimentare stratificazioni della scissione non solo fisica, ma altresì dei processi produttivi e sociali di cui la città storicamente soffre, disincentivando connessioni idonee ad attivare processi virtuosi di inclusione e coesione sociale.

Sembra procedere in tale specifica direzione l’unica recente iniziativa che il Comune di Matera ha intrapreso nei Sassi, peraltro in assenza di alcuna autentica programmazione. Ci si riferisce alla recente gara indetta “ai sensi della l. n.771/1986 e del relativo Regolamento” per l’assegnazione in sub-concessione di alcuni immobili rientranti nel demanio, da destinare ad esercizi commerciali di vicinato³³ che si inserisce, purtroppo, a pieno titolo, tra quegli interventi estemporanei, non supportati da strategie e obiettivi, in quanto tali forieri delle medesime disfunzioni rilevate delle stesse PGdR con riguardo all’attività commerciale.

Sono evidenti, infatti, i rischi che si corrono trasferendo la disciplina della “rigenerazione identitaria” dal piano al singolo progetto, con i rischi e le conseguenze negative proprie della frammentazione. Il fattore identitario di cui il patrimonio culturale è espressione, non può essere considerato alla stregua di un elemento di cui tener conto, ma costituisce l’essenza stessa della specifica realtà oggetto di considerazione.

Negli strumenti urbanistici vigenti e/o adottati, peraltro, non v’è alcun cenno, con riguardo ai rioni Sassi, alla “filosofia” e alla metodologia di cui al

³² Cfr. Relazione alle PgDR, cit., 64.

³³ Il testo del bando è disponibile al sito <http://www.comune.matera.it/dal-comune-int/item/3574-assegnazione-locali-nei-sassi-pubblicato-il-bando-per-l-insediamento-di-esercizi-commerciali-di-vicinato>, da cui si vince che le tipologie merceologiche ivi previste (negozi di arredamento, agenzie di viaggi, antiquariato, audiovisivi, gallerie d’arte) non sono in alcun modo funzionali a semplificare e qualificare, e dunque ad incentivare, la via quotidiana dei residenti.

Piano di gestione del sito Unesco 2014-2019 che, nella sua portata strategica, è lo strumento legittimato a fornire alla responsabile cura dei soggetti pubblici competenti in materia di pianificazione del governo del territorio le informazioni necessarie a guidare i processi decisionali, proiettandoli sul piano giuridico con regole idonee a garantire nel tempo il nucleo identitario oggetto della riqualificazione, attraverso la predisposizione di programmi a tutela del patrimonio dell'umanità, ma anche di autentica valorizzazione e integrazione dei e con i processi di crescita economica e culturale della comunità locale.

4. *Bilancio (prospettico) di uno sviluppo "duale"*

E proprio con riguardo al profilo dell'integrazione, emerge l'altro, complementare, versante delle "due città", e dell'esigenza di un superamento della storica divisione che nel tempo ha segnato un solco sempre più netto e profondo, anche grazie alla diversità delle politiche urbane e dei relativi strumenti di pianificazione³⁴.

Che si tratti di una prospettiva ormai ineludibile per Matera è ben evidenziato dall'Amministrazione locale in tutti i documenti ufficiali esplicativi dei principi e delle regole che compongono gli strumenti, molti in verità *in itinere* da anni, di governo del territorio.

Ma altrettanto è ineludibile chiedersi se possa considerarsi sufficiente, per intraprendere il percorso auspicato, la mera evocazione di "un'unica strategia di crescita e di sviluppo sostenibile della città" per innescare automaticamente processi virtuosi. Laddove, peraltro, continua a perpetrarsi un modello di pianificazione per compartimenti stagni. Né sono sufficienti i troppo generici riferimenti alla "qualità della vita" o all'inclusione sociale.

Non è chiaro il nesso, o come si legge nella Relazione delle PGdR "la ricaduta" sulla trasformazione della città e del suo territorio ad opera di forme di regolazione che, sebbene ancora in gestazione, appaiono distanti da quei modelli di quarta generazione caratterizzati da un solido orientamento pro-coesivo, e consapevoli del ruolo strumentale del piano rispetto alla costruzione del *welfare* urbano³⁵.

La città di Matera è, infatti, in una stagione di passaggio (che per la verità dura da molto tempo) sotto il profilo del governo del territorio. Non è stato,

³⁴ La Relazione alle PGdR dichiara (69): «L'esperienza dell'ultimo decennio è assai significativa a riguardo: la tumultuosa fase di espansione urbanistica ed economica che la città ha vissuto in questi anni, provocando non pochi danni alla "città storica" di cui sopra (alterando irrimediabilmente morfologie, habitat naturalistici, preesistenze rupestri, ecc.), ha notevolmente compromesso quell'organico concatenarsi di segni che fino a pochi anni addietro costituivano un tracciato, assai ramificato, che conduceva dal territorio rurale all'incomparabile spettacolo della fossa della gravina urbanizzata (i Rioni Sassi)».

³⁵ E. BOSCOLO, *Leggi regionali urbanistiche di quarta generazione: struttura e contenuti*, in P. Stella Richter (a cura di), *Verso le leggi regionali di IV generazione*, cit., 42.

infatti, completato alcun procedimento tra quelli cui la legge urbanistica regionale del 1999 ha affidato le regole comunali della pianificazione territoriale e urbanistica e gli obiettivi di sviluppo sostenibile³⁶.

Non resta che guardare all'esistente e, in una logica per così dire comparata con la documentazione *in itinere*, ipotizzarne le evoluzioni che lo stato dei procedimenti in corso lascia intravedere.

Al momento, a fronte di un piano regolatore generale risalente alla fine del secolo scorso, sono *in itinere* sia il Piano strategico comunale che il Regolamento urbanistico, considerato alla stregua di piano operativo, e deputato a disciplinare gli insediamenti esistenti sull'intero territorio comunale³⁷.

Nella bozza di Piano strategico si legge: “Allo stato attuale Matera si trova a dover fronteggiare due aspetti apparentemente distinti ma caratterizzanti un'unica realtà: i Sassi e la necessità della tutela e valorizzazione attiva del loro patrimonio culturale; e la qualità urbana delle “nuove” aree residenziali, in cui si vanno sommando numerosi problemi legati alla gestione del vissuto quotidiano (carezza di infrastrutture, problemi legati alla percorribilità, degenerazione del tessuto edilizio, etc)”³⁸.

Anche il Bilancio urbanistico – documento richiesto dalla l.r. 23 del 99 ai fini della nuova pianificazione – sottolinea che “dalla analisi dei dati si evince che la concentrazione delle attrezzature per servizi è maggiore nelle zone più centrali del Capoluogo, mentre nelle aree a nord e a sud la presenza è minore”³⁹.

Ne deriva, proprio ai fini dell'auspicata integrazione urbana, la necessità che la riqualificazione delle aree cittadine più lontane dal centro crei le condizioni per relazioni e fruizioni sinora non praticate, al fine di valorizzare tali porzioni di città nell'ambito di un sistema da organizzare per uno sviluppo economico che non crei ulteriori marginalizzazioni.

D'altro canto, il Regolamento urbanistico nell'ambito del proprio statuto disciplinare, si candida dichiaratamente al raggiungimento di livelli di qualità urbana, non solo sotto il profilo ecologico, morfologico, estetico, storico-artistico, ma altresì con riguardo all'accessibilità e alla mobilità, nonché alla qualità residenziale ed alla qualità insediativa.

Il Piano regolatore generale del 1999, in via di superamento, sembra a sua volta

³⁶ L. reg. Basilicata del 11.8.1999 – n. 23, Tutela, governo ed uso del territorio.

³⁷ Il Regolamento urbanistico, disciplinato dall'art.16 della L. r. Basilicata 11.8.1999, n. 23, è stato adottato con deliberazione n°23 del 13.04.2018 del Consiglio comunale, ma ad oggi non è ancora stato approvato.

³⁸ Si veda il Piano strategico KARRER del 2009, la documentazione relativa e le sue evoluzioni, testo disponibile al sito: <http://www.comune.matera.it/piano-strategico-comunale>.

³⁹ Cfr. Bilancio Urbanistico, p.14. Il Regolamento d'Attuazione della l. reg. 23/99 introduce il Bilancio Urbanistico (BU) tra gli elaborati a corredo del Regolamento Urbanistico; in particolare esso viene individuato come strumento necessario per valutare dal punto di vista quantitativo e qualitativo lo stato di attuazione della pianificazione comunale vigente (vale a dire il PRG'99 entrato in vigore nel gennaio 2007 e i relativi strumenti di attuazione), rispetto al quale definire i nuovi strumenti di pianificazione, come il RU2013 nel caso di Matera.

sensibile alla logica richiamata allorché afferma: “la qualità urbana non è solo dovuta al grado di compiutezza morfologica e formale dello spazio ma, contemporaneamente, alla coerenza del rapporto tra la forma e la funzione”, con evidente riferimento ad uno strumento urbanistico che non sia solo un *empty shell*.

Nell’ambito di questa prospettiva un ruolo essenziale non può non essere rivestito dal commercio che, in quanto attività che “produce” territorio è niente affatto neutra rispetto agli assetti che vi si instaurano, e le cui ricadute positive o negative sono strettamente dipendenti dalla regolamentazione sugli usi del territorio medesimo.

Al riguardo il PRG '99 infatti recita: “I luoghi dell’attività terziaria (produttiva e di servizio; privata e pubblica) sono sostanzialmente i luoghi della città; specie in questa fase post-industriale è l’attività terziaria che offre le energie ed i materiali per conformare la città e lo spazio urbano. D’altra parte si è visto come un insediamento costituito solo da residenza difficilmente riesca a sviluppare forme di relazioni intense e diversificate proprie della condizione urbana e ad attribuire completezza e compiutezza alla sua forma. In questa ottica diventa però imprescindibile considerare l’attività terziaria in modo articolato, in rapporto alle diverse modalità con le quali essa tende a distribuirsi sul territorio ed alle diverse entità quali-quantitative di spazio di cui essa abbisogna”⁴⁰.

In altri termini, secondo la filosofia esposta, l’irriducibile esigenza di un disegno urbanistico delle città non può prescindere dalla considerazione anche della funzione commerciale, la cui regolazione spaziale è essenziale per assicurare efficienza, qualità e identità ai tessuti urbani.

A tale fine, si legge ancora nella Relazione illustrativa al piano regolatore vigente, “nella città contemporanea il PRG '99 indirizza il terziario diffuso alla qualificazione funzionale e morfologica delle linee e dei punti di forza della rete di strutturazione minuta dello spazio urbano, costituita dalle componenti di sistema della mobilità, dei servizi e del verde e degli spazi di relazione nei quali i suddetti entrano in sinergia, e dai luoghi urbani; è così che il terziario contribuisce alla formazione di mix funzionali, anche alla piccola scala, che favoriscono la diffusione, il più possibile capillare, della qualificazione urbana anche nella città di più recente formazione”.

Eppure, al momento, non può non osservarsi che i quartieri della Matera contemporanea soffrono di una carenza di socialità integrata proprio a causa della mancanza di una rete di esercizi commerciali e di servizi⁴¹.

La prima linea strategica della bozza del piano strategico comunale (anche questo *in itinere*), infatti, evidenzia l’esigenza di “rafforzare l’identità locale per superare lo sviluppo mono settoriale”. A fronte della espressa difficoltà della

⁴⁰ Si veda la Relazione illustrativa del Prg, 1999, p. 56, testo disponibile al sito: http://www.comune.matera.it/images/amm_trasp/pianificazione_e_governo_del_territorio/Variante_Generale_Vig.PRG_99/Elaborati_di_testo/P1_REL_reg.pdf

⁴¹ I dati al 2019 sono riportati nel *Bollettino Mezzogiorno Basilicata* 1/2019, a cura di Studi sul Mezzogiorno (SRM), p.3, accessibile al sito <https://www.sr-m.it>

pianificazione urbanistica di governare le attività produttive, il piano strategico afferma che occorre “Ridisegnare il sistema delle opportunità insediative delle attività produttive, per consentire lo sviluppo delle stesse, la più possibile razionale loro presenza nello spazio urbano e rurale e garantire l’equilibrio ambientale. Per fare ciò occorre prevedere una articolata gamma di occasioni insediative, capaci di cogliere la migliore opportunità del territorio e del suo assetto”. Al riguardo, in particolare, il Piano strategico pone attenzione all’impulso positivo riveniente dalla istituzione della Zona Franca Urbana, individuata e perimetrata a nord est della città, raccomandandone la corretta gestione attraverso la previa applicazione della tipologia di area produttiva proprio in considerazione della istituzione della ZFU⁴².

Anche la terza linea strategica, dedicata al *welfare* urbano e all’incremento della qualità della vita è motivata dalla circostanza che i quartieri periferici materani sono caratterizzati, dalla scarsa qualità abitativa che nel corso degli anni è andata ulteriormente peggiorando, a causa, oltre che delle modeste opere di manutenzione, anche della “bassa dotazione e qualità dei servizi. È necessario dunque dotare la città di adeguati servizi urbani e sociali, elevando le performance operative del settore pubblico al fine di innalzare il livello di qualità della vita non solo nel centro storico ma anche nelle aree periferiche”.

A fronte delle disfunzioni territoriali evidenziate, tuttavia, la linea di tendenza emergente dal Regolamento urbanistico sopra richiamato non sembra cogliere le importanti esigenze strategiche segnalate.

Dall’analisi dello stesso emerge che a fronte di cospicue previsioni di nuovi insediamenti residenziali che interessano i diversi margini cittadini, che siano di nuova rilevanza urbana o da riqualificare, quindi rientranti nella città consolidata, le destinazioni a commercio diffuso sono inesistenti o minimali o, comunque rimette all’investitore privato un’ampia possibilità di scelta che potrebbe ricadere anche su una “opzione zero”, in relazione a residenze che, invece, in quello stesso ambito territoriale possono raggiungere il 100% della superficie delimitata.

La stessa situazione si ravvisa anche in quelle zone, sempre periferiche o semi-periferiche, destinate ad accogliere sia residenze che funzioni ricettive.

⁴² Le Zone franche urbane sono ambiti territoriali, di dimensione prestabilita, dove si concentrano programmi di defiscalizzazione e decontribuzione rivolti alle imprese al fine di contrastare i fenomeni di esclusione sociale negli spazi urbani e favorire l’integrazione sociale e culturale delle popolazioni abitanti in circoscrizioni o quartieri delle città caratterizzati da degrado urbano e sociale. Nate sulla base dell’esperienza francese delle *Zones franches urbaines* nell’obiettivo di favorire lo sviluppo economico e sociale di quartieri e aree urbane caratterizzate da disagio sociale, economico ed occupazionale, le Zfu intervengono anche per favorire la ripresa e lo sviluppo di territori colpiti da calamità naturali. Istituite ai sensi dell’articolo 1, comma 340 e seguenti, della l. 27/12/2006, n. 296 e successive modificazioni (legge finanziaria 2007) e oggetto di successivo intervento ai sensi dell’articolo 1, co. 561 e seguenti, della l. 24/12/2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), le Zone franche urbane trovano la loro definizione particolareggiata all’interno del decreto interministeriale 10/04/2013, come modificato dal decreto interministeriale 5/06/2017. Le modalità di funzionamento sono chiarite dalla circolare n. 172230 del 9/04/2018

Possibilità di incremento di esercizi commerciali di piccole e medie dimensioni, sono espressamente previste, attraverso cambi di destinazioni d'uso, nel centro storico, sia in modo diretto che subordinatamente a Piani di recupero, ma, non si ravvisano analisi *ex ante* delle esigenze. La stessa lettura riguarda quelle parti di città consolidata da completare o riqualificare, in cui sono possibili trasformazioni edilizie in via diretta.

Dall'analisi, seppur necessariamente sommaria, sembra emergere, in contraddizione con le dichiarazioni di intenti, una non chiara interpretazione del territorio e, soprattutto una mancata predefinitone della trama complessiva degli interessi, unica in grado di definire *ab externo* il perimetro e la gradazione delle priorità da perseguire.

Appare evidente, dalla prevalenza di attività commerciali nei Sassi, peraltro quasi tutte legate al turismo, nonché dalle dichiarazioni in tal senso, che il commercio diffuso è strettamente collegato all'incremento del turismo e molto meno alla pur espressa esigenza di migliorare la vivibilità dei residenti. In tal modo, peraltro, si riscontrano in modo solo parziale la logica e la disciplina nazionale che, pur attribuendo un ruolo importante alla relazione tra commercio e turismo nei centri storici, postulano ricadute positive sul benessere dei cittadini-consumatori, attraverso la valorizzazione della funzione commerciale in quanto condizione della riqualificazione "in particolare per quanto riguarda i quartieri urbani degradati".

Di certo non sono chiare le connessioni attraverso le quali si intende collegare i Sassi e il centro storico al resto della città. Al riguardo, verrebbe da pensare, ma la notazione ha valenza solo evocativa, che la stessa suddivisione organizzativa presente nello strumento pianificatorio del territorio urbano in "cinque città"⁴³ sembra svelare una inconfessata "resa" ad una condizione di separatezza, tanto indotta quanto consolidata, che, però, da un lato almeno parzialmente indebolirebbe quella capacità di resilienza da più parti rivendicata⁴⁴, dall'altro sembrerebbe tradire la linea interpretativa valutata dall'Europa al momento della candidatura a ECoC e finalizzata a valorizzare le caratteristiche intrinseche della città e le sue connessioni con i valori e la cultura europea⁴⁵.

⁴³ Il Titolo III delle Norme tecniche di attuazione del Regolamento urbanistico riguardante il progetto dello Spazio urbano, nel definire i caratteri e le finalità delle Componenti urbanizzate, individua cinque tipologie di parti cittadine distinguendole in: Città storica da tutelare e valorizzare, Città consolidata da mantenere e valorizzare, Città consolidata da riqualificare e completare, Città in via di consolidamento da mantenere, Città in via di formazione da completare, Città di primo impianto.

⁴⁴ Oltre che nella bozza di Piano strategico, nel Dossier di candidatura ECoC "Open Future" (p. 22), si legge: «La città riflette quindi secoli d'ininterrotto sviluppo urbano e sociale. Il coraggio e la resilienza sono caratteristiche che fanno parte dell'eredità creativa di questi luoghi».

⁴⁵ In proposito, G. TORTA, *L'iniziativa "Capitali Europee della Cultura"*, cit., 647, sottolinea come proprio la valorizzazione delle caratteristiche intrinseche della città e le sue connessioni con i valori e la cultura europea costituiscano l'orientamento alla base dell'iniziativa delle Capitali Europee della Cultura.

Abstract

Urban sustainability: guidelines to determine a territorial balance in order to foster productive activities. A glance at Matera European Capital of Culture

by Giovanna Iacovone

The present study starts its considerations from the relationship between tourism economy and business. As it is well known that the productive sectors are able to trigger relevant synergies within the territory offers, the present work raises the question of the possible transformations, of urban territories, thanks to a sustainable logic that these connections are able to motivate. In this direction, through the examination of the existing regulatory system and its technical instruments, it is enhanced the key role of the dialogue between the centre and the peripheries that involves the economic and urbanistic spheres. It is also meant to catch the sectoralities and contradictions that do not always seem to go in the designated direction. In this perspective, the city of Matera is worthy of consideration, since as the European Capital of Culture during the year 2019 had coped with important needs for change that have been set in motion by the increase in tourist flows and commercial activities that has affected the city.

Parole chiave: sostenibilità urbana, turismo, capitale europea della cultura

Keywords: urban sustainability, tourism economy, European Capital of Culture

Il contributo dell'accesso alle informazioni ambientali alla tutela del patrimonio pubblico

di Giovanna Pizzanelli

SOMMARIO: 1. Le finalità dell'informazione ambientale tra ordinamento internazionale, sovranazionale e nazionale. – 1.1. Il contributo dell'informazione ambientale per l'affermazione del diritto umano all'ambiente. – 1.2. Il ruolo dell'informazione per le decisioni amministrative a valenza ambientale. – 2. L'accesso alle informazioni ambientali tra disciplina settoriale e normativa generale in materia di trasparenza. – 3. Accesso alle informazioni ambientali e buona amministrazione.

1. *Le finalità dell'informazione ambientale tra ordinamento internazionale, sovranazionale e nazionale*

Rispetto all'ambiente l'intera collettività è titolare della libertà di accesso a conoscere e mantenersi aggiornata sull'evoluzione dello stato dei luoghi; si tratta di una libertà posta a presidio della tutela della salute e dell'ambiente.

Ma a quali finalità risponde l'istituto dell'accesso alle informazioni ambientali?

Come vedremo, la composita disciplina in materia di accesso alle informazioni ambientali, tra ordinamento internazionale, sovranazionale e nazionale, risponde fondamentalmente a due finalità: la prima, di matrice garantistica, utile a dare compiutezza al diritto umano all'ambiente quale diritto fondamentale dell'individuo che si nutre di profili sostanziali (gli standard di qualità ambientale) e procedurali (gli istituti dell'accesso alle informazioni e di partecipazione a scopo collaborativo), e a sensibilizzare i cittadini ad un'etica ambientale¹, inducendoli a mutare i loro comportamenti poco virtuosi nel rispetto del principio dello sviluppo sostenibile²; la seconda, preordinata a conferire completezza alla tutela dell'ambiente ordinariamente rimessa, secondo lo schema del *command and control*, alle pubbliche amministrazioni, ma oggi ritenuta non più sufficiente per garantire la promozione di un elevato livello di qualità ambientale, e pertanto bisognosa di essere alimentata dal contributo dei singoli, specie a livello endo-procedimentale.

La *ratio* dell'istituto dell'accesso alle informazioni ambientali, dunque deve essere letta alla luce della previsione di una libertà fondamentale (il diritto a conoscere le informazioni sullo stato dell'ambiente) che genera una capacitazio-

¹ In tema si veda, G. PAGLIARI, G. ANELLO, G. FARRI, *Appunti in tema di rapporti tra etica pubblica e diritto nella tutela dell'ambiente*, in *Il diritto dell'economia*, 2014, 9 ss.

² In questi termini, M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 1-2, 2012, 76.

ne (*empowerment*) della cittadinanza in grado di incidere sul livello di partecipazione a procedimenti amministrativi ambientali particolarmente complessi (per i quali è essenziale potenziare la conoscibilità del contesto da parte dei singoli) e, pertanto, di fornire un contributo importante, in ottica collaborativa, alla stessa pubblica amministrazione chiamata a effettuare scelte finalizzate alla tutela ambientale.

1.1. *Il contributo dell'informazione ambientale per l'affermazione del diritto umano all'ambiente*

Con riferimento al ruolo dell'informazione ambientale per l'affermazione di un diritto umano all'ambiente salubre, un forte impulso si deve sia al livello ordinamentale internazionale, sia al livello ordinamentale sovranazionale, che riconoscono all'importanza della circolazione delle informazioni ambientali un valore *ex se*.

Fin dalla prima posizione assunta dalla Comunità internazionale rispetto alle questioni ambientali in occasione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano tenutasi nel giugno 1972 a Stoccolma, è stata affermata la centralità dell'educazione e dell'informazione ambientale per trasmettere alle generazioni attuali e a quelle future il senso di responsabilità per la protezione e il miglioramento dell'ambiente nella sua dimensione umana³.

A seguire, con la Conferenza delle Nazioni Unite sul tema «ambiente e sviluppo» tenutasi a Rio de Janeiro nel giugno 1992 è stata plasticamente modellata la funzionalizzazione del diritto all'informazione ambientale al perseguimento efficace di fini di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, anche per il tramite della partecipazione alle decisioni in ambito ambientale⁴.

Successivamente, la Convenzione di Aarhus, stipulata nel 1998 sotto l'egida della Commissione Economica per l'Europa delle Nazioni Unite da diversi Stati europei e dall'Ue, ha dedicato il primo dei suoi tre pilastri all'accesso alle informazioni ambientali e, in un'ottica complementare, il secondo alla partecipazione del pubblico ai procedimenti decisionali e il terzo all'accesso alla giustizia in materia ambientale⁵. Ne consegue l'affermazione di un percorso internazionale volto a codificare il diritto dell'ambiente quale diritto umano di carattere procedurale.

La Convenzione di Aarhus, definita dall'allora Segretario delle Nazioni

³ Dichiarazione di Stoccolma del 1972, principio n. 1 e principio n. 19.

⁴ Dichiarazione di Rio de Janeiro sull'ambiente e lo sviluppo, principio n. 10; Programma Agenda 21 allegato alla Dichiarazione, par. 8; Convenzione quadro sui cambiamenti climatici stipulata durante la Conferenza di Rio de Janeiro.

⁵ In tema si veda S. BAIONA, *La Convenzione di Aarhus: il quadro istituzionale internazionale*, in A. ANGELETTI (a cura di), *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale*, ESI, Napoli, 2011, 17 ss.

Unite Kofi Annan «the most ambitious venture in environmental democracy», ha sancito per la prima volta una stretta correlazione tra tutela dell'ambiente e dei diritti umani⁶, promuovendo la tutela di una dimensione ambientale dei diritti umani: una questione peraltro molto controversa nel livello ordinamentale internazionale⁷.

Tradizionalmente, infatti, il legame fra diritti umani e ambiente è stato concepito in termini di influenza del contesto ambientale sul godimento dei diritti fondamentali dell'uomo (come il diritto alla vita o alla salute), ovvero di interferenza degli impatti ambientali sul godimento di alcuni diritti umani. Una simile impostazione ha trovato conferma, a livello regionale, nell'ambito applicativo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che contiene un catalogo di diritti "tradizionali" e precedente rispetto all'affermazione della sensibilità ambientale tipica della società contemporanea. Così, alcune pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo hanno affermato il diritto all'ambiente quale diritto a vivere in un ambiente salubre, interpretando in modo estensivo alcuni articoli della CEDU e ritenendo che gravi compromissioni dell'ambiente impediscano il diritto alla vita, ovvero al godimento della vita privata e familiare⁸.

Nello specifico, la Corte EDU ha sanzionato l'inadempimento da parte degli Stati di obblighi sostanziali e di obblighi procedurali, laddove i primi richiamano al dovere di prevenire e/o di astenersi da attività nocive per l'ambiente che si ripercuotono negativamente sulla sfera del ricorrente, mentre i secondi impegnano le autorità pubbliche nel garantire l'accesso alle informazioni, la partecipazione e l'accesso alla giustizia in materia ambientale⁹.

Proprio recentemente, ad esempio, la Corte EDU ha condannato l'Italia

⁶ Il Preambolo della Convenzione di Aarhus ricorda espressamente il principio n. 1 della Dichiarazione di Stoccolma, laddove si riconosce «che una protezione adeguata dell'ambiente è essenziale al benessere dell'uomo così come al godimento dei diritti fondamentali, compreso lo stesso diritto alla vita».

⁷ In proposito, A. FODELLA, L. PINESCHI (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2009; A. BOYLE, M. ANDERSON (ed. by), *Human Rights approaches in environmental protection*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

⁸ Il riferimento è agli artt. 2 e 8 della CEDU.

⁹ Si vedano, tra gli altri, i casi *Lopez-Ostra c. Spagna* (sentenza 9 dicembre 1994); *Guerra e al. c. Italia* del (sentenza 19 febbraio 1998); *Hatton e al. c. Regno Unito* (sentenza 8 luglio 2003); *Tătar c. Romania* (sentenza 27 gennaio 2009); *Hardy e Maile c. Regno Unito* (sentenza 14 febbraio 2012); *Di Sarno e al. c. Italia* (sentenza 10 gennaio 2012). Per una ricostruzione della giurisprudenza "green" della Corte EDU, si vedano E. BOSCOLO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto ad una corretta informazione ambientale*, in *Urbanistica e Appalti*, 1998, 1151 ss.; E. RUOZZI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, Jovene, Napoli, 2011, in specie 63 e ss.; R. PAVONI, *Interesse pubblico e diritti individuali nella giurisprudenza ambientale della Corte europea dei diritti umani*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 109 ss.; A. BOYLE, *Human Rights and Environment: Where Next?*, in *European Journal of International Law*, Vol. 23, n. 3, 2012, 613 e ss.

per violazione degli articoli 8 e 13 della CEDU¹⁰, avendo accertato la mancata adozione da parte del Governo italiano, a decorrere dal 1990, di «misure appropriate» per proteggere la vita e la salute dei residenti a Taranto esposti all'inquinamento proveniente dall'impianto siderurgico della società Ilva, oggi acquisita dal gruppo ArcelorMittal. Tra le lamentate «misure appropriate», figura l'inosservanza da parte dell'Italia dell'obbligo di informare circa lo svolgimento delle attività destinate al risanamento ambientale nel territorio interessato¹¹ per fronteggiare gli effetti negativi sulla salute dei ricorrenti e dell'intera popolazione residente nella zona a rischio¹².

Dunque, la Convenzione di Aarhus concepisce l'ambiente come un vero e proprio diritto dell'uomo meritevole di tutela a livello internazionale.

In questa sede, il diritto all'ambiente salubre è declinato in termini procedurali: ciò che viene tutelato non è il diritto ad una determinata qualità dell'ambiente, ma il diritto dei cittadini ad essere coinvolti dalle istituzioni – attraverso l'accessibilità alle informazioni – nell'assunzione delle decisioni che riguardano l'ambiente. In tal modo, la qualità ambientale a cui gli individui hanno diritto non viene definita una volta per tutte in astratto, ma di volta in volta nell'ambito di un processo decisionale a cui i cittadini hanno diritto di partecipare. È, di fatto, una questione di democrazia ambientale¹³.

In particolare, nella Convenzione di Aarhus il diritto di accesso alle informazioni viene garantito sia sul versante passivo, quale obbligo imposto alle autorità pubbliche di fornire le specifiche informazioni richieste dai cittadini, fatte salve alcune eccezioni sottoposte a interpretazione tassativa (articolo 4), sia sul versante attivo, quale obbligo per le stesse autorità di raccogliere e divulgare le informazioni in materia ambientale a prescindere da qualsiasi richiesta (articolo 5).

Nello specifico, quanto al primo versante, le autorità pubbliche degli Stati Parte devono mettere a disposizione del pubblico le informazioni ambientali che vengono loro richieste e le copie dei documenti che le contengono, senza necessità che il richiedente vanti un interesse particolare. Tale ultimo inciso vale a connotare il diritto di accesso sancito dalla Convenzione quale istituto per la trasparenza e il controllo democratico dell'operato delle autorità: posto che l'in-

¹⁰ Corte EDU, sez. I, sentenza 24 gennaio 2019, *Cordella e al. c. Italia*. In proposito si veda la nota a commento di S. ZIRULIA, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso ILVA*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3, 2019, disponibile in <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6572-ambiente-e-diritti-umani-nella-sentenza-della-corte-di-strasburgo-sul-caso-ilva> [ultima consultazione: 27-10-2019].

¹¹ Si veda il par. 172 della pronuncia in oggetto.

¹² Sul richiamo agli obblighi di informazione degli Stati, si vedano specificamente le sentenze Corte EDU, Grande camera, 30 novembre 2004, *Oneryıldız c. Turchia*; 10 gennaio 2012, *Di Sarno e al. c. Italia*; 24 luglio 2014, *Brincat e al. c. Malta*.

¹³ Su cui si veda, G. MANFREDI, S. NESPOR, *Ambiente e democrazia*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 2, 2010, 293 ss.

formazione ambientale è patrimonio di conoscenza del chiunque, chi esercita il diritto di accesso, non lo fa necessariamente per tutelare una propria posizione giuridica e pertanto non è tenuto a dar conto delle motivazioni che lo spingono a farlo.

Per quanto riguarda le modalità di esercizio del diritto di accesso, le informazioni e le copie dei documenti devono essere fornite al più presto possibile e al massimo entro un mese, prorogabile al massimo di un altro mese, nella forma richiesta, salvo che siano già state rese pubbliche in un'altra forma, ovvero sia più ragionevole per le autorità comunicarle con diversa modalità, motivando tale scelta.

Peraltro, il diritto di accesso non è incondizionato, ma come detto sono previste alcune eccezioni relative al tenore della richiesta, ovvero alle conseguenze che la divulgazione potrebbe avere su interessi antagonisti ritenuti meritevoli di tutela¹⁴. Inoltre, se nello stesso documento sono presenti informazioni che devono essere fornite e altre che non possono essere divulgate, l'autorità è tenuta a scindere i due contenuti, rilasciando le sole informazioni per le quali è possibile la divulgazione.

Il rifiuto deve essere motivato, comunicato quanto prima (al più tardi entro un mese) per iscritto se la richiesta era stata presentata in forma scritta (articolo 4, comma 7). In ogni caso, gli Stati possono prevedere il pagamento di una tariffa come contropartita dell'accesso all'informazione, purché la stessa sia di importo ragionevole e sia resa pubblica (articolo 4, comma 8).

Quanto al versante attivo, invece, la Convenzione stabilisce in capo alle pubbliche autorità un obbligo di attivarsi per raccogliere e aggiornare periodicamente le informazioni ambientali in loro possesso. L'attività di raccolta delle informazioni deve essere svolta anche in collaborazione con i titolari delle attività industriali fonte di inquinamento¹⁵, rimettendo alle autorità competenti

¹⁴ Si tratta di eccezioni relative al tenore della richiesta legate al caso in cui l'autorità pubblica non sia in possesso delle informazioni, la richiesta sia irregolare o formulata in termini generici e la domanda verta su documenti interni (laddove il diritto interno preveda tale eccezione). Inoltre, costituiscono eccezioni quelle relative al potenziale impatto che la divulgazione potrebbe avere su interessi confliggenti ritenuti meritevoli di tutela, come il segreto delle delibere dell'autorità pubblica, le relazioni internazionali, la difesa nazionale o la sicurezza pubblica, il corso della giustizia, il segreto professionale o industriale, i diritti di proprietà intellettuale, la riservatezza dei dati personali, gli interessi di un terzo che ha fornito volontariamente le informazioni, l'ambiente al quale le informazioni si riferiscono.

¹⁵ Oltre alle informazioni che le imprese devono necessariamente mettere a disposizione dell'autorità per la divulgazione al pubblico, la Convenzione di Aarhus prevede l'introduzione di meccanismi volti a incentivare la diffusione volontaria da parte dei titolari di attività industriali di informazioni relative agli impatti ambientali delle attività svolte e dei beni prodotti. Inoltre, la stessa Convenzione obbliga gli Stati a introdurre strumenti che mettano a disposizione del pubblico informazioni sulle prestazioni ambientali dei prodotti, per consentire ai consumatori di operare scelte ecologicamente orientate a premiare i prodotti "environmental-friendly", ricorrendo così a meccanismi di tutela dell'ambiente attraverso il mercato (articolo 5, commi 7 e 8).

l'istituzione di banche dati elettroniche accessibili al pubblico contenenti i dati sull'inquinamento (articolo 5, comma 4)¹⁶.

L'approccio tipizzato nella Convenzione di Aarhus è stato ulteriormente confermato dal livello ordinamentale internazionale con riferimento al versante della lotta ai cambiamenti climatici, posto che l'Accordo di Parigi raggiunto nel dicembre 2015 in occasione della Conferenza delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (COP 21) ha riconosciuto l'importanza dell'accesso del pubblico all'informazione e della partecipazione pubblica per rafforzare le attività delle Parti sottoscrittrici¹⁷.

Quanto all'impegno dell'Ue sul versante dell'accessibilità alle informazioni ambientali, si deve registrare un andamento in parte diverso rispetto a quello di livello internazionale. Per un verso, l'ordinamento Ue è partito, come vedremo, da un approccio tipicamente settoriale e, per altro verso, ha rinunciato alla codificazione del principio di informazione preferendo, in un'ottica di integrazione e cooperazione, ascrivere l'istituto dell'accesso alle informazioni ambientali ai principi di sussidiarietà e leale collaborazione tra pubbliche amministrazioni e al principio dell'azione preventiva¹⁸.

Così, durante gli anni Ottanta del secolo scorso sono state approvate le prime direttive settoriali (dir. 82/501/CEE, sul dovere di informare le persone a rischio nel caso di incidenti per alcune attività industriali; dir. 83/477/CEE, sull'esposizione dei lavoratori all'amianto; dir. 84/360/CEE, concernente la lotta contro l'inquinamento atmosferico; dir. 89/618/EURATOM, relativa alle informazioni al pubblico delle misure in caso di emergenze radiologiche; dir. 90/219/CE, con riguardo alle informazioni sull'impiego di microrganismi geneticamente modificati e sull'obbligo di informare sui piani sanitari di emergenza; reg. 1893/93/CEE, sul sistema volontario Ecoaudit) che, toccando il tema dell'accesso alle informazioni, hanno favorito l'armonizzazione nello spazio giuridico europeo e rappresentato la base per l'approdo, nel 1990, alla prima normativa europea in materia di accesso alle informazioni ambientali (dir. 90/313/CE) improntata a collocare la messa a disposizione del chiunque delle informazioni sullo stato dell'ambiente tra gli strumenti basilari per la promozione di un elevato livello di tutela ambientale (secondo un sistema oggi basato sull'articolo 3 TUE e sugli articoli 115 e 191 TFUE).

Nello stesso anno, è stato adottato il reg. 1210/1990/CEE (poi abrogato e sostituito dal reg. 401/2009/CE) per l'istituzione dell'Agenzia Europea per l'Ambiente, avente il compito di raccogliere, elaborare e diffondere informazio-

¹⁶ Sul punto, la Convenzione di Aarhus ha codificato anche alcune buone pratiche in materia: ad esempio, suggerendo la compilazione di registri e schedari resi disponibili al pubblico gratuitamente e l'istituzione di *contact point*, enfatizzando l'obbligo per i funzionari di fornire assistenza nel reperimento dell'informazione.

¹⁷ Accordo di Parigi sul clima, articolo 12.

¹⁸ M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 76-77.

ni in materia ambientale, anche tramite la pubblicazione di rapporti relativi allo stato dell'ambiente in Europa¹⁹. La stessa agenzia, in un'ottica di cooperazione, coinvolge le agenzie nazionali per la protezione ambientale attraverso la rete di partenariato EIONet, fornendo informazioni tempestive e attendibili al pubblico e ai responsabili delle politiche ambientali nello spazio giuridico dell'Ue²⁰, secondo il modello operativo di *regulation by information* tipico delle agenzie europee.

In seguito all'adozione del reg. CE n. 1049/2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, secondo cui le istituzioni e gli organi dell'Unione devono organizzare le informazioni in modo da consentire la loro accessibilità al pubblico, in particolare attraverso il ricorso a banche dati, il loro costante aggiornamento, la loro esattezza e comparabilità, la dir. 90/313/CE è stata sostituita dalla dir. 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale, al fine di garantire la più ampia disponibilità e diffusione al pubblico dell'informazione ambientale²¹.

L'adozione di quest'ultima direttiva, unitamente alla dir. 2003/35/CE relativa alla partecipazione del pubblico al processo decisionale, si è resa necessaria per rendere conforme l'ordinamento europeo alla Convenzione di Aarhus, a cui la stessa Ue ha preso parte. Successivamente sono stati adottati la dec. per la ratifica della Convenzione stessa, n. 2005/370/CE, e il reg. 1367/2006/CE per l'applicazione della Convenzione alle istituzioni comunitarie. Tuttavia, è bene ricordare che la conformità dell'ordinamento Ue alle previsioni della Convenzione, viene valutata dal giudice comunitario su due piani differenti: sia con riferimento alle norme riguardanti le istituzioni Ue, sia per quanto riguarda le disposizioni applicate negli Stati membri sulla base del diritto derivato.

Così, anche l'ordinamento Ue ha aperto la strada al riconoscimento di un diritto soggettivo pubblico all'accesso alle informazioni. Tant'è che la Corte di giustizia ha affermato che «l'esigenza che le informazioni ambientali trovino ampia diffusione si fonda essenzialmente sul fatto che la conoscenza di questo tipo di dati (e l'accesso alla relativa documentazione) non realizza semplicemente un interesse del privato richiedente ma è condizione per la realizzazione di un interesse pubblico: quello alla tutela dell'ambiente e anche, molto spesso, della salute della collettività»²².

Poi, mentre la direttiva 90/313/CE era dedicata alla libertà di accesso

¹⁹ La rilevanza del sistema informativo nelle politiche ambientali è sottolineata nella Comunicazione della Commissione europea del 7 marzo 2012, "Trarre il massimo beneficio dalle misure ambientali dell'UE: instaurare la fiducia migliorando le conoscenze e rafforzando la capacità di risposta", COM(2012) 95 def.

²⁰ Sul sistema reticolare promosso dall'ordinamento europeo, con riferimento alle agenzie ambientali, S. VERNILE, *La circolazione delle informazioni nel processo di "responsabilizzazione ambientale"*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 327-328.

²¹ Si veda L. KRAMER, *EU Environmental Law*, Sweet & Maxwell, London, 2016, 144 e ss.

²² CGUE, sez. III, sentenza 28 luglio 2011, in causa C-71/10.

all'informazione, la direttiva 2003/4/CE afferma fin dalla sua intitolazione il riconoscimento di un diritto di accesso. La differenza terminologica evidenzia il passaggio da una situazione in cui l'autorità pubblica si impegna a non apporre ostacoli al cittadino, alla diversa prospettiva per cui l'autorità ha il dovere di mettere a disposizione le informazioni e di facilitarne l'acquisizione. Tale cambio di paradigma si riflette tanto nell'ampiezza degli obblighi posti in capo all'amministrazione, tanto nella tutela riconosciuta al cittadino nell'esercizio del diritto. Invero, non è trascurabile l'adozione, nel 2000, della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, che ha riconosciuto al diritto di accesso la natura di diritto fondamentale²³.

Nel dettaglio, la definizione di «autorità pubblica» (articolo 2, lettere a, b e c, dir. 2003/4/CE) è stata ampliata e resa coerente con la Convenzione di Aarhus, includendovi oltre il governo e ogni altra amministrazione pubblica, compresi gli organi consultivi pubblici a livello nazionale, regionale o locale (lettera a), ogni persona fisica o giuridica svolgente funzione di pubblica amministrazione ai sensi della legislazione nazionale, compresi incarichi, attività e servizi specifici connessi all'ambiente (lettera b), nonché «ogni persona fisica o giuridica avente responsabilità o funzioni pubbliche o che fornisca servizi pubblici connessi con l'ambiente sotto il controllo di un organismo o di una persona di cui alla lettera a o b»²⁴.

²³ Il riferimento è al diritto di accesso agli atti del procedimento (art. 41) e al diritto di accesso ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione (art. 42). Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, i diritti, le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue hanno acquistato lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6 TUE) e l'art. 15 TFUE ha chiarito che «al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile», le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile (par. 1), che le sedute del Parlamento e del Consiglio saranno sottoposte a regime di pubblicità (par. 2) e che, conformemente alla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro abbia il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione (par. 3). Sul tema si veda, I. PIAZZA, *Unione Europea*, in B.G. MATTARELLA, M. SAVINO (a cura di), *L'accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Rapporto IRPA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 243 ss.; C. TOMMASI, *Le prospettive del nuovo diritto di accesso civico generalizzato*, in *Federalismi.it.*, n. 5/2018, 6 ss.

²⁴ Sull'orientamento esteso ai soggetti privati sottoposti a controllo degli apparati amministrativi, CGUE, Grande sezione, sentenza 19 dicembre 2013, in causa C-279/12 (il caso in questione trattava di società di gestione dei servizi idrici). In dottrina, sul punto, S. FERNÁNDEZ RAMOS, *Información ambiental y transparencia pública*, in *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 39, 2018, 19 ss. Con riferimento all'ordinamento italiano, il previgente d.lgs. n. 39/1997 (articolo 2, lettera b) comprendeva nella nozione dei legittimati passivi, le amministrazioni pubbliche statali, regionali, locali, le aziende autonome, gli enti pubblici ed i concessionari di pubblici servizi, ad eccezione degli organi esercitanti funzioni giurisdizionali o legislative, escludendo l'applicabilità alle attività di diritto privato delle autorità pubbliche e degli enti pubblici economici, mentre l'articolo 2, lettera b, del d.lgs. n. 195/2005, adottato in recepimento della dir. 2003/4/CE, ha ricompreso

Anche la definizione di «informazione ambientale» (articolo 2, comma 1, lettere a-f) è stata resa più coerente con la stessa definizione contenuta nella Convenzione, includendo al suo interno anche le misure di protezione e salvaguardia poste in essere, le relazioni sull'attuazione della legislazione ambientale e, fra le informazioni connesse alla tutela della salute, quelle relative alla contaminazione della catena alimentare²⁵. Nondimeno, la giurisprudenza eurounitaria ha ricordato come non basti garantire la *disclosure* e che le informazioni, oltre che accessibili, debbano essere chiare, esaustive e utili, anche per garantire la tutela degli interessi più deboli²⁶.

Invece, per quanto riguarda le modalità di accesso all'informazione ambientale su richiesta, le modifiche hanno riguardato sia la tempistica, sia la forma del rilascio dell'informazione.

In particolare, la dir. 2003/4/CE prevede che gli Stati adottino un'organizzazione degli uffici funzionale ad agevolare l'accesso, da un lato, creando appositi elenchi e registri che portino a conoscenza del pubblico la natura e l'ubicazione dei dati disponibili e, dall'altro, incaricando uffici e funzionari competenti a facilitare l'accesso.

Un aspetto particolarmente delicato del diritto di accesso, in grado di condizionare la reale ampiezza del diritto, è quello delle eccezioni.

In proposito, anche la dir. 2003/4/CE (articolo 4) ha distinto, del pari alla Convenzione di Aarhus (articolo 4, comma 3), fra eccezioni fondate sul tenore della richiesta ed eccezioni attinenti alla protezione di interessi confliggenti.

nella nozione di autorità pubblica, come ricordato, le «amministrazioni pubbliche statali, regionali, locali, le aziende autonome e speciali, gli enti pubblici ed i concessionari di pubblici servizi, nonché ogni persona fisica o giuridica che svolga funzioni pubbliche connesse alle tematiche ambientali o eserciti responsabilità amministrative sotto il controllo di un organismo pubblico».

²⁵ Con riferimento all'ordinamento italiano, l'articolo 2, lettera a, del d.lgs. n. 195/2005, adottato in attuazione della dir. 2003/4/CE, ha stabilito che la nozione di «informazione ambientale» comprende «qualsiasi informazione disponibile in forma scritta, visiva, sonora, elettronica od in qualunque altra forma materiale concernente: 1) lo stato degli elementi dell'ambiente, quali l'aria, l'atmosfera, l'acqua, il suolo, il territorio, i siti naturali, compresi gli igrotopi, le zone costiere e marine, la diversità biologica ed i suoi elementi costitutivi, compresi gli organismi geneticamente modificati, e, inoltre, le interazioni tra questi elementi; 2) fattori quali le sostanze, l'energia, il rumore, le radiazioni od i rifiuti, anche quelli radioattivi, le emissioni, gli scarichi ed altri rilasci nell'ambiente, che incidono o possono incidere sugli elementi dell'ambiente, individuati al numero 1); 3) le misure, anche amministrative, quali le politiche, le disposizioni legislative, i piani, i programmi, gli accordi ambientali e ogni altro atto, anche di natura amministrativa, nonché le attività che incidono o possono incidere sugli elementi e sui fattori dell'ambiente di cui ai numeri 1) e 2), e le misure o le attività finalizzate a proteggere i suddetti elementi; 4) le relazioni sull'attuazione della legislazione ambientale; 5) le analisi costi-benefici ed altre analisi ed ipotesi economiche, usate nell'ambito delle misure e delle attività di cui al numero 3); 6) lo stato della salute e della sicurezza umana, compresa la contaminazione della catena alimentare, le condizioni della vita umana, il paesaggio, i siti e gli edifici d'interesse culturale, per quanto influenzabili dallo stato degli elementi dell'ambiente di cui al punto 1) o, attraverso tali elementi, da qualsiasi fattore di cui ai punti 2) e 3)».

²⁶ In questi termini, Tribunale Ue, 7 marzo 2019, in cause T-716/14 e T-329/17.

Con riferimento alle prime, sono ammesse in termini più restrittivi, proprio perché la direttiva ha posto in capo agli Stati un obbligo generale di facilitare l'accesso, prestando al pubblico l'assistenza necessaria nel formulare i quesiti (in specie nel precisare le istanze ritenute generiche, non considerate ammissibili) e indirizzare correttamente quelle pervenute ad un'autorità diversa da quella che detiene l'informazione, potendo respingere le sole richieste manifestamente infondate. Invece, per quanto riguarda le eccezioni fondate sulla presenza di interessi alla riservatezza meritevoli di tutela, queste ricalcano sostanzialmente quelle previste dalla Convenzione²⁷ ed è stata prevista (articolo 4, comma 2, del pari all'articolo 4, comma 4 della Convenzione) una clausola generale che obbliga ad un'interpretazione restrittiva delle stesse in funzione dell'interesse pubblico tutelato dalla divulgazione.

Posto che l'autorità che detiene le informazioni ambientali è chiamata, caso per caso, a ricorrere alla tecnica del bilanciamento tra l'interesse alla conoscibilità diffusa e altri interessi parimenti meritevoli di tutela²⁸, in caso di rifiuto, l'autorità pubblica dovrà motivare per iscritto le ragioni del diniego entro trenta giorni dal ricevimento della domanda di accesso (articolo 4, comma 7, Convenzione; articolo 4, comma 5, dir. 2003/4/CE) e contro tale decisione al richiedente sono garantite forme di tutela; tutela che nell'ordinamento italiano consiste nel diritto a ricorrere in sede giurisdizionale, ovvero a chiedere il riesame al Difensore civico competente per territorio nel caso di informazioni detenute da enti territoriali o alla Commissione nazionale per l'accesso ai documenti amministrativi nel caso di informazioni detenute da amministrazioni centrali o periferiche dello Stato (articolo 7, d.lgs. n. 195/2005)²⁹.

²⁷ *Ex* articolo 4, dir. 2003/4/CE, le ragioni che consentono alle autorità pubbliche di respingere la richiesta di informazione ambientale sono indicate tassativamente e riguardano eventuali pregiudizi arrecati alla riservatezza delle deliberazioni interne delle autorità pubbliche, alle relazioni internazionali, alla sicurezza pubblica o alla difesa nazionale, allo svolgimento dei procedimenti giudiziari, alla possibilità di ogni persona di avere un equo processo o all'esigenza dell'autorità pubblica di svolgere indagini di carattere penale o disciplinare; alla riservatezza delle informazioni commerciali o industriali qualora la privacy sia prevista dal diritto nazionale o comunitario per tutelare un interesse legittimo economico, compreso l'interesse pubblico a mantenere la riservatezza statistica e il segreto fiscale, ai diritti di proprietà intellettuale, alla riservatezza dei dati personali, alla tutela dell'ambiente cui si riferisce l'informazione.

²⁸ Ha ricordato la sottoposizione dell'accesso alle informazioni ambientali ai principi di proporzionalità, economicità e ragionevolezza, TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 6 febbraio 2009, n. 122; Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2012, n. 3329. La giurisprudenza comunitaria ha ricordato la necessità di una verifica cumulativa dei diversi interessi tutelati da ponderare con l'interesse alla divulgazione dell'informazione. Cfr., Conclusioni dell'Avvocato generale J. Kokott del 10 marzo 2011, in C-71/10.

²⁹ L'articolo 6 della dir. 2003/4/CE ha introdotto l'obbligo per gli Stati di prevedere un doppio canale di accesso alla giustizia: una procedura amministrativa rapida e poco onerosa, da esperire di fronte alla stessa autorità che ha assunto la decisione di rigetto del diritto di accesso, ovvero

In tema, la giurisprudenza comunitaria, per quanto abbia ricordato che il regime della direttiva 2003/4/CE non sia applicabile ai settori per i quali l'Ue abbia predisposto un regime specifico ed esaustivo di riservatezza e divulgazione al pubblico³⁰, ha escluso che si possa limitare il diritto di accesso al di fuori dei casi tassativamente previsti e individuati con criteri restrittivi³¹, e che si possano apporre oneri particolarmente gravosi circa le spese per l'acquisizione delle informazioni³².

1.2. *Il ruolo dell'informazione per le decisioni amministrative a valenza ambientale*

Tra le finalità della previsione di un diritto di accesso alle informazioni ambientali deve inoltre essere ricordata quella preventivo-precauzionale riconosciuta, più specificamente a livello endoprocedimentale, dalle normative relative alle procedure amministrative a rilevanza ambientale, al fine di contribuire alla definizione dell'assetto degli interessi in gioco.

L'accesso alle informazioni ambientali è, infatti, ampiamente riconosciuto dalle normative sulle procedure di pianificazione e programmazione, di approvazione di progetti di opere pubbliche e private e di autorizzazione ad esercire per singoli impianti, finalizzate a valutarne gli impatti sulle matrici ambientali derivanti dalla loro approvazione e messa in esercizio.

In quest'ottica, la finalità dell'informazione ambientale risponde alla necessità di fornire ai singoli garanzie procedurali in grado di metterli nella condizione di poter contribuire a obiettivi di protezione dello stato dell'ambiente di cui abitualmente si fanno carico le pubbliche amministrazioni chiamate a svolgere funzioni ambientali³³.

La dottrina giuridica, infatti, non ha esitato nel riconoscere l'accessibilità alle informazioni ambientali quale autentico cardine per la promozione della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema capace, più di ogni altro strumento di tecnica di tutela basata sul *command and control*, di far scaturire nuove forme di partecipazio-

dinanzi ad un'altra pubblica autorità o organo indipendente e imparziale previsto dalla legge; in alternativa dovrà essere garantito il ricorso giurisdizionale.

³⁰ Come nel caso delle informazioni relative ad operazioni riguardanti i nominativi dei titolari dei conti di provenienza e di destinazione di trasferimenti di quote di emissione dei gas a effetto serra, il cui ambito ricade nell'applicazione della dir. 2003/87/CE. Si veda, CGCE, sentenza 22 dicembre 2010, in C-524/09.

³¹ CGCE, 26 giugno 2003, in causa C-233/00.

³² CGCE, 9 settembre 1999, in causa C-217/97; CGCE, 9 novembre 2006, in causa C-26/05; CGUE, 6 ottobre 2015, in causa C-71/14.

³³ Ha sottolineato come l'informazione ambientale sia utile per garantire una proficua partecipazione ambientale, M. OCCHIENA, *Forza, debolezza e specialità della partecipazione ambientale*, in G. ARENA, F. CORTIÈSE (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Cedam, Padova, 2011, 315 ss.

ne alle decisioni pubbliche³⁴, talvolta in forma in spontanea e altre volte in forma istituzionalizzata³⁵.

Del resto, l'ordinamento generale, con il riordino dettato dal d.lgs. n. 33/2013, ha inteso la trasparenza come «accessibilità totale dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni», strumento per la promozione della «partecipazione degli interessati all'attività amministrativa» e per garantire il controllo «sull'utilizzo delle risorse pubbliche»³⁶, ovvero «condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali» che «integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino» (articolo 1, comma 1, d.lgs. n. 33/2013)³⁷.

Sul punto, l'ordinamento internazionale riconosce tale finalità nel secondo pilastro della Convenzione di Aarhus, specificamente dedicato alla «Partecipazione del pubblico alle decisioni relative ad attività specifiche» (articolo 6), ai «piani, programmi e politiche in materia ambientale» (articolo 7) e all'«elaborazione di regolamenti di attuazione e/o strumenti normativi giuridicamente vincolanti di applicazione generale» (articolo 8).

In particolare l'articolo 6, comma 2, della Convenzione riconosce al pubblico interessato il diritto ad essere informato nella fase iniziale del processo decisionale in materia ambientale, in modo adeguato, tempestivo ed efficace, mediante pubblici avvisi o individualmente, laddove il «pubblico interessato»

³⁴ R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 247 ss.

³⁵ Sulle esperienze partecipative in ambito ambientale, sia ascrivibili alla libera iniziativa dei cittadini, sia istituzionalizzate, si veda V. MOLASCHI, *Le arene deliberative*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

³⁶ Evidenziando il collegamento funzionale tra il criterio di efficienza e il principio di trasparenza, A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, 71. Sottolineando come il collegamento tra principio di trasparenza e finalità di contrasto alla corruzione risponda alla consapevolezza che il fenomeno della corruzione «soltanto in piccola parte riveste rilievo penale e per la gran parte attiene all'esigenza di buon andamento dell'amministrazione nel suo complesso e alla correttezza dei rapporti tra amministrazione e cittadini», V. CERULLI IRELLI, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione, rimedi*, Passigli, Firenze, 2010, 92.

³⁷ Tuttavia, ad avviso di avveduta dottrina, il d.lgs. n. 33/2013, si sarebbe fondato anche sul fine, «non dichiarato», di favorire un'apertura graduale della pubblica amministrazione all'accessibilità totale, in modo da realizzare un compromesso tra le pressioni esterne e la diffidenza del ceto politico-amministrativo. In questi termini, M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2016, 2-3. Altra dottrina ha sottolineato che i numerosi limiti frapposti alle forme di accesso civico e generalizzato introdotti dal d.lgs. n. 33/2013 potenzialmente potrebbero vanificare gli effetti balsamici per la partecipazione civica. Cfr., A. CAUDURO, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3, 2017, 601 e ss.

coincide con colui che «subisce o può subire gli effetti dei processi decisionali in materia ambientale o che ha un interesse da far valere al riguardo» e con «le organizzazioni non governative che promuovono la tutela dell'ambiente e che soddisfano i requisiti prescritti dal diritto nazionale».

Sempre al fine di garantire il circuito virtuoso in cui l'accesso alle informazioni è fattore propulsivo per garantire la partecipazione collaborativa alle decisioni ambientali, l'articolo 5, comma 1, lettera c, della Convenzione di Aarhus, dedicato alla diffusione delle informazioni in situazioni di minaccia imminente per la salute o l'ambiente dovute a cause naturali o antropiche (incidenti industriali o calamità naturali), impegna l'autorità pubblica a divulgare immediatamente le informazioni di cui è in possesso in modo da consentire al pubblico di adottare decisioni atte a prevenire o limitare eventuali danni e rischi.

Ciò detto, anche l'ordinamento Ue si è adoperato (dir. 2003/35/CE, adottata in attuazione della Convenzione di Aarhus) per far sì che il pubblico sia informato, attraverso pubblici avvisi oppure in altra forma adeguata quali i mezzi di comunicazione elettronici, di qualsiasi proposta relativa a piani e programmi in materia ambientale, in modo che possa partecipare al relativo procedimento, ed ha poi sottolineato, sul piano giurisprudenziale, la necessità per le autorità competenti di assicurarsi che i canali di informazione utilizzati possano essere ragionevolmente considerati idonei a raggiungere i membri del pubblico interessato, «al fine di dare loro un'adeguata possibilità di essere informati delle attività progettate, del processo decisionale e delle loro possibilità di partecipazione in una fase precoce della procedura»³⁸.

Tuttavia occorre precisare che la nozione di pubblico interessato è rimessa alla definizione degli Stati membri, potendo questi ultimi includere anche le organizzazioni non governative interessate che soddisfino i requisiti richiesti dalla legislazione nazionale.

Inoltre, con riferimento all'obbligo di diffusione delle informazioni ambientali, l'articolo 7, comma 2, lettera f, della dir. 2003/4/CE ha previsto, *ad adiuvandum* rispetto agli obblighi imposti dalla Convenzione di Aarhus³⁹, che debbano essere messe a disposizione del pubblico le autorizzazioni per attività che producono un impatto ambientale significativo e gli studi di impatto presentati dai richiedenti ai fini dell'autorizzazione. Per il vero, la disponibilità di dati dovrebbe essere corredata dell'accessibilità in termini di comprensione del significato degli

³⁸ In questi termini, par. 53 delle Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott presentate il 23 maggio 2019 e richiamate dalla CGUE, sentenza 7 novembre 2019, in C-280/18.

³⁹ *Ex* articolo 5, comma 5, Convenzione di Aarhus, sono sottoposte a divulgazione da parte delle autorità competenti, la normativa di carattere internazionale, sovranazionale, nazionale, regionale e locale concernente l'ambiente; le politiche, i piani e i programmi per l'ambiente e le relazioni sullo stato di attuazione dei medesimi; le relazioni sullo stato dell'ambiente; i dati relativi al monitoraggio di attività impattanti sull'ambiente.

stessi⁴⁰, diversamente da quanto avviene con riferimento ai dati grezzi che, invece, possono essere utilizzati correttamente solo da un pubblico di esperti.

La seconda finalità perseguita con l'accesso all'informazione ambientale, pertanto, dà potenzialmente origine, in un'ottica circolare, ad un circuito collaborativo in grado di coinvolgere amministrazioni pubbliche e organizzazioni di rango internazionale, sovranazionale e nazionale, ma anche imprese e singoli individui, ora messi nelle condizioni di contribuire alla corretta definizione degli interessi ambientali in gioco in ogni decisione amministrativa avente finalità conservativa⁴¹.

La centralità dell'informazione tra i diritti procedurali riconosciuti nei procedimenti amministrativi a valenza ambientale è stata avvertita prontamente dal legislatore italiano che ha legittimato «qualsiasi cittadino» all'«accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente disponibili, in conformità alle leggi vigenti, presso gli uffici della pubblica amministrazione» fin dalla entrata in vigore della legge 8 luglio 1986, n. 349 (articolo 14, comma 3), ovvero prima del riconoscimento dell'istituto di carattere generale dell'accesso ai documenti amministrativi quale strumento per la trasparenza amministrativa avvenuto con l'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990⁴². E successivamente, in adesione all'ordinamento sovranazionale e internazionale, l'Italia ha previsto il riconoscimento dell'accesso alle informazioni ambientali al chiunque, e non solo al cittadino, ampliandone la sua portata (in forza del d.lgs. n. 39/1997 attuativo della dir. 90/313/CE, successivamente abrogato dal d.lgs. n. 195/2005 che ha recepito la dir. 2003/4/CE e nel rispetto della Convenzione di Aarhus ratificata dall'Italia con legge 16 marzo 2001, n. 108).

Nondimeno, l'ordinamento italiano riunisce l'accesso alle informazioni ambientali e la partecipazione a scopo collaborativo alla stregua di un principio generale per la produzione del diritto ambientale (articolo 3-sexies, d.lgs. n. 152/2006, contenente «Norme in materia ambientale»). Invero, e sul punto torneremo più avanti, l'articolo 3-sexies del d.lgs. n. 152/2006, per quanto rubri-

⁴⁰ Ciò per evitare di incorrere nella cd. “opacità per confusione”, nell'espressione usata da E. CARLONI, *La “casa di vetro” e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Diritto Pubblico*, 2009, 806.

⁴¹ S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1578.

⁴² In dottrina si veda, sul punto, V. SARCONI, *La “specialità” del diritto all'informazione ambientale*, in *Foro Amm. – TAR*, 2004, in specie 74 ss. Posto che la l. n. 349/1986 non ha previsto una disciplina procedurale e processuale dell'accesso alle informazioni ambientali, il legislatore ha esteso a questa le disposizioni di tutela contenute nell'articolo 25 della l. n. 241/1990, con riferimento all'accesso documentale non desoggettivizzato. Oggi, in forza di quanto previsto dall'articolo 7 del d.lgs. n. 195/2005 (che rinvia all'articolo 25 della l. n. 241/1990), si ritiene applicabile anche il rito speciale (abbreviato e semplificato) in materia di accesso a documenti amministrativi, rimesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e previsto all'articolo 116 del d.lgs. n. 104/2010.

cato «Diritto di accesso alle informazioni ambientali e di partecipazione a scopo collaborativo», si riferisce alle sole «informazioni relative allo stato dell'ambiente e del paesaggio nel territorio nazionale».

Nell'ottica di promuovere un'azione preventiva finalizzata alla tutela ambientale, e in attuazione dell'articolo 3-sexies, il d.lgs. n. 152/2006, con riferimento al procedimento di valutazione di impatto ambientale, prevede, a cura dell'autorità competente, l'immediata pubblicazione sul proprio sito web della documentazione allegata all'istanza e la comunicazione dell'avvenuta pubblicazione alle amministrazioni e agli enti interessati e competenti ad esprimersi sulla realizzazione del progetto di opera pubblica o privata sottoposto alla procedura in questione (articolo 23). La normativa specifica che relativamente a tali adempimenti deve essere dato, sul medesimo sito web e a cura del proponente, avviso al pubblico contenente le informazioni utili per l'individuazione del proponente, sul progetto presentato e la sua localizzazione, sulle modalità per la consultazione della relativa documentazione, sui termini e le modalità per la partecipazione del pubblico al procedimento (articolo 24)⁴³. Tra la documentazione da allegare all'istanza di valutazione di impatto ambientale destinata ad essere pubblicata sul sito web dell'autorità competente, in caso di progetti di grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, figurano i risultati della procedura di dibattito pubblico svolto sulla base dell'articolo 22 del d.lgs. n. 50/2016, contenente Codice dei contratti pubblici, e del relativo regolamento attuativo contenuto nel DPCM 10 maggio 2018, n. 76.

L'istituto del dibattito pubblico è esso stesso finalizzato a garantire la trasparenza e la partecipazione del pubblico attraverso il ricorso a incontri di informazione con le collettività e nei territori interessati e la raccolta delle proposte e delle posizioni di cittadini, associazioni e istituzioni interessate⁴⁴.

Nella stessa direzione, con riferimento al procedimento di valutazione ambientale strategica, il d.lgs. n. 152/2006 ricorda che l'autorità procedente cura la pubblicazione di un avviso nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana o nel Bollettino Ufficiale della Regione o Provincia autonoma interessata contenente il titolo della proposta di piano o programma sottoposto a valutazione ambientale strategica, il proponente, l'autorità procedente, l'indicazione delle

⁴³ Sul punto, per tutti, A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Laterza, Roma-Bari, 2018, 258 ss.

⁴⁴ In tema si veda, G. MANFREDI, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e syndrome nimby*, in *Urbanistica e Appalti*, 2018, 604 ss.; A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzioni di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1173 ss.; P. VIPIANA, *La disciplina del dibattito pubblico nel regolamento attuativo del Codice degli appalti, tra anticipazioni regionali e suggestioni francesi*, in *Federalismi.it*, n. 2/2019; M. ATELLI, *Dibattito pubblico*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (dir.), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 1157 ss.

sedi ove può essere presa visione del piano o programma e del rapporto ambientale e delle sedi dove è possibile consultare la sintesi non tecnica (articolo 14). La stessa disposizione prevede che l'autorità competente e quella procedente mettano a disposizione del pubblico la proposta di piano o programma e il rapporto ambientale mediante il deposito presso i propri uffici e la pubblicazione sul sito web.

Anche con riferimento al procedimento per il rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale, il d.lgs. n. 152/2006 prevede che sia cura dell'autorità competente individuare gli uffici presso cui depositare i documenti e gli atti inerenti il procedimento al fine di rendere possibile la consultazione del pubblico, che è garantita anche mediante pubblicazione sul sito web dell'autorità competente (articolo 29-quater).

Come si nota, la disciplina relativa ai suddetti procedimenti a valenza ambientale garantisce un'ampia diffusione delle informazioni allo scopo di garantire poi al chiunque la possibilità di partecipare ai relativi procedimenti.

Altre norme sparse dell'ordinamento italiano hanno potenziato il ruolo dell'accesso alle informazioni ambientali nella loro vocazione preventivo-precauzionale. Può essere ricordato, in tal senso, il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 32 (come modificato dal d.l. n. 91/2014), adottato in attuazione della dir. 2007/2/CE che ha istituito un'infrastruttura per l'informazione territoriale nell'Ue (*Inspire*), volto a consentire lo scambio, la condivisione, l'accesso e l'utilizzazione, in maniera integrata con le realtà regionali e locali, dei dati necessari per gli scopi delle politiche ambientali e delle attività che possono avere ripercussioni sull'ambiente.

Nella stessa direzione, anche la legge 28 dicembre 2015, n. 221, contenente «Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali», all'articolo 11, prescrive che i dati ambientali raccolti ed elaborati dagli enti pubblici, dalle agenzie e dalle imprese siano rilasciati agli enti locali, su loro richiesta, in formato aperto ai fini del loro riuso per iniziative volte a favorire l'impiego efficiente delle risorse ambientali o la realizzazione di applicazioni digitali a supporto della *green economy*. Proprio quello del riutilizzo dei dati in formato aperto potrebbe essere un ambito importante, per la centralità che il tema riveste per le imprese e per i cittadini, mettendo potenzialmente le amministrazioni pubbliche di fronte a nuove sfide legate alla diffusione delle nuove tecnologie⁴⁵: si pensi alla rilevanza e alla corposità dei dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni nello svolgimento

⁴⁵ In proposito si vedano il riconoscimento del principio dell'*open data by default* introdotto nel 2012 con la modifica dell'art. 52 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, contenente il Codice dell'amministrazione digitale, la dir. 2013/37/UE che impone alle amministrazioni azioni finalizzate al riutilizzo dei dati pubblici anche per fini commerciali e le Linee guida nazionali AgID per la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico del 2017. In dottrina, F. GASPARI, *L'agenda digitale europea e il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, Giappichelli, Torino, 2016.

dei loro compiti istituzionali e a quanto questi possano essere appetibili per *start up* (e dunque per promuovere l'iniziativa economica) o per la realizzazione di applicazioni per dispositivi mobili di interesse per la collettività⁴⁶.

Ancora, per fronteggiare l'emergenza della Terra dei fuochi in Campania, il d.l. 10 dicembre 2013, n. 136, convertito in l. 6 febbraio 2014, n. 6, ha incaricato il Consiglio per la ricerca e la sperimentazione in agricoltura, l'Istituto superiore per la ricerca ambientale, l'Istituto superiore di sanità e l'Agenzia per la protezione ambientale della Regione Campania a svolgere «indagini tecniche per la mappatura, anche mediante strumenti di telerilevamento, dei terreni della Regione Campania destinati all'agricoltura, al fine di verificare l'eventuale esistenza di effetti contaminanti a causa di sversamenti e smaltimenti abusivi anche mediante combustione». La norma ha stabilito che tali dati siano pubblicati sui siti web dei Ministeri competenti e della Regione Campania (articolo 1), del pari ai dati dello studio epidemiologico "Sentieri" relativo ai siti di interesse nazionale campani, in particolare in merito ai registri delle malformazioni congenite e dei tumori, che saranno pubblicati a cura dell'Istituto superiore di sanità (articolo 1-bis).

Si conferma dunque implicitamente la centralità dell'utilizzo delle informazioni ambientali nei processi decisionali pubblici e a fondamento delle scelte razionali dei singoli, in piena adesione a quanto prescritto dall'articolo 3-quater del d.lgs. n. 152/2006 che, riconoscendo il principio dello sviluppo sostenibile, ne ricorda la sua applicazione ad ogni attività umana giuridicamente rilevante, alle dinamiche della produzione e del consumo e all'attività della pubblica amministrazione, al fine di garantire che, con spirito di solidarietà, il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future.

2. *L'accesso alle informazioni ambientali tra disciplina settoriale e normativa generale in materia di trasparenza*

La sopra richiamata disciplina speciale in materia di informazioni ambientali, come detto contenuta nel d.lgs. n. 195/2005, da un lato, configura l'accesso alle informazioni quale diritto desoggettivizzato e ascrivibile al chiunque, senza che il singolo debba dimostrare il proprio interesse e sopportare costi che potrebbero costituire un limite all'esercizio del diritto, specie laddove imponessero un onere non proporzionato per acquisire le informazioni⁴⁷ e, dall'altro,

⁴⁶ In tema si vedano le riflessioni di G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017.

⁴⁷ TAR Veneto, sez. III, 7 febbraio 2007, n. 294. Ad esempio, con DM 28 giugno 2012, n. 121, il Ministero dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare ha fissato i costi relativi all'esercizio del diritto di accesso mediante estrazione di copia dei documenti.

contiene una nozione di «informazione ambientale», assai più ampia rispetto a quella di «documento amministrativo» considerato accessibile in base all'articolo 22 della l. n. 241/1990 e contemplativa di un'attività di elaborazione da parte della pubblica amministrazione⁴⁸.

Più nello specifico, quanto al primo aspetto, la giurisprudenza ha ricordato che il richiedente non è tenuto a dimostrare il proprio interesse all'acquisizione delle informazioni⁴⁹, essendo sufficiente una generica richiesta sulle condizioni di un dato contesto ambientale⁵⁰, che indichi «in modo sufficiente i limiti e l'ambito delle informazioni ambientali cui intende accedere»⁵¹ e afferisca alle condizioni di un contesto strettamente ambientale⁵², ovvero sia mossa da un interesse all'integrità della matrice ambientale⁵³.

Ciò detto, «l'accesso all'informazione ambientale può essere legittimamente negato nei casi di richieste manifestamente irragionevoli ovvero espresse in termini eccessivamente generici»⁵⁴, o sia mirato ad un mero sindacato ispettivo sull'attività amministrativa⁵⁵. Nel rispetto dell'operato della pubblica amministrazione, dunque, è richiesto un test di proporzionalità volto a valutare che gli accessi non si traducano in uno sproporzionato aggravio per l'amministrazione, tale da mettere in pericolo la sua efficienza gestionale⁵⁶.

Invece, quanto al secondo aspetto, in base alla normativa (articolo 2, comma 1, lettera a, d.lgs. n. 195/2005) e all'andamento giurisprudenziale, sono conside-

⁴⁸ Lo ricordano, A. CONTIERI, G. DI FIORE, *L'accesso alle informazioni ambientali*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1257. In giurisprudenza si veda, Cons. St., sez. V, 13 settembre 2016, n. 3856. È sempre il giudice amministrativo a ricordare che l'informazione ambientale «è qualcosa di più e diverso dal mero accesso agli atti, poichè (...) a differenza di quanto avviene per l'ordinario diritto di accesso, in materia ambientale può essere richiesto alla P.A. anche l'elaborazione di dati in suo possesso». TAR Veneto, sez. III, 7 febbraio 2007, n. 294; TAR Campania, Napoli, sez. V, 12 gennaio 2010, n. 68.

⁴⁹ Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2012, n. 3329; CGUE, Grande sezione, sentenza 19 dicembre 2013, in C-279/12.

⁵⁰ TAR Liguria, 27 ottobre 2007, n. 1870. Inoltre, ai sensi del comma 3 dell'articolo 3, l'autorità che detiene l'informazione ambientale di fronte a una domanda formulata in maniera eccessivamente generica «può chiedere al richiedente, al più presto e, comunque, entro 30 giorni dalla data del ricevimento della richiesta stessa, di specificare i dati da mettere a disposizione, prestandogli a tale scopo la propria collaborazione», aprendo un contraddittorio procedimentale finalizzato a perimetrare la richiesta di informazioni.

⁵¹ TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 19 novembre 2009, n. 2229.

⁵² Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2007, n. 668.

⁵³ Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6339.

⁵⁴ Cons. St., sez. IV, 20 maggio 2014, n. 2557; Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2011, n. 996.

⁵⁵ TAR Campania, Napoli, sez. VI, 14 gennaio 2016, n. 188; TAR Lazio, Roma, sez. I-quater, 21 settembre 2016, n. 9878; Cons. St., sez. V, 18 ottobre 2011, n. 5571.

⁵⁶ TAR Campania, Napoli, sez. V, 12 gennaio 2010, n. 68. La richiesta può essere ritenuta massiva qualora imponga «un facere straordinario, capace di aggravare l'ordinaria attività dell'amministrazione». Di questo avviso, TAR Lombardia, sez. III, 11 ottobre 2017, n. 1951.

rate accessibili le informazioni relative a fatti e documenti a rilevanza ambientale in quanto afferenti allo stato dell'ambiente e ai fattori idonei ad incidere su di esso, sulla salute e sulla sicurezza umana, nonché le politiche, le disposizioni legislative, i piani, i programmi, gli accordi ambientali e ogni altro atto e misura anche amministrativa⁵⁷.

Di tal guisa, il giudice amministrativo ha riconosciuto tra le «informazioni ambientali» anche atti e attività aventi finalità diverse da quelle strettamente ambientali, come i permessi a costruire⁵⁸, la caccia e l'attività venatoria⁵⁹, o le azioni poste in essere dalla Regione per contrastare l'abusivismo edilizio⁶⁰, tanto da sottolineare la necessità di rimettere la valutazione all'analisi della fattispecie concreta⁶¹. Tuttavia, lo stesso giudice ha precisato in altre occasioni che non può essere attratta nella nozione di «informazione ambientale», e divenire per tale motivo ostensibile, la «documentazione che indirettamente si rifletta sull'ambiente in quanto tale»⁶².

Nella stessa direzione, non sono stati ritenuti accessibili i dati e gli atti ancora in corso di acquisizione e/o formazione, posto che «(...) qualunque diffusione degli strumenti di rilevazione nelle attuali fasi di indagine può costituire un importante *bias* dei risultati della stessa»⁶³ e dunque può compromettere il buon andamento della pubblica amministrazione. Con ciò, tuttavia non si giustificerebbe in alcun modo un'esclusione fondata sul fatto che l'informazione non si sia ancora tradotta nell'adozione di provvedimenti amministrativi conclusivi di specifici provvedimenti⁶⁴.

La questione è delicata anche per l'indeterminatezza della nozione di ambiente, a volte considerato un bene unitario⁶⁵, a volte un poliedrico interesse,

⁵⁷ Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2008, n. 6494; CGCE, sentenza 17 giugno 1998, in C-321/96; CGCE, sentenza 26 giugno 2003, in C-233/00; CGCE, sentenza 16 dicembre 2010, in C-266/09. Escludendo pertanto l'accesso a documenti che «non abbiano un diretto rilievo ambientale» (Cons. St., sez. III, 5 ottobre 2015, n. 4636), come ad esempio l'informazione relativa all'acatastamento di un fabbricato (Cons. St., sez. IV, 20 maggio 2014, n. 2557), ovvero con riferimento all'accesso ad informazioni per fini patrimoniali (TAR Campania, Napoli, sez. VI, 14 gennaio 2016, n. 188).

⁵⁸ TAR Campania, Napoli, 19 febbraio 2009, n. 1062.

⁵⁹ TAR Marche, 17 giugno 2009, n. 577.

⁶⁰ TAR Campania, Napoli, 30 aprile 2018, n. 2882.

⁶¹ TAR Sardegna, sez. I, 11 luglio 2014, n. 599.

⁶² Cons. St., sez. V, 20 agosto 2013, n. 4181; Cons. St., sez. IV, 20 maggio 2014, n. 2557; TAR Lazio, Roma, sez. I, ordinanza 25 luglio 2018, n. 8392.

⁶³ TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 4 maggio 2016, n. 156, che ha ritenuto legittimo il differimento dell'accesso ai dati relativi ad una indagine epidemiologica disposta nel quartiere di Servola del comune di Trieste a conclusione della stessa indagine.

⁶⁴ Cons. St., sez. V, 13 settembre 2016, n. 3856. Sulla questione anche, CGUE, 13 luglio 2017, in C-60/15 P.

⁶⁵ In senso critico sul punto, considerato che «l'ambiente non è un bene, bensì un problema», F. SPANTIGATI, *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 1999, 227.

ovvero una materia «non materia in senso tecnico»⁶⁶. Per chiarirne i confini, il giudice amministrativo ha escluso, ad esempio, l'accessibilità alle concessioni edilizie rilasciate in area di pregio naturalistico⁶⁷, partendo dalla considerazione del carattere derogatorio della normativa sull'accesso alle informazioni ambientali rispetto alla normativa generale sulla trasparenza, tale per cui nella nozione di ambiente non potrebbero rientrare ambiti afferenti l'edilizia e l'urbanistica, questi ultimi ascrivibili alla materia «governo del territorio», rimessa alla potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni e non alla materia «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema», quest'ultima di potestà legislativa esclusiva dello Stato.

La normativa settoriale contiene il riconoscimento di due garanzie, entrambe finalizzate a configurare una sorta di controllo sociale diffuso sulla qualità del bene ambiente⁶⁸: il diritto di accesso alle informazioni ambientali in capo ai singoli individui qualificato alla stregua di diritto soggettivo pubblico⁶⁹ e il dovere per le pubbliche amministrazioni di diffondere l'informazione ambientale, anche attraverso i mezzi informatici e in formati facilmente consultabili⁷⁰. È noto, infatti, che a seguito di richieste massive di accesso alle informazioni vertenti su determinate questioni, le amministrazioni pubbliche ben potrebbero più agevolmente procedere attraverso la pubblicazione delle informazioni su cui ricade maggiormente l'interesse dei cittadini.

Per quanto concerne la raccolta e il monitoraggio delle informazioni ambientali, un passaggio cruciale è stata la realizzazione, nel 1998, da parte del Ministero dell'ambiente del programma *Sistema Informativo Nazionale Ambientale – SINA*⁷¹, oggi coordinato da Ispra e connesso alla rete *Environment Information*

⁶⁶ Cfr., tra le altre, Corte costituzionale, sentenza 11 luglio 2017, n. 212 e le pronunce richiamate nella stessa.

⁶⁷ Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2003, n. 816. Nella stessa direzione, con riferimento ai titoli abilitativi richiesti per la costruzione di un impianto di metanizzazione, TAR Campania, sez. VI, 20 maggio 2015, n. 2821.

⁶⁸In questi termini, A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, cit., 195.

⁶⁹ F. FONDERICO, *Libertà di accesso alle informazioni in materia di ambiente*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 1997, 1008.

⁷⁰ In virtù della richiesta accessibilità delle informazioni, il giudice amministrativo ha sottolineato un incremento sotto il profilo qualitativo della trasparenza in campo ambientale e un correlato obbligo aggravato di trasparenza in capo alle autorità pubbliche. TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, 16 gennaio 2012, n. 389.

⁷¹ Il SINA si avvale dei seguenti poli territoriali attraverso un sistema reticolare (SINAnet): i Punti Focali Regionali, attraverso i quali vengono raccolti i dati e le informazioni regionali di interesse del SINA; il sistema delle Agenzie ambientali (ARPA/APPA), che forniscono supporto tecnico-scientifico in materia di monitoraggio ambientale; le Istituzioni Principali di Riferimento (IPR), centri di eccellenza che possono contribuire a livello nazionale alla formazione delle regole e alla formazione della base conoscitiva ambientale. Attraverso il sistema a rete SINAnet, l'Ispra mette a disposizione del pubblico il collegamento alle principali banche dati in materia ambientale. Sul punto, R. CARACCILO, G. MARCHETTI, G. SGORBATI, F. ZINONI, *Il trasferimento delle informazio-*

and Observation Network – EIONet – dell'Agenzia Europea per l'Ambiente e la creazione, ai sensi della l. 28 giugno 2016, n. 132, del Sistema Nazionale per la Protezione dell'Ambiente – SNPA⁷², di cui fanno parte l'Ispra e le Agenzie Regionali e Provinciali per la protezione dell'ambiente.

Degna di nota è anche l'ampia definizione di «autorità pubblica» a cui si applica la normativa settoriale⁷³, comprensiva di ogni persona fisica o giuridica che svolga funzioni connesse alle tematiche ambientali o eserciti responsabilità amministrative sotto il controllo di un organismo pubblico.

A proposito del procedimento di accesso, l'articolo 3, comma 2 del d.lgs. n. 195/2005 prescrive che l'informazione sia resa accessibile entro trenta giorni dal ricevimento della domanda, prorogabili a sessanta giorni qualora l'entità o la complessità della richiesta siano tali da non consentire il suo soddisfacimento entro il termine ordinario. Il rigetto dell'istanza deve essere comunicato entro trenta giorni dal ricevimento dell'istanza, motivando in relazione ad uno dei casi di esclusione previsti dalla normativa.

Le più recenti riforme varate dal legislatore italiano in materia di trasparenza amministrativa ci inducono a riflettere sul significato attuale dell'istituto dell'accesso alle informazioni ambientali, posto che l'entrata in vigore dell'accesso civico generalizzato sul modello FOIA introdotto dal d.lgs. n. 97/2016 ha in parte vanificato la portata innovativa della *proactive disclosure* regolata dal d.lgs. n. 33/2013 (contenente «Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni»), adottato in attuazione della legge anticorruzione (l. n. 190/2012), qualora questa verta – più o meno direttamente – su dati e informazioni ambientali e, nello stesso tempo, ridotto il tasso di specialità dell'accesso alle informazioni ambientali già prevista dal d.lgs. n. 195/2005.

In sostanza, se è possibile affermare che già a partire dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 39/1997 e poi con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 195/2005 – adottati in recepimento della dir. 90/313/CE, il primo, e della dir. 2003/4/CE, il secondo – la disciplina sull'accesso alle informazioni in materia ambientale ha trovato

ni: banche dati e reporting, Relazione alla XII Conferenza del Sistema Nazionale per la Protezione dell'Ambiente, Roma, 10-11 aprile 2014.

⁷² Ex art. 1 della l. n. 132/2016, è obiettivo del SNPA «assicurare omogeneità ed efficacia all'esercizio dell'azione conoscitiva e di controllo pubblico della qualità dell'ambiente a supporto delle politiche di sostenibilità ambientale e di prevenzione sanitaria a tutela della salute pubblica». È compito del SNPA monitorare lo stato dell'ambiente, controllare le fonti e i fattori di inquinamento delle matrici ambientali e delle pressioni sull'ambiente derivanti da fenomeni di origine antropica o naturale, diffondere i dati tecnico-scientifici e le conoscenze sullo stato dell'ambiente, collaborare con istituti scolastici e universitari per la predisposizione di programmi di divulgazione e educazione ambientale. Inoltre, la legge istitutiva del SNPA ha introdotto i livelli essenziali delle prestazioni tecniche ambientali (LEPTA) applicabili sul territorio nazionale.

⁷³ Su cui CGUE, sentenza 18 luglio 2013, in causa C-515/11.

una sua sede autonoma e speciale rispetto alla disciplina in materia di trasparenza, tale autonomia e specialità appaiono attenuate in conseguenza dell'entrata in vigore del decreto trasparenza e delle modifiche successivamente apportate allo stesso.

Peraltro, la natura speciale dell'accesso alle informazioni ambientali era stata ulteriormente rafforzata con l'inserimento all'interno del Testo Unico Ambientale (d.lgs. n. 152/2006) della parte relativa ai principi (d.lgs. n. 4/2008), tra i quali l'accesso alle informazioni è stato riconosciuto all'articolo 3-sexies nei termini di principio-diritto unitamente a quello di partecipazione a scopo collaborativo, conferendo così pieno riconoscimento ai primi due pilastri della Convenzione di Aarhus. In particolare, l'articolo 3-sexies del d.lgs. n. 152/2006, nel riconoscere al chiunque, senza necessità di dimostrare la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante, il diritto di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente e del paesaggio nel territorio nazionale⁷⁴, richiama la l. n. 241/1990⁷⁵, la Convenzione di Aarhus e il d.lgs. n. 195/2005.

Ma procediamo con ordine, esaminando le intersezioni tra d.lgs. n. 33/2013 e d.lgs. n. 195/2005. L'introduzione di due disposizioni (articoli 39 e 40) all'interno della disciplina sulla trasparenza contenuta nel d.lgs. n. 33/2013 dedicate rispettivamente alla «Trasparenza dell'attività di pianificazione e governo del territorio» e alla «Pubblicazione e accesso alle informazioni ambientali», ci ricordano che la finalità di «tutelare l'accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione dell'attività delle pubbliche amministrazione, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche» (tale è la finalità, indicata all'articolo 1, del d.lgs. n. 33/2013)⁷⁶, non può non afferire anche ai procedimenti di trasformazione del territorio o alle condizioni ambientali di una determinata area coinvolta da decisioni pubbliche. Di fatto, l'accesso civico alle informazioni ambientali previsto dall'art. 40 del d.lgs. n. 33/2013 richiama per due aspetti centrali, quello della legittimazione attiva all'accesso – riconosciuta al chiunque – e quello delle informazioni accessibili – non solo documenti ma anche dati –, le caratteristi-

⁷⁴ Restringendo in tal modo la nozione di informazione ambientale contenuta nell'articolo 2, comma 1, lettera a, del d.lgs. n. 195/2005. Lo sottolinea S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1582.

⁷⁵La disposizione contenuta nell'art. 3-sexies «ai sensi del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195» e in «attuazione della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche», nonché delle previsioni della Convenzione di Aarhus, più che in attuazione, parrebbe definirsi in deroga alla l. n. 241/1990, per quanto attuativa del principio di trasparenza richiamato nell'art. 1 della stessa legge. In questi termini, D. SORACE, *Tutela dell'ambiente e principi generali sul procedimento amministrativo*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (dir.), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2014, 19.

⁷⁶ In tema, A. FARÌ, *La pubblicità degli atti di governo del territorio e delle informazioni ambientali*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2016, 421.

che tipiche dell'accesso alle informazioni ambientali come regolato dal d.lgs. n. 195/2005. Nondimeno, sul piano procedurale, in entrambi i casi è previsto – al fine di replicare all'istanza del chiunque – un termine di trenta giorni, anche se in caso di accesso civico la normativa del 2013 richiede la notifica ai controinteressati e un provvedimento espresso e motivato a conclusione del procedimento, generando un incremento della mole di lavoro delle amministrazioni pubbliche che detengono i dati e i documenti su cui verte l'accesso.

Inoltre, con riferimento all'accesso civico, il d.lgs. n. 33/2013 (articolo 5, comma 10, con rinvio all'articolo 43, comma 5) affida al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza il compito di esercitare un controllo permanente circa l'adempimento degli obblighi di pubblicazione, assicurando la completezza, la chiarezza e l'aggiornamento delle informazioni pubblicate, con potere di segnalare, in relazione alla loro gravità, all'ufficio di disciplina, all'organo di indirizzo politico, all'Organismo Indipendente di Valutazione e all'Autorità nazionale anticorruzione, i casi di mancato o ritardato adempimento degli obblighi stessi. La stessa normativa (art. 46) ricorda che l'eventuale inadempimento degli obblighi di pubblicazione costituisce elemento per la valutazione della responsabilità dirigenziale e fonte di responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione, nonché elemento di valutazione ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale⁷⁷. Orbene, anche tale previsione, ispirata a una logica di convergenza tra principio di trasparenza, criterio di efficienza e principio di responsabilità, a fronte di una generica ed ampia nozione di informazione ambientale richiamata dall'articolo 40 del d.lgs. n. 33/2013 con un rinvio alla stessa nozione contenuta nell'articolo 2, comma 1, lettera a, del d.lgs. n. 195/2005, è certamente foriera di preoccupazioni per gli operatori delle pubbliche amministrazioni.

Eppure, la disposizione contenuta nell'articolo 40, comma 1, continua a riconoscere *expressis verbis* la specialità della normativa in materia di informazione ambientale, tant'è che «restano ferme le disposizioni di maggior tutela già previste dall'articolo 3-sexies de decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, dalla legge 16 marzo 2001, n. 108, nonché dal decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195», ponendosi in termini di prevalente rinvio alle norme esistenti⁷⁸. Inoltre, il comma

⁷⁷ Sul punto, F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso ai dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto Amministrativo*, 2019, 752-753.

⁷⁸ Il parametro della «maggior tutela» richiamato all'art. 40 del d.lgs. n. 33/2013, già riconosciuto dalla disciplina settoriale, può ben essere riscontrato e valutato con riferimento all'ampiezza delle nozioni di informazione ambientale, di autorità pubblica sottoposta agli obblighi di divulgazione e accessibilità e dei soggetti legittimati ad esercitare il diritto di accesso; parametro che non può, *in peius*, costituire oggetto di accordo tra Stato Regioni ed enti locali da definirsi in Conferenza unificata circa aspetti organizzativi e procedurali dell'accesso alle informazioni ambientali richiamati dall'articolo 11 del d.lgs. n. 195/2005. Sulle due discipline, tra ordinamento

2 dello stesso articolo ricorda l'obbligo di pubblicazione delle informazioni ambientali di cui all'articolo 2, comma 1, lettera a, del d.lgs. n. 195/2005 detenute dalle amministrazioni per i loro fini istituzionali e della relazione sullo stato dell'ambiente elaborata dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare all'interno della sezione del sito web istituzionale delle stesse dedicate alle «Informazioni ambientali». Infine, il terzo comma dell'articolo 40 del d.lgs. n. 33/2013 ribadisce i casi di esclusione del diritto di accesso alle informazioni ambientali di cui al già ricordato articolo 5 del d.lgs. n. 195/2005.

In sostanza, ogni richiesta di accesso alle informazioni ambientali è potenzialmente qualificabile come richiesta di accesso civico, ma qualora i cittadini facciano ricorso a quest'ultimo istituto, per un verso, potrebbero contare su un meccanismo più efficace in ragione del deterrente legato alle forme di responsabilità attivabili e, per altro verso, in ragione dei maggiori aggravii procedurali frapposti all'accesso civico, potrebbero favorire ricadute negative sul funzionamento dell'amministrazione nel suo complesso.

Così, l'accesso civico introdotto nel 2013 ha reso assai meno speciale la disciplina del 2005 sull'accessibilità alle informazioni ambientali e ha posto nuove problematiche.

Queste ultime si pongono anzitutto, con riferimento all'ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 39, posto che il perimetro degli atti di pianificazione, soggetti a obbligo di pubblicazione, è variabile e influenzato dall'ampiezza della nozione di «governo del territorio» ricordata dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale. Peraltro, occorre ricordare che tra le novelle apportate al d.lgs. n. 33/2013 ai sensi e agli effetti del d.lgs. n. 97/2016, è stata disposta l'abrogazione della lettera b del comma 1 dell'articolo 39, laddove era previsto l'obbligo di pubblicazione degli schemi di provvedimenti in materia di governo del territorio già durante il loro iter di approvazione, relegando l'obbligo di pubblicità ai casi di applicazione della valutazione ambientale strategica ai piani e ai programmi impattanti sull'ambiente come disciplinata dal d.lgs. n. 152/2006⁷⁹.

Ulteriori problemi di ordine applicativo tra i due regimi di accesso potrebbero sorgere con riferimento ad altri parametri, come ad esempio quelli qualitativi del dato e dell'informazione accessibile richiesti dagli articoli 6 e 48, commi 3

generale e ordinamento speciale, si veda M.V. FERRONI, *Diritto all'informazione ambientale nell'ordinamento nazionale*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (dir.), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, Wolters Kluwer, London, 2015, 999; A. CONTIERI, G. DE FIORE, *L'accesso alle informazioni ambientali*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1268.

⁷⁹ Sempre riguardo all'oggetto di pubblicazione, il comma 2 dell'articolo 39 prescrive che una sezione specifica e costantemente aggiornata dei siti web dei Comuni interessati debba essere dedicata agli atti relativi a procedimenti di trasformazione urbanistica che costituiscono variante allo strumento urbanistico generale e alle iniziative di trasformazione urbanistica connesse a meccanismi di premialità edificatoria. Inoltre, il comma 3 dell'articolo 39 sancisce che dall'avvenuta pubblicazione degli atti di governo del territorio scaturisce il regime di efficacia degli atti stessi.

e 4, del d.lgs. n. 33/2013, e alla ragionevolezza degli oneri imposti all'operato delle pubbliche amministrazioni, molti dei quali aggravati dalla complessità delle componenti tecnico-scientifiche dei dati ambientali⁸⁰.

Occorre altresì ricordare che, mentre la normativa di carattere generale sulla trasparenza è corredata di un apparato sanzionatorio⁸¹, la normativa settoriale in materia di accesso alle informazioni (d.lgs. n. 195/2005) nulla prevede sul punto, dovendosi con ciò ritenere applicabile il suddetto apparato sanzionatorio ai soli obblighi di divulgazione delle informazioni ambientali e territoriali (articoli 39 e 40, d.lgs. n. 33/2013).

Detto diversamente, il regime sanzionatorio sarà applicabile soltanto in relazione a quelle informazioni in cui i profili ambientali sono soltanto e ancora una parte dell'informazione pubblica. Stesso ragionamento può essere applicato con riferimento alle funzioni riconosciute all'Autorità nazionale anticorruzione in forza dell'articolo 45 del d.lgs. n. 33/2013 (come modificato dal d.lgs. n. 97/2016), tra le quali figura il potere di controllo sull'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione, di ispezione mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle amministrazioni pubbliche interessate e di ordine finalizzato alla pubblicazione, entro un termine non superiore a trenta giorni, di dati, informazioni e documenti, il cui mancato rispetto costituisce illecito disciplinare; illecito che l'Autorità è tenuta a segnalare all'ufficio competente dell'amministrazione interessata affinché sia attivato il procedimento disciplinare a carico del responsabile della pubblicazione o del dirigente tenuto alla trasmissione delle informazioni⁸².

Nondimeno, ulteriori problematiche applicative della normativa in materia di trasparenza e informazione ambientale, potrebbero sorgere in attuazione del modello di accesso FOIA – con tutti i limiti della versione all'italiana⁸³ – introdotto nel d.lgs. n. 33/2013 in forza del d.lgs. n. 97/2016. Infatti, ferma restando l'affermata specialità della normativa settoriale (a cui richiama l'art. 40 del d.lgs.

⁸⁰ Riflette in proposito, A. SAU, *Profili giuridici dell'informazione ambientale e territoriale*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1, 2009, 131.

⁸¹ F. DINELLI, *Le sanzioni per la violazione degli obblighi di pubblicazione e la tutela giurisdizionale dell'accesso civico*, in B. PONTI, (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, cit., 508 ss.; O. RUSSO, *Le sanzioni per la violazione delle norme sulla prevenzione della corruzione e sulla trasparenza: procedimento, natura giuridica ed efficacia*, in F. CERIONI, V. SARCONI (a cura di), *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 735 ss.

⁸² F. DI LASCIO, *I compiti dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in B. PONTI, (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, cit., 487 e ss.

⁸³ Già ben chiariti da G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi.it*, n. 1/2017. Sulle più recenti riforme italiane in materia di trasparenza, si vedano anche M. RENNA, S. VACCARI, *Dalla "vecchia" trasparenza amministrativa al c.d. open government*, in *Giustamm.*, n. 1/2019 e S. VACCARI, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili: le nuove regole sulla trasparenza*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2017, 1021 ss.

n. 33/2013), dall'applicazione generale della disciplina in materia di trasparenza della pubblica amministrazione potrebbe derivare un ampliamento del novero dei soggetti sottoposti agli obblighi generali di pubblicità e accesso all'informazione intesa in senso generalistico e pertanto potenzialmente inclusiva di profili ambientali⁸⁴. Ciò in forza, come si è visto, delle difficoltà, riscontrate anche sul piano giurisprudenziale, nell'identificare i confini del dato e dell'informazione squisitamente ambientale all'interno del patrimonio informativo pubblico.

Infatti, una volta introdotto un generale diritto di accesso alle informazioni pubbliche, la delimitazione del perimetro dell'informazione ambientale diventa più labile ed esposta a zone grigie e, per quanto l'informazione ambientale debba certamente essere considerata espressione di informazione pubblica⁸⁵, la sovrapposizione tra le varie forme di accesso potrebbe non giovare alla democrazia ambientale.

3. *Accesso alle informazioni ambientali e buona amministrazione*

Se è vero che la normativa posta a garantire l'accessibilità alle informazioni sullo stato dell'ambiente rappresenta un corollario del diritto alla salubrità ambientale, tale accessibilità è senz'altro un buon indicatore per misurare la buona amministrazione nel raggiungere un elevato livello di tutela ambientale⁸⁶. Infatti, da una parte, la pubblica amministrazione è incaricata del dovere generale di dare pubblicità alle informazioni ambientali e di rielaborare i dati per renderli intellegibili al richiedente⁸⁷, e si tratta di dati la cui conservazione e gestione ha un

⁸⁴ In questo senso si è espressa la dottrina spagnola con riferimento al rapporto tra disciplina settoriale in materia di accesso alle informazioni ambientali e la disciplina in materia di trasparenza contenuta nella Ley 19/2013. Si veda, A. DE LA VARGA PASTOR, *Estudio de la publicidad activa de la información pública. Especial referencia a la información ambiental y a la aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, in *Rev. Catalana de Dret Ambiental*, n. 1, 2015, 27; J.I. CUBERO MARCOS, *El derecho de acceso a la información ambiental y su adaptación a la normativa general sobre transparencia administrativa: algunos casos controvertido*, in *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 37, 2017, 8. Sul rapporto tra i due regimi giuridici, S. FERNANDEZ RAMOS, J.M. PÉREZ MONGUIÓ, *El derecho de acceso a la información pública en España*, Aranzadi-Thomson, Madrid, 2017.

⁸⁵E. GUICHOT, *El acceso a la información ambiental: relaciones entre normativa general y normativa sectorial. En particular, el sentido del silencio y la garantía de la reclamación ante una autoridad administrativa independiente*, in *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 33, 2016, 17.

⁸⁶ In proposito, ricordando la finalità di tutela del bene ambiente tipica della disciplina italiana in materia di informazione ambientale, le riflessioni di M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 145.

⁸⁷ Sottolinea la necessità dell'intelligibilità delle informazioni disseminate dalle pubbliche amministrazioni, S. VERNILE, *La circolazione delle informazioni nel processo di "responsabilizzazione ambientale"*, cit., 330.

elevato valore economico (per l'attività di ricerca e di elaborazione che ne sta alla base e per l'utilità intrinseca che può conferire in termini di conoscenza al fine di adottare le decisioni per la cura dell'interesse ambientale)⁸⁸; per altra parte, spetta alla stessa pubblica amministrazione consentire l'accesso su richiesta.

Da qui, le potenziali ricadute sul versante della qualità dell'azione amministrativa, posto che la garanzia procedurale di accesso alle informazioni conferisce legittimità alle decisioni ad elevato contenuto tecnico (rispondendo alla finalità preventivo-precauzionale) e favorisce la partecipazione civica, ovvero la collaborazione con l'amministrazione procedente all'adozione di decisioni che interessano una collettività più o meno ampia. Nondimeno, avveduta dottrina⁸⁹, aveva già sottolineato quanto siano decisive le dinamiche informative che, essendo riconducibili al chunque, sottraggono a logiche di mediazione e di scambio l'operato degli apparati amministrativi.

L'accesso alle informazioni è dunque funzionale, per un verso, alla democratizzazione del sistema di tutela ambientale⁹⁰ e, per altro verso, alla promozione di un processo virtuoso in cui ci si informa per partecipare consapevolmente e per realizzare il controllo sociale sull'azione delle pubbliche autorità, responsabilizzando queste ultime nei loro interventi in materia ambientale e arricchendo le loro decisioni⁹¹.

Per il vero, parte della dottrina ha sottolineato, con riferimento all'ordinamento giuridico italiano, che «può ben darsi che dalla istruttoria partecipata emergano elementi utili ad integrare le conoscenze dell'amministrazione riguardo ai dati di fatto e tecnico-scientifici, ma non è ragionevole pensare che l'apporto di soggetti che sono qualificati dal mero interesse civico sia indirizzato a migliorare la qualità tecnica delle decisioni amministrative»⁹².

In quest'ottica, l'autentica finalità della partecipazione collaborativa⁹³, corroborata dall'accesso alle informazioni ambientali, sarebbe quella di dare voce agli interessi, che arrivano ad esprimersi sul merito della decisione; al contempo, dalla motivazione del provvedimento ben potrebbe emergere il contributo del

⁸⁸ Lo ricorda F. LETTERA, *Lo Stato ambientale*, Giuffrè, Milano, 1990, 161.

⁸⁹ A. ORSI BATTAGLINI, "L'astratta e infeconda idea". *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni Fiorentini*, 1988, 610.

⁹⁰ M. FEOLA, *Ambiente e democrazia. Il ruolo dei cittadini nella governance ambientale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 144. Più in generale, riflette sul contributo del principio di trasparenza alla democraticità delle istituzioni, M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1330-1331.

⁹¹ M. CALABRÒ, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, 201.

⁹² In questi termini, F. TRIMARCHI BANFI, *La partecipazione civica al processo decisionale amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 1, 2019, 1 e ss.

⁹³ Sulle finalità della partecipazione, tra visione garantistica e collaborativa, A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, Giappichelli, Torino, 2016, in specie 5 ss.

pubblico al merito, rendendo possibile la misurazione del grado di democraticità dell'azione amministrativa. Di tal guisa, con riferimento a quest'ultimo profilo, i diritti procedurali di informazione e partecipazione riconosciuti nel processo decisionale ambientale conferiscono legittimazione alle decisioni, accrescono il consenso sulle stesse da parte della collettività e rafforzano la fiducia nelle istituzioni⁹⁴ – specie laddove il sistema di regolazione presenti evidenti limiti⁹⁵ –, ma con ogni probabilità non bastano per garantire una buona amministrazione.

La questione sembra affacciarsi anche nell'ordinamento internazionale, laddove la Convenzione di Aarhus, riconosce in capo ad ogni persona, da un lato, il diritto di vivere in un ambiente atto ad assicurare la sua salute e il suo benessere e, dall'altro, il dovere di tutelare l'ambiente. Proprio in funzione di tale dovere, la stessa Convenzione garantisce ampiamente i diritti procedurali di accesso di partecipazione ai processi decisionali che riguardano l'ambiente e riconosce che attraverso un ampio accesso alle informazioni si possa raggiungere una maggiore partecipazione procedimentale e, in conseguenza del potenziamento della trasparenza e della partecipazione, un innalzamento del livello di tutela ambientale, anche migliorando la qualità delle decisioni amministrative⁹⁶.

Inoltre, il rispetto degli obblighi di diffusione delle informazioni ambientali favorisce senz'altro le amministrazioni pubbliche nel lavoro volto alla tenuta e all'aggiornamento di banche dati contenenti elaborati tecnico-scientifici (si pensi alle mappature territoriali e ai dati di monitoraggio ambientale), a sua volta utile per la pianificazione degli interventi e la successiva verifica dei loro esiti; un compito per il quale le nuove tecnologie possono rivestire un ruolo cruciale ai fini della corretta gestione del patrimonio informativo ambientale⁹⁷. Anche per questo contributo, la trasparenza ambientale è strumento per garantire effettività alla tutela del patrimonio pubblico.

Come si è anticipato, la previsione di diverse modalità di accesso in forza del principio di trasparenza rischia di produrre una rarefazione della speciale forma di accesso alle informazioni ambientali. Inoltre, il moltiplicarsi delle forme di accesso che si è prodotto all'interno dell'ordinamento italiano negli ultimi trent'anni (l'accesso ai documenti amministrativi, previsto dalla l. n. 241/1990; l'accesso civico, regolato dal d.lgs. n. 33/2013; l'accesso civico generalizzato, introdotto dal d.lgs. n. 97/2016; a cui si aggiungono forme settoriali di accesso

⁹⁴ Lo ha recentemente sottolineato la giurisprudenza sovranazionale, con riferimento all'accesso alle informazioni. Cfr., Tribunale Ue, 7 marzo 2019, in causa T-716/14, par. 54.

⁹⁵ Lo ricorda, con riferimento alla *governance* sovranazionale in materia di ambiente e salute, D. BEVILACQUA, *La trasparenza come garanzia di legittimazione e come strumento di tutela degli interessi "deboli"*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2019, 577.

⁹⁶ Lo sottolinea I.A. NICOTRA, *Dall'accesso generalizzato in materia ambientale al Freedom of Information Act*, in *Federalismi.it*, n. 12/2018.

⁹⁷ Si vedano in proposito le riflessioni di M. ALLENA, *Blockchain Technology for Environmental Compliance: Towards A "Choral" Approach*, (forthcoming) in *Environmental Law Review*, 2020.

come l'accesso alle informazioni ambientali, previsto dal d.lgs. n. 195/2005 e l'accesso agli atti e alle informazioni degli enti locali, previsto dal d.lgs. n. 267/2000) ha reso più complesso l'ambito di operatività delle singole discipline⁹⁸. Poi, il fatto che l'Italia si sia dotata di un FOIA che consente a chiunque di accedere alle informazioni non riservate in possesso delle pubbliche amministrazioni, realizzando il principio dell'accessibilità totale, assegna all'amministrazione pubblica una nuova sfida che consiste nell'erogazione di un servizio informativo, non scevra di implicazioni anche sul piano dell'economicità e dell'efficienza⁹⁹. Una sfida già affrontata dalle amministrazioni chiamate a curare o ad interferire con la cura dell'interesse alla tutela ambientale, anche se ad oggi non risultano disponibili informazioni complete a livello nazionale sullo stato di attuazione della normativa in materia di accesso all'informazione ambientale, anche per le molteplici autorità pubbliche interessate e per la mancata standardizzazione delle procedure¹⁰⁰.

Certo è che, a fronte di tale evoluzione ordinamentale, si può ancora una volta confermare la natura di "diritto-sonda" tipica del diritto ambientale¹⁰¹, in grado di elaborare principi, categorie e istituti destinati ad essere dapprima sperimentati in campo ambientale e poi ad affermarsi in ambito generale.

Inoltre, occorre ricordare che la cassetta degli attrezzi per garantire effettività alla tutela ambientale è stata recentemente arricchita dall'ordinamento Ue. Basti pensare alla previsione contenuta nella dir. Ue 2019/1937, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione relativamente a specifici ambiti elencati nell'articolo 2 della stessa direttiva, tra cui figura la tutela dell'ambiente.

⁹⁸ Critico sulla moltiplicazione delle varie forme di accesso, tanto che potrebbero «ridurre a mera declamazione il diritto di accesso», F. FRANCIOSI, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *Federalismi.it*, 10/2019, 3.

⁹⁹ Sulla questione si veda, D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *Federalismi.it*, n. 5/2016, 18 e G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2019, *passim*.

¹⁰⁰ Lo ricorda il MINISTERO DELL'AMBIENTE E DELLA TUTELA DEL TERRITORIO E DEL MARE, *Quarto aggiornamento del Rapporto Nazionale sull'attuazione della Convenzione di Aarhus in Italia*, 2017, 10.

¹⁰¹ La formula, evocata dalla dottrina francese, viene richiamata da R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio"*, in *Diritto e società*, 2006, p. 510, anche rappresentando alcuni istituti e categorie apripista rispetto al diritto amministrativo generale, a 514. Il diritto ambientale in termini di «sonda nella teoria generale della scienza giuridica» è, invece, ricordato da F. SPANTIGATI, *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, cit., p. 236. In senso più ampio, dipinge il diritto dell'ambiente come un «nano sulle spalle dei giganti» ricordando che esso «può vedere più cose di loro e più lontane, ma non certo per l'altezza del suo corpo, ma per le varie discipline che lo sorreggono», S. NESPOR, *Diritto dell'ambiente e diritto allo sviluppo: le origini*, in <http://nbmstudiodilegale.it/wp-content/uploads/2015/11/DIRITTO-ALL-AMBIENTE-E-DIRITTO-ALLO-SVILUPPO-LE-ORIGINI.pdf>, 3.11.2015, 7 [ultima consultazione: 15-01-2020].

La normativa europea sull'istituto del *whistleblowing*¹⁰² ricorda, al considerando n. 10, che «per quanto riguarda la tutela dell'ambiente, la raccolta di prove, la prevenzione, l'accertamento e il contrasto dei reati ambientali e dei comportamenti illeciti rimangono aspetti problematici», e pertanto «l'introduzione di una tale protezione è necessaria per garantire l'efficace applicazione dell'*acquis* ambientale dell'Unione, le cui violazioni possono arrecare pregiudizio al pubblico interesse, con possibili effetti di ricaduta al di là delle frontiere nazionali».

Nella medesima direzione si è mosso il Governo all'atto della predisposizione della bozza di regolamento attuativo¹⁰³ dell'articolo 14, commi 1 e 2, della l. n. 132/2016¹⁰⁴ che, introducendo disposizioni sul personale ispettivo del Sistema Nazionale a rete per la Protezione dell'Ambiente – SNPA, ha previsto i criteri generali applicabili alla segnalazione di illeciti ambientali da parte di enti e cittadini, singoli o associati.

Emerge, dunque, una grande varietà dei ruoli che i singoli possono svolgere per contribuire all'effettività della tutela ambientale, da mero interessato a conoscere lo stato dell'ambiente in cui vive a interessato alle procedure amministrative che lo riguardano, sino alla “possibilità di esercitare quella forma di «controllo popolare dell'applicazione della normativa» che in questo settore veniva auspicata già quaranta anni fa”¹⁰⁵.

Oggi, nell'era dei giovanissimi che scendono nelle piazze in occasione dei *Fridays for Future* promossi dall'adolescente svedese Greta Thunberg per protestare contro l'inerzia dei governi a fronte delle inarrestabili conseguenze legate ai cambiamenti climatici, l'accesso alle informazioni ambientali è uno strumento centrale per alimentare la coscienza ambientale¹⁰⁶ e promuovere la tutela degli

¹⁰² Prima dell'entrata in vigore della dir. 2019/1937/UE, le sole norme di protezione degli informatori esistenti in materia di tutela dell'ambiente sono previste a livello settoriale nella dir. 2013/30/UE sulla sicurezza delle operazioni in mare nel settore degli idrocarburi.

¹⁰³ La bozza di regolamento data 16 maggio 2019 è reperibile all'indirizzo <http://www.infoparlamento.it/tematiche/approfondimenti/scheda-di-sintesi-bozza-dpr-protezione-ambiente-16-maggio-2019>, escludendo dall'ambito di applicazione della normativa le Province autonome di Trento e Bolzano [ultima consultazione: 15-01-2020].

¹⁰⁴ La l. n. 132/2016 è stata in parte dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale, sentenza 11 luglio 2017, n. 212. Nello specifico, la declaratoria di incostituzionalità ha investito, su ricorso promosso dalle Province autonome di Bolzano e Trento, il co. 1 dell'art. 14 della legge nella parte in cui prevede che il suddetto d.P.R. relativo alle modalità di individuazione del personale incaricato e degli interventi ispettivi, al codice etico, alle competenze del personale ispettivo e ai criteri generali per lo svolgimento delle attività ispettive, si applichi anche alle Province autonome.

¹⁰⁵ Mutuando l'espressione di L. CASINI, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, il Mulino, Bologna, 2018, 42, il quale richiama M.S. GIANNINI, *Relazione conclusiva*, in Atti del Convegno “Dalla lotta all'inquinamento alla tutela pubblica dell'ambiente” (Milano-Bruzzano, 4-5 marzo 1977), in *Scritti. Volume settimo 1977-1983*, Giuffrè, Milano, 2005, 199.

¹⁰⁶ In tema si vedano le riflessioni di S. NESPOR, *La corretta diffusione di conoscenze e informazioni*

interessi conservativi ed è pertanto necessario che le amministrazioni pubbliche preposte alla divulgazione delle informazioni ambientali prestino attenzione al livello qualitativo delle stesse, anche per contrastare la minaccia delle *fake news* ambientali¹⁰⁷.

Eppure la trasparenza continua tuttora a trovare ostacoli nei gangli dei processi deliberativi che ospitano la regolazione europea di settori cruciali come la salute, l'ambiente e la sicurezza dei consumatori, laddove – specie con riferimento al ruolo dei collegi transnazionali europei in cui si confrontano rappresentanti di amministrazioni nazionali coordinati al vertice dalla Commissione europea, ovvero si confrontano rappresentanti di interessi organizzati o esperti indipendenti sulla base del *club model* –, anche in seguito al processo di Lisbona, continuano a permanere sacche di opacità¹⁰⁸ (e poca trasparenza sulle posizioni dei singoli Stati membri), rispetto alle quali un ruolo primario è ancora rimesso alla giurisprudenza e a forme di tutela non giurisdizionali¹⁰⁹. Ma sia chiaro, essere informati ed informarsi non basta, così come non possono essere relegate al solo attivismo civico le istanze di tutela ambientale. Queste ultime, invece, necessitano di un ruolo pregnante dei governi nazionali e delle pubbliche amministrazioni, invocano effettività del diritto ad una buona amministrazione ed ampio accesso alla giustizia in materia ambientale.

Del resto, non può sottacersi il fatto che in Italia la centralità riservata, tra gli istituti per la trasparenza amministrativa, all'accesso ai documenti e alle informazioni – che resta, senza dubbio, la principale espressione del principio generale di pubblicità dell'azione amministrativa in funzione di garanzia di partecipazione al procedimento¹¹⁰ –, abbia finito per dequotarne altri parimenti importanti e presenti nell'armamentario dell'operatore trasparente e aperto, come ad esempio la motivazione del provvedimento, la partecipazione procedimentale e il ruolo

come strumento per la creazione di una coscienza ambientale indispensabile per la salvaguardia dell'ambiente a livello globale, in D. MARRANI, (a cura di), *Il contributo del diritto internazionale e del diritto europeo all'affermazione di una sensibilità ambientale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 45 e ss.

¹⁰⁷ Sul punto si vedano le interessanti riflessioni di S. VERNILE, *La circolazione delle informazioni nel processo di "responsabilizzazione ambientale"*, cit., 346 ss.

¹⁰⁸ Si veda, con riferimento ai comitati dell'Unione europea, M. SAVINO, *I comitati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2005, *passim* e, con cenni alla medesima questione in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dello stesso A., *La comitologia dopo Lisbona: alla ricerca dell'equilibrio perduto*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2011, 1046.

¹⁰⁹ Basti pensare al ruolo del Mediatore europeo, che dedica un'area di lavoro alla trasparenza al fine di assicurare che gli organismi dell'Unione europea garantiscano la trasparenza del processo decisionale dell'Unione, incluso l'accesso del pubblico ai documenti e alle informazioni, nonché delle attività delle *lobbies*. Cfr. MEDIATORE EUROPEO, *Relazione annuale 2018*, reperibile in <https://www.ombudsman.europa.eu/it/publication/it/113728> [ultima consultazione: 18-01-2020].

¹¹⁰ In questi termini, A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, II, Giuffrè, Milano, 2003, 1152 ss.

del responsabile del procedimento¹¹¹. E poco ha giovato l'accostamento della trasparenza agli strumenti per la lotta alla corruzione¹¹² e più in generale alla *maladministration*: per converso, andrebbe potenziato il contributo valoriale che dalla trasparenza può giungere per promuovere la buona amministrazione.

¹¹¹ Così, A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2, 2018, 311 e ss.

¹¹² Sul punto si vedano le considerazioni di F. CACCIATORE, F. DI MASCO, A. NATALINI, *La trasparenza proattiva in Italia: meccanismi causali e dinamiche di contesto*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 1/2017, 49 ss.; M. BOMBARDELLI, *Tra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2013, 657 ss.

Abstract

The contribution of public access to environmental information
on safeguard of the public heritage

by Giovanna Pizzanelli

This article analyzes the key role of public access to information in modern environmental governance.

Guaranteed by the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, by Directive 2003/4/EC and by legislative-decree n. 195/2005, the right of Access to environmental information has a substantial impact on how individuals can act as environmental stewards and public bodies can protect the environment.

In particular, information disclosure provisions can help to minimize the information asymmetry between the State and its citizens. In doing so, individuals are empowered in their role as environmental stewards, able to effectively participate in environmental decision-making procedures and to exert “bottom-up” pressure on the State and private entities in their role as consumers and investors.

However, the historical evolution of the right to access environmental information today is confronted with the reform of Italian legislation on transparency. Therefore, a reflection is needed on the interaction between the special forms of access coexisting in the Italian legal system, with specific reference to environmental information, and the generalized civic access introduced by the legislative-decree n. 97/2016 (so-called *Italian Freedom of Information Act*).

In conclusion the essay focuses on the fact that right to access information, as it belongs to the corpus of human rights, is a precondition for a good environmental administration.

Parole chiave: accesso alle informazioni ambientali, diritti umani, patrimonio pubblico

Keywords: public access to environmental information, human rights, public heritage

Regularização fundiária urbana e aplicação imediata da lei n. 13.465/17 no Distrito Federal do Brasil

di Pablo Cunha Malheiros, Ilton Norberto Robl Filho

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. Contexto jurídico da regularização fundiária urbana no Brasil e no Distrito Federal. – 3. Polêmica sobre aplicação imediata da lei n.º. 13.465/17 no Distrito Federal. – 4. Conclusão.

1. *Introdução*

O presente artigo defende a aplicação imediata aos Estados-Membros, aos Municípios e especialmente ao Distrito Federal brasileiro da lei n.º. 13.465 de 2017, a qual foi aprovada pelo Congresso Nacional e trata do relevante tema da regularização fundiária urbana, produzindo assim impacto direto na concretização de diversos direitos fundamentais e principalmente do direito à moradia insculpido no art. 6.º, Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88).

De outro lado, existe entendimento contrário à aplicação imediata da referida lei aos entes subnacionais (Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios), o qual se encontra lastreado no Parecer n.º. 537 de 2018, da Procuradoria Geral do Distrito Federal (PRCONS/PGDF) e sustenta a necessidade de lei específica dos entes subnacionais sobre o tema para, posteriormente, incidir os institutos jurídicos e as normas previstas da lei n.º. 13.465/17.

Os autores exploram especialmente a literatura jurídica especializada e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acerca das competências legislativas dos entes federativos, analisando entendimentos recentes que apontam para uma visão mais adequada sobre a Federação, a partir da cooperação entre entes federativos e de uma leitura conjunta dos artigos 24 e 30 da CF/88. Dessa forma, a seção 2 deste artigo apresenta o contexto da regularização fundiária no Brasil e com especial relevo no Distrito Federal. Por sua vez, o item 3 deste trabalho versa sobre a aplicabilidade imediata da lei n.º. 13.465/17 aos entes subnacionais. Por fim, na seção 4 são apresentadas as conclusões.

2. *Contexto jurídico da regularização fundiária urbana no Brasil e no Distrito Federal*

As diversas finalidades da gestão do patrimônio público encontram-se relacionadas com a concretização do interesse público. Desse modo, «o Estado é chamado para prover bens necessários à prestação de serviços públicos e à própria execução das atividades estatais; também é instado a disponibilizar espaços

públicos para a fruição da coletividade e para fins urbanísticos; e, enfim, a gestão do patrimônio público pressupõe igualmente o aproveitamento econômico de determinados bens, que podem, para esse fim, ser transferidos de forma onerosa a particulares que demonstrem o interesse em explorar esses bens»¹.

Por sua vez, a alienação de bem que compõe o patrimônio de ente estatal da Administração Pública Direta ou Indireta pode cumprir duas funções. A primeira é função direta, a qual objetiva a obtenção de recursos econômicos pela sociedade estatal para o desempenho das suas atividades, sendo necessária a licitação prévia antes da alienação².

Ainda, existe também a função indireta, servindo essa alienação a outras funções estatais específicas diversas da obtenção de recursos para o seu patrimônio, podendo ser realizada a alienação direta «ou a adoção de procedimentos destinados a assegurar o tratamento isonômico entre os interessados».³ A venda direta de imóvel em área de regularização fundiária se enquadra como alienação de bem público dominical (Código Civil, art. 99)⁴ para a promoção de direitos fundamentais à moradia ou para a realização atividades profissionais, podendo essa modalidade de alienação ocorrer por diversos instrumentos jurídicos como contrato de compra e venda, doação, aforamento, substituído pela superfície, concessão de titularidade real de uso, permissão de uso, locação, arrendamento, comodato⁵, entre outros.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 insere-se nos marcos do constitucionalismo social, sendo comprometida com a busca de igualdade e liberdade materiais. Nesse sentido, prevê expressamente o direito social à moradia no seu art. 6º. Ainda, a segurança e o bem-estar pressupõem a existência de local adequado e digno para moradia, sendo o direito à segurança e a busca por bem-estar pelo Estado Brasileiro também dotados de *status* constitucional respectivamente nos arts. 6º e 3º, IV, CF/88. Nesse contexto que se insere a regularização fundiária, a partir de bens públicos, como mecanismo de promoção de direitos fundamentais e institutos constitucionais.⁶

¹ MARQUES NETO, F.; LOUREIRO, C. de S. Bens Públicos e Intervenção Administrativa na Propriedade. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, vol. 23, item 4.1, mar-abril 2016.

² Sobre os bens públicos, cf. MARQUES NETO, F. *Bens públicos: Função Social e Exploração Econômica – O Regime Jurídico das Utilidades Públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

³ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, 255.

⁴ Sobre uma crítica à classificação dos bens públicos posta no Código Civil e por uma proposição condizente com o século XXI, veja: JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2018, Capítulo 16 (edição eletrônica).

⁵ JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2018, Capítulo 16 (edição eletrônica). Acerca dos bens do uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais e alienação dos bens públicos, cf. SILVA, R. L. dos S. Regularização fundiária urbana e a lei 13.465/2017: aspectos gerais e inovações. *Revista Cadernos do Desenvolvimento Fluminense*, Rio de Janeiro, 13, 133-135, ago-dez, 2017.

⁶ Cf. CARDOSO, P. de M. *Democratização do Acesso à Propriedade Pública no Brasil: Função Social*

Dessa forma, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições de habitação e de saneamento básico, conforme o art. 23, IX, CF/88. A existência de moradia digna e de saneamento densifica a dignidade concreta do ser humano prevista no art. 1º, IV, CF/88, além de promover o direito fundamental à saúde, de acordo com o art. 6º, CF/88⁷. Ainda, a política de desenvolvimento urbano é fixada no art. 182, asseverando no seu *caput* que: «A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes»⁸.

No plano específico urbano da alienação direta de lote ou de fração ideal em área de regularização fundiária, há duas as hipóteses legais de regularização: a regularização urbana de interesse social (REURB-S) e a de interesse específico (REURB-E). A REURB-S encontra-se disciplinada originalmente no art. 17º, I, “f”¹⁰ da lei Federal n.º 8.666/93¹¹, admitindo a alienação onerosa por meio de contrato de compra e venda direta de lotes residenciais ocupados em área de regularização fundiária urbana de interesse social, como explica a literatura jurídica:

e Regularização Fundiária. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito do Estado), Área de Concentração Direito Urbanístico, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

⁷ Em verdade, direitos fundamentais sociais específicos, como direitos à moradia e a saúde, por exemplo, são elementos centrais na concretização da dignidade humana concreta e do mínimo existencial. Sobre essa questão, cf. SARLET, I. W. Dignidade (da Pessoa) Humana, Mínimo Existencial e Justiça Constitucional: Algumas Aproximações e Alguns Desafios. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 1, n. 01, p. 29-44, dez. 2013.

⁸ Sobre a função social da propriedade e a reforma urbana, cf. BERCOVICI, G. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma Leitura a Partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, 117-169; TAVARES, A. R. *Direito Constitucional Econômico*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2011, 147-169.

⁹ Marçal Justen Filho aduz: «A expressão “alienação” é utilizada numa acepção ampla. Compreendendo tanto a alienação no sentido próprio e técnico como também institutos que possibilitam a outro sujeito o uso e a fruição parcial ou temporária de bens e de direitos de titularidade da Administração Pública»: JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, 251.

¹⁰ Art. 17, I, “f”, da lei n.º 8.666/93: «Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública».

¹¹ As medidas provisórias n.ºs 292, de 2006, e 335, de 2006, assim como a lei n.º 11.481/2007 também tratam de aspectos relacionados à regularização fundiária de interesse social.

«O dispositivo destina-se a evitar que políticas públicas de titulação de imóveis residenciais sejam inviabilizadas em vista da necessidade de procedimento licitatório. O dispositivo envolve exclusivamente imóveis residenciais. (...) Já a referência à regularização fundiária pressupõe a legitimação da ocupação de áreas, de modo a assegurar um título jurídico para o sujeito que detém área pública. Ressalte-se que o dispositivo exige que tal regularização fundiária seja vinculada ao “interesse social”, cláusula que apresenta relevo significativo. É evidente que a hipótese apenas se configurará quando estiver caracterizada a necessidade de promover medidas destinadas à regularização de áreas ocupadas de forma irregular e integrar os ocupantes na vida comunitária e social. Trata-se de providência destinada a assegurar a dignidade de pessoas que não disponham de outra alternativa para obter sua integração na sociedade. Anote-se que o dispositivo autoriza não apenas a alienação de bens realizada pela Administração direta, mas também alcança aquelas políticas executadas por entidades integrantes da Administração indireta. (...) Mas existirão casos de inviabilidade de competição, em que somente poderá ser beneficiado um ou alguns dos sujeitos interessados. Isso se passará especialmente nos casos de regularização fundiária, em que exista a ocupação de área específica e determinada. Em tal hipótese, o benefício apenas poderá ser direcionado em favor daquele(s) ocupante(s) da área. Logo, não se configurará um caso de dispensa, mas haverá inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição»¹².

Por sua vez, a lei n.º 13.465/17 produziu sensível alteração no tema da alienação para regularização urbana de interesse social (REURB-S), devendo em primeiro lugar ser determinado o momento específico que a referida lei entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro. O art. 108 da lei n.º 13.465/17 aponta que a citada lei passou a vigor na data da sua publicação. Importante observar que uma primeira publicação ocorreu no Diário Oficial da União (DOU) em 12.7.2017, entretanto o texto do art. 4º da lei 13.465/17, que alterou artigos da lei n.º 11.952/09, foi modificado para acrescentar o § 3º ao art. 16 da lei n.º 11.952/09¹³ em 6.9.2017, cuja consolidação e publicação no DOU ocorreu em 8.9.2017.

¹² JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª. ed. São Paulo: Dialética, 2012, 268-269.

¹³ A retificação é a seguinte: «RETIFICAÇÃO. LEI Nº 13.465, DE 11 DE JULHO DE 2017. (Publicada no Diário Oficial de 12 de julho de 2017, Seção 1, página 3). Onde se lê: “Art. 16. As condições resolutivas do título de domínio e do termo de concessão de uso somente serão liberadas após a verificação de seu cumprimento. § 1º O cumprimento do contrato deverá ser comprovado nos autos, por meio de juntada da documentação pertinente, nos termos estabelecidos em regulamento. § 2º (VETADO).” (NR)” Leia-se: “Art. 16. As condições resolutivas do título de domínio e do termo de concessão de uso somente serão liberadas após a verificação de seu cumprimento. § 1º O cumprimento do contrato deverá ser comprovado nos autos, por meio de juntada da documentação pertinente, nos termos estabelecidos em regulamento. § 2º (VETADO). § 3º A administração deverá, no prazo máximo de doze meses, contado da data do protocolo, concluir a análise do pedido de liberação das condições resolutivas.” (NR)».

Nos termos do art. 1º, § 4º, da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-lei n.º 4.657/42), «Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada. § 4º As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova». Desse modo, como a retificação ocorreu somente na redação do art. 16 da lei n.º 11.952/09 inserida no art. 4º da Lei n.º 13.465/17, somente em relação a este ponto é que a lei n.º 13.465/17 entrou em vigor em 8.9.2017, ocorrendo em relação aos demais artigos da lei n.º 13.465/17 o início da vigência em 12.7.2017¹⁴.¹⁵

Feitas essas considerações sobre a vigência, trata a lei n.º 13.465/17 sobre enunciados normativos gerais e procedimentos «aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes» incidentes em todo o território nacional, de acordo com o art. 9º, *caput*, lei Federal n.º 13.635/17. Ainda, os objetivos da REURB devem ser «observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios», de acordo com o art. 10 da citada lei Federal¹⁶.

Nesse sentido, o art. 13 da lei n.º 13.465/17 conceituou as duas modalidades de regularização fundiária urbana, fixando «I – Reurb de Interesse Social (Reurb-S) – regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal» e «II – Reurb de Interesse Específico (Reurb-E) – regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por

¹⁴ A literatura jurídica aponta: «Se tão-somente uma parte da lei for retificada, o prazo reiniciará, apenas, para a parte corrigida, salvo se a retificação afastar toda a norma. E, no que toca às relações jurídicas realizadas de boa-fé advindas de uma publicação errônea, constituindo direito adquirido, deverão ser respeitadas, embora o texto corrigido seja considerado lei nova». MAFRA, T. C. M.; *et al.* *A LICC e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, 61. «Quanto à publicação que pretende corrigir a lei já vigente, trata-se, na verdade, de outra lei que complementa ou até mesmo revoga a anterior; lei nova, portanto». RAMOS, A. de C.; GRAMSTRUP, E. F. *Comentários à lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro- LINDB*. São Paulo: Saraiva, 2016, 29.

¹⁵ Importante ressaltar que inúmeros artigos da lei 13.465/17 tiveram a constitucionalidade impugnada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) ADI 4883/DF, 5771/DF e 5787/DF, não tendo ainda sido julgadas pelo STF até a presente data.

¹⁶ Para uma análise doutrinária dos principais dispositivos da lei n.º 13.465 de 2017, cf. TAR-TUCE, Flávio. A lei da regularização fundiária (lei 13.465/2017): análise inicial de suas principais repercussões para o direito de propriedade. *Pensar*, v. 23, n. 3, 1-23, jul./set. 2018; SILVA, R. L. dos S. Regularização fundiária urbana e a lei 13.465/2017: aspectos gerais e inovações. *Revista Cadernos do Desenvolvimento Fluminense*, Rio de Janeiro, 13, 133-135, ago-dez, 2017. Sobre os institutos adotados pela lei Federal n.º 13.465 de 2017 e as práticas de regularização fundiárias anteriores no município do Rio de Janeiro, cf. CORREIA, A. F. Direito da Regularização Fundiária Urbana e Autonomia Municipal: a Conversão da Medida Provisória n. 759/2016 na lei Federal n. 13.465/2017 e as Titulações da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro no Primeiro Quadrimestre de 2017. *Geo UERJ*, Rio de Janeiro, n. 31, 177-218, 2017.

população não qualificada na hipótese de que trata o inciso I deste artigo». A citada lei foi objeto de detalhamento normativo por meio do Decreto n.º 9.310, e 15 de março de 2018, da Presidência da República, que se encontra em vigor desde 19.3.2018, conforme seu art. 110, densificando os enunciados normativos gerais e os procedimentos da REURB e estabelecendo os procedimentos para a avaliação da União, conforme seu art. 1º. Nessa linha, o art. 86 do Decreto n.º 9.310/2018 atribui ao DF «as competências e as responsabilidades dos Estados e dos Municípios, na forma da lei n.º 13.465, de 2017, e deste Decreto», nos termos do art. 68 da lei n.º 13.465/17. Sobre a aplicação da citada lei aos processos administrativos de regularização fundiária, o art. 75 da lei n.º 13.465/17 e o art. 92 do Decreto n.º 9.310/18 fixaram que a novel regulamentação incide nos processos administrativos iniciados de regularização pelos entes públicos.

Como o objetivo específico deste artigo é defender a tese da aplicação imediata da lei n.º 13.465/17 ao Distrito Federal, algumas considerações sobre esse ente federativo impõem-se. No Distrito Federal, encontram-se a sede do Governo Federal (Presidência da República e Ministérios) e do Congresso Nacional, o qual é composto por Câmara dos Deputados e Senado Federal, além de albergar o Supremo Tribunal Federal e os demais Tribunais Superiores, por exemplo. O chefe do Poder Executivo do Distrito Federal é o Governador, o qual é eleito diretamente pelos eleitores do Distrito Federal, sendo o Poder Legislativo Distrital atribuído à Câmara Distrital, conforme o art. 32, §§ 2º e 3º, CF/88. Por sua vez, ao Distrito Federal foram atribuídas tanto as competências legislativas fixadas constitucionalmente aos Estados-Membros quanto as competências dos Municípios, de acordo com o art. 32, § 1º, CF/88. Desse modo, as competências constitucionais atribuídas aos Municípios e aos Estados-Membros são também as do Distrito Federal.

De outro lado, a Constituição Federal Brasileira de 1988 fixa a competência concorrente da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal para legislar sobre direito urbanístico, nos termos do art. 24, I. Nessa modalidade de competência legislativa, a União estabelece as normas gerais e os Estados-Membros exerceram a competência suplementar, conforme o art. 24, §§ 1º e 2º, CF/88. Assim, as normas gerais são princípios e regras jurídicas nacionais aplicadas a todos os entes federativos, competindo aos Estados-Membros e ao Distrito Federal promoverem suplementação, isto é, realizarem adaptações referentes às realidades estaduais e distritais¹⁷.

Após a edição da lei n.º 13.465/17 e do Decreto n.º 9.310/18, o Distrito Federal regulamentou a questão em diversos Decretos e por meio de leis Distri-

¹⁷ Sobre as competências legislativas na Constituição Federal Brasileira de 1988, cf. MOHN, P. A repartição de competências na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 47, n. 187, 214-244, jul./set. 2010; MARTINS, R. M. As normas Gerais de Direito Urbanístico. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, v. 239: 67-87, Jan./Mar. 2005.

tais: (i) Decreto 38.023, de 22.2.2017, criou a Câmara Permanente de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos Fundiários do DF, (ii) Decreto 38.173, de 4 de maio de 2017, que disciplina o inciso VI do art. 33 da Medida Provisória n.º 759/2016, para os procedimentos administrativos de regularização fundiária urbana no DF (CRF), (iii) Decreto 38.179, de 5.5.2017, que regulamenta o art. 4.º da lei Distrital n.º 4.996/2012, dispondo sobre a regularização fundiária no DF e especialmente acerca da venda direta e da avaliação dos bens¹⁸, (iv) Decreto 38.333, de 13.7.2017, que trata da aplicação da lei 13.465/2017, «no que couber»,¹⁹ ao âmbito do DF desde que não contrariem a legislação ambiental e urbanística do Distrito Federal, (v) Decreto 38.433, de 24.8.2017, instituiu Grupo de Trabalho para complementar a lei Federal n.º 13.465/2017, (vi) lei Complementar n.º 948, de 16.01.2019 (LUOS), estabelece os critérios e os parâmetros de uso e ocupação do solo para lotes e projeções localizados na Macrozona Urbana do Distrito Federal, nos parcelamentos urbanos registrados em cartório de registro de imóveis competente ou implantados e aprovados pelo poder público, (vii) lei Complementar n.º 950, de 07.03.2019, que versa sobre o desdobro de lote e remembramento de lotes e projeções no território do Distrito Federal e dá outras providências.

Ainda, a Constituição Federal Brasileira de 1988 determina que o «plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana». Por sua vez, o art. 9.º, § 1.º, da lei n.º 13.465/17 fixou que: «Os poderes públicos formularão e desenvolverão no espaço urbano as políticas

¹⁸ «Art. 1.º Este Decreto regulamenta o art. 4.º da lei n.º 4.996, de 19 de dezembro de 2012, que dispõe sobre a regularização fundiária no Distrito Federal e dá outras providências. Art. 2.º Os ocupantes dos imóveis localizados em áreas de regularização de interesse específico previstas na estratégia de regularização fundiária do Plano Diretor de Ordenamento Territorial – lei Complementar n.º 803, de 25 de abril de 2009, que atenderem às condições previstas na legislação e demais normas aplicáveis podem adquirir os referidos imóveis por meio de venda direta. Art. 3.º Os imóveis referidos no art. 2.º devem ser avaliados pelo valor de mercado de cada unidade imobiliária e devem ser descontadas as benfeitorias realizadas, bem como a valorização decorrente da infraestrutura implantada pelo particular. Parágrafo único. As avaliações referidas no caput deste artigo são realizadas pela Companhia Imobiliária de Brasília – Terracap (Agência de Desenvolvimento do Distrito Federal), nos termos da Norma Técnica de Avaliação de Bens – NBR 14653, que fixa as diretrizes para as avaliações. Art. 4.º Fica autorizado à Companhia Imobiliária de Brasília – Terracap (Agência de Desenvolvimento do Distrito Federal), com fim de financiar o seu orçamento de investimentos, a estabelecer política de redução de preços para pagamento à vista».

¹⁹ Os mencionados Decretos 38.179 e 38.333 trazem como legislação correlata a Resolução n.º 246 do CONAD, de 19.7.2017, que dispõe sobre «regras para alienação de imóveis de propriedade da TERRACAP, em processo de Regularização Fundiária Urbana de Interesse Específico (REURB-E) localizados em ARINE's, com dispensa dos procedimentos da lei n.º 8.666, de 1993, na forma e nos termos do artigo 98, da lei Federal n.º 13.465, de 11.07.1017, Decreto Distrital n.º 38.333/2017, de 13.07.2017 e Decreto Distrital n.º 38.179/2017 e dá outras providências».

de suas competências de acordo com os princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, buscando a ocupação do solo de maneira eficiente, combinando seu uso de forma funcional». Desse modo, no âmbito do DF, as leis Complementares n.º 803/2009 e 854/2012 trataram do Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal (PDOT/09), cuja regularização se perfaz em três categorias:

«O PDOT define que a regularização deverá acontecer para três categorias de assentamentos:

1) Parcelamento Urbano Isolado (PUI) – aquele com características urbanas, implantado originalmente em zona rural, classificado como Zona de Urbanização Específica, nos termos do art. 3º da lei Federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (Anexo II, Tabela 2C – PDOT/09);

2) Áreas de Regularização (ARINE e ARIS) – correspondem a unidades territoriais que reúnem assentamentos informais a partir de critérios como proximidade, faixa de renda dos moradores e similaridade das características urbanas e ambientais, com o objetivo de promover o tratamento integrado do processo de regularização dos assentamentos informais com características urbanas (Anexo II, Tabela 2B) – PDOT/09); e

3) Setores Habitacionais de Regularização – correspondem à agregação de Áreas de Regularização e áreas não parceladas, com o objetivo de auxiliar a promoção do ordenamento territorial e o processo de regularização a partir da definição de diretrizes mais abrangentes e parâmetros urbanísticos, de estruturação viária e de endereçamento (Anexo II, Tabela 2A) – PDOT/09).

As Áreas de Regularização e os PUIs, por sua vez, se classificam em:

1 – Interesse Específico – áreas ocupadas predominantemente por população de renda média e alta; e

2 – Interesse Social – áreas ocupadas predominantemente por população de baixa renda, até cinco salários mínimos, sendo consideradas como Zona Especial de Interesse Social – ZEIS, para os fins previstos no Estatuto da Cidade. Assim, a regularização das ocupações localizadas em áreas públicas sob gestão da Terracap e classificadas como Áreas de Regularização de Interesse Social – ARIS e os Parcelamentos Urbanos Isolados – PUI de Interesse Social, estão sob a responsabilidade da CODHAB»²⁰.

Apesar da extensa regulamentação por meio de leis Distritais e por meio de Decretos no Distrito Federal, existe divergência sobre a aplicação imediata da lei Federal n.º. 13.465/17.

²⁰ DISTRITO FEDERAL. *Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal*. Disponível em: <https://www.terracap.df.gov.br/index.php/regularizacao-fundiaria/areas-urbanas/atribuicoes-de-terracap> Acesso em 29 de maio de 2019.

3. *Polêmica sobre Aplicação Imediata da lei n.º 13.465/17 no Distrito Federal*

A primeira corrente interpretativa afirma ser inaplicável imediatamente a lei n.º 13.465/17 no DF, de acordo com o Parecer da Procuradoria Geral do Distrito Federal (PGDF) n.º 537/2018-PRCONS/PGDF. Trata-se de opinião jurídica da Procuradoria Geral do Distrito Federal emitida sobre o processo de regularização fundiária de área urbana localizada na Região Administrativa de Planaltina do Distrito Federal, que compreende parte das Quadras 05 e 06 do Setor Residencial Leste – Vila Buritis, tendo a ementa do documento o seguinte teor:

«EMENTA: URBANÍSTICO. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA – REURB. NOVO MARCO REGULATÓRIO. NORMAS GERAIS E PROCEDIMENTOS. APLICAÇÃO NO ÂMBITO LOCAL. ESPAÇO DE PROTAGONISMO MUNICIPAL. CONTROVÉRSIAS. REFERÊNCIA LEGAL: LEI Nº 13.465/2017, DECRETO 9.310/2018 EM LEI 4.966/2009.

- A edição de lei em sentido estrito é medida que se impõe não apenas sob o enfoque da afirmação da competência legislativa distrital, mas também em razão do espaço de juízo discricionário conferido expressamente em diversos pontos do novo marco regulatório, a ser preenchido de forma suplementar;
- A exegese do §4º do art.23 da lei 13.465/2017 haverá de ser feita à luz das competências legislativas e materiais estabelecidas nos arts. 23, I e 30, I, II, VIII e IX, da Constituição Federal. E sob esse olhar, não é possível convergir com a tese que afirma a imediata implementação da legitimação fundiária de imóvel público no DF. Cumpre à lei local dizer, nos termos autorizados pelo §4º do art. 23 da lei da Reurb, se reconhece a legitimação fundiária como instrumento apto à regularização fundiária urbana no âmbito do Distrito Federal;
- Sobre esse aspecto da instrumentalidade, o § 6º do art. 10 do Decreto nº 9.310/2018 reforça a necessidade de positivação de âmbito local, entretanto, até o momento, não se tem notícia da edição de ato normativo distrital definidor do “instrumento indicativo do direito real constituído” mencionado no artigo 17 da lei nº 13.465/17;
- À vista do cenário normativo local e considerando que o processo de regularização fundiária em curso teve início em data anterior a 08/09/2017, recomenda-se a observância da regra de transição do art.75 da lei 13.465/2017 (...).

Desse modo, o mencionado Parecer entende que as leis Distritais seriam insuficientes para implementar a Política Nacional de Regularização Fundiária, compreendendo ainda que a lei Federal n.º 13.465/17 trouxe somente diretrizes gerais, as quais seriam insuficientes para aplicação imediata. De outra banda, a modelagem específica do tema seria competência exclusiva do DF, pois versa

sobre uso e a ordenação do solo, conforme se observa no seguinte trecho do Parecer:

«E, nesse sentido, a edição de lei local receptiva da lei 13.465, além de imprimir segurança jurídica e regularidade aos atos administrativos produzidos no contexto da Reurb/DF, possibilitaria a adequação do nosso modelo legal de regularização fundiária às diretrizes gerais estabelecidas na lei nacional, para delinear o perfil da Reurb distrital e estabelecer competências necessárias à edição de atos administrativos pertinentes à titulação de ocupantes de núcleos urbanos informais”.

Deveras há espaço normativo para atuação da competência privativa e também suplementar do Distrito Federal, não sendo o caso de se confundir a força cogente das normas gerais editadas no âmbito da competência concorrente (art.24,I), com as normas gerais estabelecidas em sede de competência privativa (ex. art. 22, XXVII – licitações e contratos), em que a suplementação não é admitida, salvo se autorizada aos Estados por lei complementar editada pela União (art.22, Parágrafo Único, CF).

De igual sorte há de se ter em mente que, em matéria de competência legislativa concorrente (art.24, CF), a edição de normas gerais, pela União, suspende a eficácia das normas locais, no ponto em que elas forem conflitantes com o novo comando geral (art. 24,§4º, CF), não havendo conflito a coexistência é admitida.

No caso do Distrito Federal, a política de regularização fundiária urbana é realizada com fundamento na lei nº 4.966/2012, que recepcionou os dispositivos da lei nº 11.997/2009 e autorizou a doação de imóveis de até duzentos e cinquenta metros quadrados aos atuais ocupantes de parcelamentos informais consolidados, previstos na Estratégia de Regularização Fundiária de Interesse Social do Plano Diretor de Ordenamento territorial, segundo requisitos temporais e de perfil por ela fixados.

A edição da lei nº 13.465/2017 repercutiu sobre a lei nº 4.966/2009, suspendendo a eficácia do art. 1º (disposição receptiva da lei nº 11.997/2009), entretanto, não afetou as disposições que disciplinam o processamento da regulamentação fundiária urbana distrital por meio da doação, porquanto o referido instituto também consta do rol de instrumentos jurídicos hábeis a serem empregados no âmbito da Reurb (lei 13.465, art.15, XIV).

Nesse cenário, torna-se incompreensível a estratégia revelada no texto do Decreto nº 38.333/2017, que recepciona, “no que couber, para fins de regularização fundiária urbana no Distrito Federal, as disposições da Lei Federal nº 13.465, de 12 de julho de 2017 que não contrariarem a legislação ambiental e urbanística do Distrito Federal”.

Ora, além de não ser o instrumento hábil à inovação legislativa, o decreto acaba por reconhecer que há disposições na Lei da Reurb que não têm natureza de norma geral e que, por isso, não podem contrariar leis urbanísticas locais.

Como se vê a edição de lei em sentido estrito é medida que se impõe não apenas sob o enfoque da afirmação da competência legislativa distrital, mas também em razão do espaço de juízo discricionário expressamente resguardado em diversos pontos do novo marco regulatório, a ser preenchido de forma suplementar».

Além disso, o Parecer da PGDF cita os arts. 15, 17, 23, 34 e 55 da lei n.º 13.465/17, apontando que os Municípios poderão realizar atividades ou empregar instrumentos no âmbito da REURB, além de indicar a incidência do art. 30 da lei n.º 13.465/17, o qual estabelece que compete ao Município enquadrar cada núcleo urbano informal e decidir sobre os pedidos de REURB. Desse modo, o Parecer sustenta que esses dispositivos legais indicam espaço de atuação normativa em juízo «discricionário» do DF, «acerca da adoção, ou não, dos instrumentos ou procedimentos disponibilizados pela norma geral. Esse juízo pode e deve ser respaldado em legislação local»²¹. Em síntese, a PGDF concluiu que a edição de lei distrital especificamente elaborada para complementar a lei n.º 13.456/17 «em sentido estrito é medida que se impõe não apenas sob o enfoque da afirmação da competência legislativa distrital, mas também em razão do espaço de juízo discricionário expressamente resguardado em diversos pontos do novo marco regulatório (...)».

Por sua vez, os autores deste artigo sustentam uma segunda corrente sobre a aplicação da lei Federal n.º 13.456/17, a qual entende pela sua incidência imediata na regulamentação fundiária do Distrito Federal, a partir dos marcos do Federalismo cooperativo²². Sobre as competências legislativas na Constituição Federal brasileira, o Ministro Luiz Edson Fachin, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 109, Supremo Tribunal Federal, seguindo a classificação de José Afonso da Silva,²³ trata da seguinte maneira a competência legislativa:

«(1) competência material, subdividindo-a em: (a) exclusiva (art. 21) e (b)

²¹ Para uma contundente e certa crítica à discricionariedade administrativa, cf. MADALENA, L. H. *Discricionariedade Administrativa e Hermenêutica*. Salvador: Juspodivm, 2016.

²² Sobre a divisão de competência entre os diversos entes federativos, além dos casos citados no corpo do texto, os seguintes votos do Ministro Luiz Edson Fachin são fundamentais para compreensão constitucionalmente adequada do tema: «RE 634.248 (reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência, onde votei pela competência da União), RE 730.721 (regulamentação do uso de embalagens biodegradáveis em estabelecimentos comerciais, onde votei pela competência concorrente e comum dos Municípios, ADI 3.165 (punições contra empresas que exijam teste de gravidez e/ou laqueadura como condição para contratação de mulheres, onde votei pela competência concorrente dos Estados), ADI 5.356 (instalação de bloqueadores nos estabelecimentos prisionais, onde votei pela competência concorrente dos Estados)». (STF – ADPF 109. Pleno. Rel. Min. Luiz Edson Fachin. Dj-e de 01.02.2019).

²³ SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 477.

comum, cumulativa ou paralela (art. 23); (2) competência legislativa: (a) exclusiva (art. 25, § 1º e § 2º); (b) privativa (art. 22); (c) concorrente (art. 24); (d) suplementar (art. 24, § 2º)” (...) A diferença entre a competência comum e a concorrente reside no grau de autonomia atribuído ao ente. Daí falar-se em relações de cooperação, nos casos em que eles agem em igualdade de atribuições e tem autonomia uns em relação aos outros, e coordenação, quando a autonomia é mitigada por uma cadeia de responsabilidades»²⁴.

Dessa forma, o art. 24, I, da Constituição Federal de 1988 trata de algumas hipóteses de competência concorrente não cumulativa como se observa no direito urbanístico, o qual contempla a matéria sobre a regularização fundiária urbana. Quando há criação de normas gerais sobre direito urbanístico, «a União desempenha atividade diversa daquela que exerce quando elabora a legislação federal (dirigida somente à União). Ao dispor sobre as normas gerais, o Congresso Nacional exerce o poder de prescrever normas nacionalmente uniformes, vinculantes a todos os entes federativos»²⁵. Desse modo, não é condição indispensável para imediata aplicação da lei nº. 13.456/17 a suplementação pelo Distrito Federal das regras gerais aprovadas, em razão do efeito vinculante dessa norma para todos os entes federativos.

A União editou legislação geral sobre direito urbanístico acerca das REURBS, a qual consiste na lei nº. 13.465/17, competindo aos Estados-Membros e ao Distrito Federal a suplementação e complementação, no âmbito da competência concorrente não cumulativa, isto é, o ente subnacional estadual ou distrital regulamentará temas específicos que não se encontram previstos na lei nacional, mas essa competência não justifica a afirmação de que somente as normas gerais terão incidência, se uma lei estadual ou distrital específica complementar o exercício da competência da União.

Ainda, os Municípios podem legislar sobre temas de interesse local sem afrontar as diretrizes gerais fixados nos termos do art. 24, § 1º, CF/88, complementando no âmbito de suas atribuições as legislações postas pela União e pelos Estados-Membros, segundo art. 30, I e II, CF/88. Inegavelmente o Distrito Federal, o qual detém competências dos Estados-Membros e do Município, pode suplementar as normas de direito urbanístico e as disposições da lei nº. 13.465/17 a partir do interesse local, mas novamente essa previsão constitucional não autoriza a conclusão de que sem uma legislação específica distrital acerca do interesse local sobre regularização fundiária é inaplicável imediatamente a lei Nacional.

Em verdade, à luz do federalismo cooperativo e da concretização da dignidade concreta da pessoa humana e do direito à moradia:

²⁴ STF – ADPF 109. Pleno. Rel. Min. Luiz Edson Fachin. Dj-e de 01.02.2019.

²⁵ MOHN, P. A Repartição de Competências na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 47, n. 187, 240, jul./set. 2010.

«o novo marco regulatório da matéria [lei n.º 13.465/17] constitui-se de normas federais/nacionais veiculadoras de normas gerais que não impedem o exercício da autonomia municipal para a disciplina do direito urbanístico; antes reforçam, a todo momento, por vezes até declinando do exercício da disciplina da matéria por norma geral, o protagonismo do Município na condução do processo de regularização urbanística e fundiária urbana, o que não poderia ser diferente, à luz do texto constitucional. (...)

Neste sentido, num exercício de compatibilização entre a nova legislação e o arcabouço normativo local, é possível: (...) (iv) utilizar os novos instrumentos de regularização urbanística, independentemente da intermediação do legislador local, mas, ao mesmo tempo, (v) se valer da autonomia municipal para preservar procedimentos sedimentados que sejam de sua competência, bem como disciplinar novos, em coerência com aquela principiologia que fundamenta o direito à cidade de que se tratou no início deste artigo»²⁶.

No caso de competência concorrente em matéria ambiental, o STF ao julgar o RE 586.224²⁷, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o Município tem competência para «legislar sobre meio ambiente com União e Estado, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja e harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI c/c 30, I e II da CRFB)».

Nesse passo, mesmo que houvesse lei distrital específica sobre regularização fundiária com finalidade expressa de complementar a lei n.º 13.465/17, a legislação subnacional não poderia violar a lei nacional que fixa as regras gerais no exercício da competência da União fixada no art. 24 da CF/88, porque há «uma relação de residualidade conferida pela Constituição» (STF – RE 586.224), fixando a seguinte tese: «O município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, inciso VI, c/c 30, incisos I e II, da Constituição Federal)».

De outro lado, o direito urbanístico pode ser entendido como «ramo do direito voltado para a ordenação do território, mediante o controle das transformações do ambiente urbano realizadas pela iniciativa privada e pelo setor público».²⁸ Nessa senda, o «Direito Urbanístico é o multidisciplinar, que privilegia a tutela dos interesses difusos e coletivos por ele abrangidos, examinando esse ramo pela perspectiva do Direito Administrativo, Privado e Ambiental».²⁹

²⁶ CORREIA, A. F. *Direito da Regularização Fundiária Urbana e Autonomia Municipal: a Conversão da Medida Provisória n. 759/2016 na lei Federal n. 13.465/2017 e as Titulações da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro no Primeiro Quadrimestre de 2017*. *Geo UERJ*, Rio de Janeiro, n. 31, 193-194, 2017, grifos nossos.

²⁷ STF – RE 586.224. Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. DJ-e 08/05/2015.

²⁸ PINTO, V. C. *Direito urbanístico*. São Paulo: RT, 2014, (e-book), introdução.

²⁹ Nelson Nery Júnior e Rosa Nery ao comentarem o art. 1.º do Estatuto da Cidade apon-

Como o direito urbanístico também abarca direitos difusos, a exemplo do direito ambiental, a solução posta pelo STF, no RE 586.224, pode ser aplicada e adaptada ao direito urbanístico nos seguintes termos: o município tem competência para legislar sobre direito urbanístico com a União e com o Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados.

Também, em outro julgado do STF, na ADI 5.352, no caso de competência legislativa concorrente em matéria de proteção à saúde (CF/88, art. 24, XII), entendeu-se que a lei Estadual «exorbitou da normatização federal sobre a mesma matéria, além de inovar na regulamentação de atribuições dos órgãos estaduais de vigilância sanitária sem a participação do chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, alínea e, c/c art. 84, II, III e VI, da CF)»³⁰. Por isso, em caso de competência legislativa concorrente, a CF/88 «cria o denominado ‘condomínio legislativo’ entre a União e os Estados-Membros, cabendo à primeira a edição de normas gerais sobre as matérias elencadas no art. 24 da CF», competindo aos Estados «o exercício da competência suplementar — quando já existente norma geral a disciplinar determinada matéria (CF, art. 24, § 2º) — e a competência legislativa plena — quando inexistente norma federal a estabelecer normatização de caráter geral (CF, art. 24, § 3º)»³¹. Importante registrar que, em nenhum dos precedentes do Supremo Tribunal acima expostos, existe a afirmação de que a ausência de lei específica de suplementação pelos entes subnacionais obsta a aplicação imediata das normas gerais postas pela União.

Além dos fundamentos acima sobre a aplicabilidade imediata da lei nº.

tam: «O Direito Urbanístico ocupa posição híbrida entre o direito público e o direito privado, aproximando-se do *direito difuso*. Isto porque, se suas determinações partem do Poder Público, sua destinação em grande parte tem por alvo institutos particulares, notadamente a propriedade privada, *e.g.*, parcelamento, edificação ou utilização compulsórios (ECid 5.º), IPTU progressivo no tempo e desapropriação com pagamento em títulos (ECid 7.º e 8.º), usucapião especial individual e coletivo (ECid 9.º e 10), direito de superfície (ECid 21), direito de preempção (ECid 25), outorga onerosa do direito de construir (ECid 28). Em razão da densa regulamentação que o Direito Urbanístico imprime a institutos do direito privado, não se pode considerá-lo como parte especial do direito administrativo. O Direito Urbanístico possui principiologia própria, o que lhe proporciona substancialização própria, mas que não implica necessariamente autonomia, visto que seus elementos e regulamentação são, basicamente, constituídos pelo Direito Administrativo e pelo Direito Privado. O direito urbanístico é ramo híbrido e deve ter seu exame realizado de maneira multidisciplinar, não como simples parte integrante do Direito Administrativo, a fim de se poder posicionar a Administração Pública em situação paritária em relação ao cidadão, com o intuito de não se permitir a supressão dos seus direitos regulamentados pelo Direito Urbanístico, principalmente a propriedade privada. O enfoque mais adequado ao Direito Urbanístico é o multidisciplinar, que privilegia a tutela dos interesses difusos e coletivos por ele abrangidos, examinando esse ramo pela perspectiva do Direito Administrativo, Privado e Ambiental». NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. de A. *Constituição Federal Comentada*. 6.ed. São Paulo: RT, 2017 (e-book).

³⁰ STF – ADI 5352. Pleno. Rel. Min. Alexandre de Moraes. DJ-e de 03/12/2018.

³¹ STF – ADI 5352. Pleno. Rel. Min. Alexandre de Moraes. DJ-e de 03/12/2018.

13.465/17, os argumentos alinhavados pelo Ministro Luiz Edson Fachin, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 514, no Supremo Tribunal Federal,³² apresentam, como de costume, uma percuente síntese do federalismo brasileiro, no que toca à distribuição de competência legislativa entre os entes federados sobre matérias postas na CF/88 em sete itens.

Em primeiro lugar, (i) a repartição de competências é característica fundamental de um Estado federado, a fim de preservar a autonomia de cada ente federativo, assim como para promover a «convivência harmônica entre todas as esferas, com o fito de evitar a secessão. Nesta perspectiva, esta distribuição pode se dar em sentido horizontal ou vertical, levando em conta a predominância dos interesses envolvidos». Também, (ii) a repartição de competência busca ampliar o federalismo cooperativo, «rechaçando-se a centralização em um ou outro ente e corroborando para que o funcionamento harmônico das competências legislativas e executivas otimizem os fundamentos (art. 1º, da Constituição Federal) e objetivos (art. 3º, da Constituição Federal) da República». Dessa forma, (iii) com a construção de «uma rede interligada de competências, o Estado se compromete a exercê-las para o alcance do bem comum e para a satisfação de direitos fundamentais».

Nos termos da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, (iv) o Ministro Luiz Edson Fachin apontou que «a tradicional compreensão do federalismo brasileiro, que busca solucionar os conflitos de competência apenas a partir da ótica da prevalência de interesses, não apresenta solução satisfatória». Desse modo, (v) em qualquer hipótese, «deve-se privilegiar a interpretação que seja condizente com a presunção de constitucionalidade de que gozam os atos legislativos».

Por sua vez, (vi) «desde que favoreça a realização material de direitos constitucionalmente garantidos e desde que estejam previstas no âmbito de sua respectiva competência, pode a União – ou mesmo os Estados – dispor sobre as matérias que tangencialmente afetam o interesse local».

Pelos fundamentos expostos, o Ministro Luiz Edson Fachin (vii) concluiu que: «o Município, ao inviabilizar o transporte de gado vivo na área urbana e de expansão urbana de seu território, transgrediu a competência da União, que já diretrizes para a política agropecuária, o que inclui o transporte de animais vivos e sua fiscalização».

Saliente-se a semelhança desta última afirmação do Ministro Fachin com o caso em tela, pois a lei n.º 13.465/17, embora tenha mantido a autonomia do ente federativo na suplementação das normas gerais, estabeleceu, à exaustão, a disciplina sobre a regularização fundiária urbana Brasil, a qual é tema essencial

³² STF – ADPF 514. Pleno. Rel. Min. Luiz Edson Fachin. Dj-e de 15.5.2019.

para concretização especialmente do direito à moradia, nos termos do art. 6º, CF/88. Por fim, a doutrina de Gilberto Bercovici é precisa ao afirmar que «as políticas de desenvolvimento regional devem ser elaboradas e implementadas dentro dos marcos do sistema federal», sendo «essencial que evitemos a concepção racionalista e artificial que vê o federalismo apenas como um problema de organização»³³. O federalismo cooperativo impõe a interação entre os entes federativos para promoção dos princípios e objetivos da República, não sendo possível interpretar o sistema de competências desconsiderando a necessidade de realização das metas constitucionais.

4. Conclusão

Pelos argumentos expostos acima e principalmente nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, observa-se a aplicabilidade imediata da lei n.º 13.465/17. O Distrito Federal ao legislar sobre REURB deve seguir os objetivos, as modalidades e as características postas nos arts. 9º-54º da lei n.º 13.465/17, podendo acrescer aos institutos jurídicos já postos outros que se apresentem adequados. Em outras palavras, os espaços legislativos distritais foram precisamente delimitados na lei n.º 13.465/17, devendo as normas gerais na regularização fundiária urbana no Distrito Federal serem seguidas. O Distrito Federal pode suplementar as normas gerais, mas a ausência de lei Distrital específica, com objetivo de complementar a lei n.º 13.465/17, não obsta a aplicação imediata desta lei.

Como o direito urbanístico também abarca direitos difusos, a exemplo do direito ambiental, a solução construída pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário (RE) n.º 586.224, incide de forma adaptada ao direito urbanístico, nos seguintes termos: o município tem competência para legislar sobre direito urbanístico, com a União e com o Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados.

A legislação do DF, dos Estados e dos Municípios não pode regulamentar de forma desarmonica, violando as normas gerais da União, quando este ente federativo atua pautado na concretização dos direitos fundamentais em questões nacionais de relevo.

³³ BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2 Abstract:004, 63.

Abstract

Urban land regularization and immediate application of law 13.465/17 in the Federal District of Brazil

by Pablo Cunha Malheiros, Ilton Norberto Robl Filho

Law no. 13.465 of 2017, approved by the Brazilian National Congress, regulates urban land regularization, concretizing the fundamental right to housing, the promotion of the good of all and the urban policy established in the Brazilian Federal Constitution of 1988. This article defends the immediate applicability of this law to subnational entities (States, Federal District and Municipalities), due to the model of cooperative federalism adopted by the Federal Constitution of 1988 and the proper interpretation of its article 24, emphasizing the incidence of this law in the Federal District. The methodology employed favors the use of specialized legal literature and the jurisprudence of the Supreme Court, which is the arbitrator for excellence of disputes and conflicts between federative entities.

Parole chiave: patrimonio pubblico, diritto alla casa, distretto federale brasiliano

Keywords: urban land regularization, right to housing, federal district of Brazil

Piersanti Mattarella, le riforme amministrative ed il meridionalismo

di Gaetano Armao

SOMMARIO: 1. Un amministratore-innovatore, un meridionalista-riformatore. – 2. Gli anni alla guida del bilancio regionale (1971-1978). – 3. La Presidenza della Regione (1978-1980). – 4. Il legato di un'esperienza tragicamente interrotta.

1. *Un amministratore innovatore, un meridionalista riformatore*

Nella ricorrenza dei quarant'anni dall'uccisione, tra le molte ricostruzioni offerte del profilo politico ed istituzionale del Presidente della Regione siciliana Piersanti Mattarella¹, occorre dedicare una riflessione più specifica all'impegno profuso nel Governo regionale, da assessore prima e da Presidente poi, fortemente proiettato alle riforme, alla trasparenza ed all'innovazione amministrativa e contabile, al sostegno delle ragioni del Mezzogiorno.

Tra le diverse e controverse stagioni attraversate dall'autonomia siciliana, infatti, un esempio tra i più fulgidi di esercizio virtuoso delle prerogative regionali si rinviene proprio nei due governi (33' e 34') guidati da Piersanti Mattarella con la cui uccisione la mafia intese spegnere una stagione politica innovativa e di rilancio del ruolo della Sicilia, ma anche nella lunga attività che Mattarella svolse da Assessore alla presidenza con delega al bilancio.

L'esperienza di governo regionale, infatti, in prosecuzione della precedente gestione settennale della delega al bilancio, si connotò per i forti elementi di rottura con le spinte clientelari, affaristiche e mafiose che ammorbatavano e, per alcuni aspetti, invischiavano ancora oggi la politica siciliana.

Quello di Mattarella fu un impegno amministrativo incessante volto alla modernizzazione delle istituzioni autonomistiche², rispettoso dei vincoli costitu-

¹ Piersanti Mattarella nasce a Castellammare del Golfo (Tp) il 24 maggio 1935, muore a Palermo, assassinato da mano mafiosa, il 6 gennaio 1980. Tra le analisi biografiche si ricordano R. LA PLACA, *Le tappe fondamentali della vita di Piersanti Mattarella*, in *Cronache parlamentari siciliane*, 4-1980, 55 e ss.; G. CONTE, *L'opera politico-istituzionale di P. Mattarella*, in *Nuovi Quaderni del Meridione*, n. 74-1981, 285 e ss.; S. BUTERA, *Il segno giusto: omaggio a Piersanti Mattarella*, Palermo, 1990; AA. VV., *Le carte in regola. A vent'anni dalla morte di Piersanti Mattarella*, Palermo, 2000; P. BASILE, *Le carte in regola. Piersanti Mattarella, un democristiano diverso*, con saggio introduttivo di G.C. MARINO, Palermo, 2007; ID., *Un democristiano siciliano "diverso". Il pensiero e l'opera di Piersanti Mattarella*, in *Diacronie*, 3-2010; G. GRASSO, *Piersanti Mattarella. Da solo contro la mafia*, Cinisello Balsamo, 2014 e G. RONCHETTI, M.A. FERRARA, *Piersanti Mattarella. Il sogno infranto di una nuova Sicilia*, Fidenza, 2016; AA.VV., *Il coraggio di un Presidente*, Palermo, 2020.

² Sul quale si veda anche G. CONTE, *L'opera politico-istituzionale di Piersanti Mattarella*, in *Nuovi Quaderni del Meridione*, anno XIX/n. 74, 1981, 290 e ss.

zionali di appartenenza alla Repubblica, ma connotato da una determinata rivendicazione delle prerogative regionali e delle ragioni della specialità, ma anche del superamento di un divario che per troppo tempo ha reso, e rende ancora, il Mezzogiorno un'Italia minore, espressione di quello che è stato opportunamente definito il più grande fallimento dello Stato unitario³.

Sia nell'impegno da Assessore, che poi da Presidente della Regione, e ciò emerge con nitore dagli interventi all'Assemblea regionale, si rinviene la chiara spinta verso modelli amministrativi innovativi incentrati sulla ricerca dell'efficienza amministrativa, sul contenimento della spesa pubblica e l'introduzione di meccanismi di controllo efficace sull'amministrazione⁴.

Mattarella era altresì un politico con competenze tecnico-giuridiche⁵ ed anche questo si coglie con nitore nell'attività parlamentare, nell'illustrazione dei progetti di riforma, nella visione strategica dell'opera politico-istituzionale (l'intima correlazione tra bilancio e programmazione, la necessità di mutare il paradigma dei rapporti finanziari tra Stato e Regione siciliana, la rilettura dei concetti fondamentali del meridionalismo).

Come si è avuto modo di sottolineare in altro studio⁶ si tratta di quel profilo di uomo impegnato politicamente nelle istituzioni nel quale l'azione amministrativa si innesta sul valore aggiunto dalla competenza professionale o tecnica. Un

³ È il titolo della relazione svolta da S. CASSESE alla "Assemblea nazionale del Mezzogiorno" tenutasi, su iniziativa di Governo, Regione Campania e Unioncamere, a Napoli il 12 novembre 2016 e adesso pubblicata in *Giorn. dir. amm.*, 1/2017, 37 e ss. nel contesto del quale si richiama la sintesi concettuale di E. FELICE, *Perché il Sud è rimasto indietro*, Bologna 2013, ma del Maestro si vedano anche le considerazioni svolte in *Le questioni meridionali*, in ID. (a cura di), *Lezioni sul meridionalismo*, Bologna, 2016, 10 e ss., che descrivono puntualmente l'andamento sinusoidale del divario ed il controverso impegno delle istituzioni statali per affrontarle e risolvere "le questioni meridionali".

⁴ Così L. ELIA, *Introduzione*, in A.R.S., *Scritti e discorsi di Piersanti Mattarella*, Palermo, 2004, I, XXXI il quale ricollega la figura di Mattarella a quella di Ezio Vanoni: "forse, non avendo potuto esercitare Sturzo funzioni di governo a livello regionale o nazionale, la figura che davvero precede Piersanti in questa tormentata storia della Repubblica italiana, è proprio quella di Vanoni: come l'uno tentò di riformare e in effetti avviò la riforma del sistema fiscale, così Piersanti, con il sostegno di uomini illuminati, avviò e in larga misura realizzò la riforma degli ordinamenti finanziari e amministrativi della Regione siciliana. Personaggi tanto diversi per le origini, per i tempi in cui operarono, per gli ambienti in cui vissero: eppure la nostra gratitudine li unisce nel ricordo e nell'esempio."

⁵ Mattarella, dopo gli studi all'Istituto "Gonzaga" di Palermo ed al "San Leone Magno" di Roma, aveva conseguito la laurea in giurisprudenza all'Università di Roma, discutendo una tesi in economia politica con il prof. G. U. Papi, si era quindi ritrasferito a Palermo nel 1958 ed era divenuto assistente ordinario di Istituzioni di diritto privato nella facoltà di Giurisprudenza, presso la cattedra del professor S. Orlando Cascio nel cui studio avviò l'attività forense, poi svolta autonomamente. Fu anche docente di materie giuridiche presso l'Istituto superiore di giornalismo presso il quale tenne il corso di «*Ordinamento regionale*», così cfr. R. LA PLACA, *Le tappe fondamentali della vita di Piersanti Mattarella*, cit., 56.

⁶ Sia consentito rinviare al contributo *Francesco Crispi, giurista*, M. Saija (a cura di), *Francesco Crispi*, Soveria Mannelli, 2019, 57 e ss.

connubio (in passato, come oggi) tanto essenziale quanto sempre più distante dai *curricula* di chi amministra la cosa pubblica, con risultati purtroppo inevitabili ed evidenti sul piano della qualità e del rendimento delle amministrazioni.

2. *Gli anni alla guida del bilancio regionale (1971-1978)*

Nei purtroppo pochi studi che ricostruiscono l'esperienza amministrativa di Piersanti Mattarella quale componente del Governo della Regione pochi cenni riguardano quella che rileva essere non solo la fase più lunga e proficua per le riforme introdotte, ma anche quella che costituirà le fondamenta per la fase della guida della Giunta regionale.

Mattarella ha rivestito per sette anni il delicato ruolo di responsabile del bilancio ed è significativo ricordare l'importante contributo innovatore rimasto, come si accennava, meno analizzato – se si eccettua la commemorazione di Sabino Cassese nei volumi che raccolgono i suoi scritti e discorsi, editi dall'ARS⁷ – nonostante sia più lungo e non meno rilevante di quello di Presidente della Regione, che poi ne determinerà la tragica fine⁸.

L'on. Mattarella ha assunto la carica di Assessore alla presidenza con delega al bilancio il 10 agosto 1971, indicato dal Presidente Mario Fasino ed eletto dall'ARS con ampio margine, ed ha mantenuto tale delega sino al marzo 1978 quando divenne Presidente della Regione.

Quasi sette anni di permanenza continuativa alla guida di una delega considerata al tempo minore, ma divenuta, sotto la sua guida lungo il succedersi di cinque governi (due guidati dallo stesso Fasino, poi quello presieduto da Vincenzo Giummarra ed infine i due Governi di Angelo Bonfiglio a cavallo tra la VII e la VIII legislatura), una delle più rilevanti dell'amministrazione regionale⁹.

Vigente la l.r. n. 28 del 1962, la gestione del bilancio e della Ragioneria generale non erano attribuite ad un Assessorato – come si vedrà poi previsto dalla riforma dell'amministrazione voluta dallo stesso Mattarella – e ciò a differenza di quanto previsto per il ramo delle finanze. La competenza del bilancio (cui poi

⁷ ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA, *Scritti e discorsi di Piersanti Mattarella*, Palermo, 2004, 1067 ss.

⁸ L'On. Mattarella è stato eletto per la prima volta all'Assemblea regionale siciliana nel collegio di Palermo l'11 giugno 1967, nella sesta legislatura è stato componente delle Commissioni legislative permanenti per gli affari interni e per la pubblica istruzione, della giunta di bilancio, della Commissione per il regolamento interno, della Commissione speciale per la riforma burocratica che come si vedrà giungerà all'approvazione nel 1971 e della quale sarà relatore in Aula e della Commissione speciale per la riforma urbanistica, per la quale occorre invece attendere il 1978 ed il suo avvento alla Presidenza della Regione. Sarà successivamente eletto nella settima legislatura (13 giugno 1971) e nell'ottava legislatura (20 giugno 1976), che non concluderà, in quanto ucciso il 6 gennaio 1980.

⁹ Per una sintesi di quelle fasi VII legislatura dell'Assemblea regionale dell'ARS si veda G. CIANCIMINO, L. PASSARELLO, *Voragine Sicilia. Un viaggio nei segreti dell'Autonomia*, Palermo, 2016, 97 e ss.

si aggiunge la programmazione) era infatti propria del Presidente della Regione, che la delegava poi ad uno dei due assessori preposto “*alla presidenza*”¹⁰.

Come anticipato, sarà lo stesso Mattarella, nel frattempo eletto alla guida del Governo dopo la sapiente gestione di quegli anni del bilancio regionale, ad accorpare i due rami finanziari dell’amministrazione e ad istituire così l’Assessorato al bilancio e le finanze con la generale riforma amministrativa che porta la sua firma (l.r. n.2 del 1978 e d.Pres. R.S. n. 70 del 1979)¹¹.

Quando assunse per la prima volta la carica di assessore regionale, seppur col ruolo di preposto “*alla presidenza*” e quindi privo di portafoglio, aveva appena concluso l’impegno di relatore della fondamentale riforma burocratica regionale (legge regionale 23 marzo 1971, n. 7 “*legge Fusco-Mattarella*”). La riforma, della quale fu certamente l’artefice politico insieme a Mario Fasino, che superava il modello delle carriere e introduceva per la prima volta il ruolo dirigenziale, inverando i principi delle norme generali sull’amministrazione sancite dall’art. 97 Cost.¹².

Come ricordato, il giovane deputato regionale assume la carica assessoriale nell’estate del 1971. Le elezioni regionali avevano visto un pesante arretramento della D.C. per la quale egli concorreva nel Collegio di Palermo, ma il risultato, in termini di consensi personali, era stato più che lusinghiero¹³. Ad appena 36 anni, con già alle spalle l’esperienza di una prima legislatura all’Assemblea regionale siciliana e la proficua presenza in Commissione finanze, era pronto all’impegno diretto nell’amministrazione.

Quattro gli assi di intervento dell’esperienza amministrativa di Mattarella al bilancio: la riqualificazione del documento contabile, la programmazione pluriennale, il controllo sul sistema delle banche (il credito era infatti affidato a quel ramo di amministrazione, ma con la riforma del 78-79 passerà alle finanze), il rilancio del ruolo della Sicilia nel Sud, da regionalista e meridionalista convinto.

Con la collaborazione dapprima del compianto Franco Teresi¹⁴ e, quindi, di

¹⁰ G. LA BARBERA, *Lineamenti di diritto pubblico della Regione siciliana*, Palermo, 1975, 100 ss.

¹¹ Sulla quale si veda per tutti G. CORSO, *Sicilia*, in AA.VV., *La regionalizzazione*, II, Milano, 1983, 1589 ss.

¹² Sulla portata innovativa di quella riforma si vedano: S. RAIMONDI, *L’Amministrazione*, e F. SALVIA, *La burocrazia della Regione siciliana: profilo storico e problemi attuali*, in F. TERESI (a cura di), *Cinquant’anni dello Statuto siciliano*, Palermo, 1997, 139 e ss.; ID, *Profilo storico della burocrazia della Regione siciliana. Riflessioni sulle «riforme» e sulla «non biodegradabilità» apparati pubblici. Elogio della stabilità*, in AA.VV., *Studi in onore di U. Pototschnig*, Milano, 2002, II, 1313 ss.; R. URSI, *La dirigenza regionale: il caso della Regione Siciliana*, in *le Regioni*, 2007, 5, 895 e ss.; ID, *Un’«amministrazione fantastica»: l’organizzazione della Regione siciliana nello spettro della riforma dell’autonomia*, in G. ARMAO, M. SAIJA (a cura di), *Settant’anni di autonomia siciliana 1946-2016*, Sovaria Mannelli, 2018, 236 ss.

¹³ Candidato con il numero 8 nelle liste Dc della circoscrizione “Palermo e Provincia”, fu il quarto degli eletti con oltre 40.000 voti di preferenza, incrementando di ben 5000 consensi quelli ottenuti nella precedente elezione e senza il sostegno politico del Padre, deceduto improvvisamente pochi mesi prima, così P. BASILE, *Le carte in regola*, cit., 60.

¹⁴ Il Prof. Francesco Teresi (1936-2012) successivamente assunse la direzione della programmazione per poi passare all’insegnamento di “*Diritto costituzionale*” presso la Facoltà di Giurispru-

Innocenzo Calcara e di Maria Trizzino quali capi di gabinetto, affiancati da un gruppo di giovani dirigenti e di tecnici di valore, Mattarella inizia la profonda azione di riforma dell'amministrazione e di superamento di inefficienze e vischiosità per contrastarne il condizionamento mafioso o anche semplicemente corruttivo¹⁵.

Durante quei sette anni Mattarella procedette ad un profondo riordino dei conti, recuperando il tempo perduto (nel solo 1971 vengono approvati ben otto rendiconti che giacevano nei cassetti), sovente evitando o limitando al massimo il ricorso alla prassi diffusa dell'esercizio provvisorio delle precedenti giunte ed anticipando così il concetto di "*bilancio come bene pubblico*"¹⁶, oggi divenuto riferimento imprescindibile di buona amministrazione.

Ma, soprattutto, ristrutturò la gestione delle finanze pubbliche puntando sulla "*programmazione come metodo di governo. Si tratta, in sostanza, di passare da un metodo di governo e di amministrazione informato alla frammentarietà degli interventi ad un sistema programmato alla luce di una visione organica e complessiva dei problemi e delle possibili soluzioni*"¹⁷, collegando il bilancio con scelte programmatiche e conferendo "*al documento una caratterizzazione che, superando la tradizionale concezione finanziario-contabile, ne faccia un mezzo di quantificazione degli interventi, nella logica delle scelte prioritarie contenute nel programma, e, al contempo, lo strumento operativo per la loro realizzazione*"¹⁸.

L'opzione è fortemente innovativa: far sì che la Regione possa affrontare i ritardi nello sviluppo, individuando obiettivi e criteri d'azione da declinare in un piano regionale di sviluppo economico-sociale che costituisca il quadro di riferimento dell'attività politico-amministrativa della Regione¹⁹.

Vengono così approvati, nel 1975: il "*Piano regionale d'interventi per il periodo 1975-1980*" (l.r. n. 18) ed il "*Programma di fine legislatura*", che realizzavano il patto per una "*solidarietà autonomistica*" raggiunto tra Dc-Psi-Pci-Pri-Psdi, base degli accordi sui quali si sarebbe fondato il Governo Mattarella²⁰.

Un'azione riformatrice concreta e puntuale – forte dell'esperienza maturata

denza dell'Università di Palermo, Preside della Facoltà di Scienze Politiche, direttore della Scuola di specializzazione in "*Diritto delle Regioni e degli enti locali*" e della Rivista "*Nuove Autonomie*" e curatore della Collana di Diritto costituzionale del Dipartimento di diritto pubblico, è stato altresì componente del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.

¹⁵ Per una ricostruzione delle riforme propuginate e realizzate da Mattarella sia consentito rinviare al mio lavoro *Redimibile Sicilia, L'autonomia dissipata e le opportunità dell'insularità*, Soveria Mannelli, 2018, 67 ss.

¹⁶ Sul tema da ultimo si veda, anche per i richiami all'ormai copiosa giurisprudenza, C.A. CIARALLI, *Il bilancio quale "bene pubblico" e l'esercizio "condizionato" del mandato elettivo. Riflessioni sulla nuova fase della democrazia rappresentativa*, in www.costituzionalismo.it, n. 2/ 2018.

¹⁷ ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA, *Scritti e discorsi di Piersanti Mattarella, Discussione del disegno di legge: Bilancio di previsione della Regione siciliana per l'anno finanziario 1975*, cit., 70

¹⁸ ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA, *op. e loco ult. cit.*

¹⁹ Così ancora L. ELIA, *Introduzione*, cit., 36

²⁰ Per una ricostruzione di tale fase della storia regionale v. G. GIARRIZZO, *Sicilia oggi (1950-1986)*, in M. AYMARD, G. GIARRIZZO, *Storia d'Italia. Le Regioni – La Sicilia*, Torino, 1987, 677 e ss.

da componente della Commissione finanze nella precedente legislatura (VI)²¹ – che si caratterizzava per l'attenzione alla salvaguardia degli equilibri di bilancio, all'accelerazione della spesa (che viene raddoppiata, evitandone la concentrazione a fine esercizio) ed alla sua riqualificazione, al deciso incremento degli investimenti, al monitoraggio delle giacenze di cassa e della massa dei residui, all'ancoraggio della spesa a norme sostanziali, presupposto giuridico per l'iscrizione nei capitoli di bilancio.

Come pure va ricordato il contrasto alla deprecabile prassi, antitetica alla programmazione, delle “*leggi calderone*” (oggi si direbbe *omnibus*) che accompagnava, già allora, l'approvazione del bilancio, alla quale, purtroppo ancora oggi, difficilmente si sottraggono le assemblee elettive, ed alle spese parassitarie per i c.d. enti economici (ESPI, EMS, AzaSi) non potendosi più “*destinare ulteriori risorse al mantenimento di situazioni puramente assistenziali destituite di reali prospettive economiche*”²².

Durante il lungo periodo di permanenza di Mattarella alla guida del bilancio vengono approvate alcune importanti leggi di riforma del settore: la l.r. n. 45 del 1976, che rimodula la disciplina dei servizi di cassa e di tesoreria e la l.r. n. 47 del 1977, in materia di bilancio e contabilità della Regione²³. Normativa che ha riformato profondamente la disciplina del bilancio e della contabilità regionale introducendo innovative previsioni in materia di programmazione e controllo sulla spesa e che resterà in vigore sino al controverso recepimento nell'ordina-

²¹ Su questo primo periodo di impegno parlamentare si v. P. BASILE, *Le carte in regola*, cit., 50 ss.

²² ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA, *Scritti e discorsi di Piersanti Mattarella, Dichiarazioni programmatiche del Presidente della Regione*, cit., 279

Per una disamina della parabola degli enti economici sia consentito rinviare al mio contributo *Enti pubblici economici, società ad evidenza pubblica e privatizzazioni nell'ordinamento della Regione siciliana*, in *Nuove Aut.*, n. 2-2017, 253 e ss. ed alla dottrina ivi citata.

²³ Come sottolinea S. CASSESE, *Relazione al Convegno “Le carte in regola” a vent'anni dalla morte di Piersanti Mattarella*, in ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA, *Scritti e discorsi di Piersanti Mattarella*, cit., 1068 “*la riforma del bilancio e della contabilità era una tappa importante della innovazione non «per una sorta di venerazione delle riforme» – così dirà nel dicembre 1975 – ma per togliere rigidità al bilancio, impostarlo su base poliennale e programmatica, per ridurre il fenomeno contraddittorio dell'alto indebitamento e degli ingenti residui passivi, per accelerare la spesa. Nella presentazione di sette bilanci di previsione e dei rendiconti, finalmente pubblicati con puntualità, ritornano gli stessi temi: diminuire le spese di mero sostegno e aumentare quelle produttive; preparare tempestivamente e rendere più chiari i documenti di bilancio per assicurare il controllo dell'Assemblea; ridurre la rigidità dei bilanci e assicurare una copertura reale degli aumenti di spesa; trasformare la discussione del bilancio da un inutile rito in un fondamentale atto di indirizzo; ridurre i residui passivi, che, alla lunga, portano alla incapacità di amministrare. Tutto questo si traduce nella introduzione, nella Regione siciliana prima ancora che nello Stato centrale, del documento di programmazione, del bilancio poliennale, del bilancio di cassa, accanto a quello di competenza”.*

Sulla riforma della contabilità regionale, che ha operato nell'ordinamento regionale sino all'entrata in vigore del recepimento del d.lgs. n. 118 del 2011, si veda G. SAPIENZA, *Linee guida al bilancio della Regione Siciliana*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 50 ss.

mento regionale del decreto legislativo n. 118 del 2011 e s.m.i., operato dapprima in termini unilaterali dal legislatore regionale²⁴ e, solo adesso, attraverso le norme di attuazione in materia di armonizzazione dei sistemi contabili, dei conti giudiziari e dei controlli (d.lgs. 27 dicembre 2019, n. 158).

Dal 1975 si costruiscono le basi per quella che diverrà, anche per l'avvio delle prime iniziative europee di sostegno finanziario, la programmazione regionale, che sarà approvata appena assumerà la carica di Presidente della Regione, la l.r. n. 16 del 1978²⁵.

In quel periodo si apre altresì il serrato negoziato con lo Stato per una revisione dell'autonomia finanziaria della Sicilia finalmente rispettosa dello Statuto (artt. 36, 37 e 38), con l'entrata in vigore della riforma tributaria del 1971 che aveva profondamente mutato la configurazione delineata dalle norme di attuazione dello Statuto siciliano (D.P.R. 26 luglio 1965, n. 1074 *“Norme di attuazione*

²⁴ Giova ricordare che sin dalla l.r. 12 gennaio 2012, n. 7 è stata prevista l'introduzione progressiva della disciplina nel nuovo ordinamento contabile e la partecipazione della Regione siciliana alla sperimentazione di cui al D.P.C. M. 28 dicembre 2011, disponendo (art. 1) che nel: *“periodo di sperimentazione e fino a quando non sia approvata la riforma della contabilità regionale e degli enti regionali, la Regioni e gli enti ed organismi strumentali applicano le disposizioni contenute nel D. Lgs. n. 23 giugno 2011 n. 118 e successive modifiche ed integrazioni, quelle contenute nei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri attuativi del citato decreto legislativo, nonché per quanto con queste ultime compatibili, quelle previste dalle vigenti norme di contabilità regionale o dai sistemi contabili previgenti alla data del 31 dicembre 2011”*. Successivamente la Regione siciliana, nella persona del suo Presidente, ha siglato l'*Accordo del 9 giugno 2014* con il Ministro dell'Economia e delle Finanze assumendo l'obbligo di *“recepire con propria legge, mediante rinvio formale recettizio, le disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, previste dal D. Lgs. n. 118/2011, nonché gli eventuali atti successivi e presupposti, in modo da consentire l'operatività e l'applicazione delle predette disposizioni entro e non oltre il 1 gennaio 2015”*, al quale è seguito il recepimento con l'art. 11 della l.r. 13 gennaio 2015, n. 3.

In ordine all'applicazione unilaterale con legge regionale del D. lgs. n. 118/2011 s. m. i. rileva quanto evidenziato nel giudizio di parificazione reso dalla Corte dei Conti-Sezioni Riunite per la Regione siciliana in sede di controllo al Rendiconto generale 2016 (del. 19 luglio 2017, n. 3), che ha contestato la violazione dell'art. 43 dello Statuto e della procedura ivi prevista. Ed infatti il legislatore regionale, avendo provveduto a recepire le disposizioni normative in esame, ha posto in essere in normativa che viola contemporaneamente lo Statuto regionale e la stessa disciplina della l.n. 42 del 2009 (art.27) alla stregua del quale tale adeguamento deve avvenire mediante norme di attuazione statutaria.

²⁵ *“Il bilancio pluriennale organizzerà il flusso della spesa pubblica nel medio periodo e ne orienterà la destinazione in modo da rendere coerenti le proiezioni finanziarie con le scelte di sviluppo. Il programma annuale sarà il fondamentale atto esecutivo di verifica del piano in raccordo tra il quadro d'insieme e l'azione programmatica e di collegamento tra la politica economica di breve e medio periodo. Il bilancio annuale sarà lo strumento di attuazione per la parte di competenza della spesa regionale.”*, ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA, *Scritti e discorsi di Piersanti Mattarella, Dichiarazioni programmatiche del Presidente della Regione, Il documento di linee, principi e obiettivi della programmazione regionale*, cit., 853.

Sulla portata innovativa dell'approccio programmatico nell'amministrazione regionale G. CORSO, *op. cit.*, 1599 ss.

dello Statuto della Regione siciliana in materia finanziaria”)²⁶ e che ancora attende di essere concluso in termini generali, dopo alcune parziali inserzioni²⁷.

Una specifica attenzione l'Assessore Mattarella rivolge, poi, al sistema bancario sottoposto ad un'impetuosa crescita di istituti e sportelli del tutto ingiustificata in un'area a sviluppo ritardato come la Sicilia, con punte da primato nazionale nella Provincia di Trapani²⁸.

Le autorizzazioni vengono drasticamente ridotte, orientamento che Mattarella confermerà anche nelle dichiarazioni programmatiche da Presidente della Regione il 3 aprile del 1978 (“*occorrerà mantenere la tendenza al rallentamento della concessione di nuovi sportelli bancari*”)²⁹, chiaro segnale di moralizzazione di un settore nel quale erano ancora imperscrutabili molte operazioni finanziarie e semi-sconosciuti i controlli anti-riciclaggio che vigono oggi³⁰.

²⁶ Per più diffuse considerazioni si rinvia a S. PAJNO, *L'incerto futuro dell'autonomia speciale siciliana*, in www.aic.it-osservatorio costituzionale, 1-2015; G. D'AMICO, *La finanza della Regione siciliana e il labirinto di Creta*, in www.forumcostituzionale.it, 15 luglio 2016; G. VERDE, *La rinnovata definizione dell'assetto della finanza e dei tributi della Regione siciliana tra disposizioni di attuazione dello Statuto e decreto legge*, in www.osservatoriodellefonti.it, 2/2016; A. CARIOLA, *Lo statuto siciliano alla prova di un regionalismo in divenire*, www.issirfa.cnr.it, 2017; R. DI MARIA, *Brevi note critiche sulla attualità (politica e giuridica) della autonomia «speciale» siciliana*, in *le Regioni*, 6/2017, 1308 e ss.; più recentemente v. il mio *Il regionalismo differenziato e la Regione Sicilia*, in www.astrid.online, maggio 2019.

²⁷ Le ormai vetuste norme di attuazione del 1965 – di cui lo stesso Mattarella invero sottolineò l'inadeguatezza a seguito della riforma tributaria del 1971 in *Stato, Regioni e programmazione*, in *Dimensione Sicilia*, Palermo 1976, 127-129 – solo di recente sono state modificate con i DD.Lgs. 11 dicembre 2016, n. 251 e 25 gennaio 2018, n. 16. La Giunta regionale ha poi approvato due schemi normativi in materia: “*Nuove norme di attuazione dello Statuto in materia di finanziaria*”, con delibera n. 1 15 maggio 2018, preceduta dalla delibera n. 14 del 9 febbraio relativa ai “*Temi sull'accordo Stato-Regione sulla Finanza Pubblica 2018*” e “*Piattaforma su Condizione di insularità, fiscalità di sviluppo, continuità territoriale e perequazione finanziaria*” con delibera n. 265 del 18 luglio 2018.

²⁸ Sul complesso tema dei legami tra credito e mafia in Sicilia cfr. A. FIANDINO, *Mafia e sistema bancario. L'importanza dell'accesso privilegiato al “Mercato” del credito*, in *Studi Storici*, 4-1992, 775 e ss.; M. CENTORRINO, F. OBERIA, *L'impatto criminale sulla produttività del settore privato dell'economia. Un'analisi regionale*, Milano, 2001.

È di tutta evidenza che le peculiari competenze della Regioni in materia di credito e risparmio hanno esaltato il ruolo dell'Amministrazione regionale in merito sia nel favorire che nel contrastare spinte di tutta evidenza. Per una ricostruzione delle competenze regionali in materia in termini diachronici sia consentito rinviare al mio lavoro, *Le nuove norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana in materia di credito e risparmio*, in G. ARMAO (a cura di), *La riforma delle norme di attuazione dello Statuto siciliano in materia di credito e risparmio D.lgs n 205/2012*, Torino, 109 ss.

²⁹ ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA, *Scritti e discorsi di Piersanti Mattarella, Dichiarazioni programmatiche del Presidente della Regione*, cit., 288.

³⁰ Come ricorda lo stesso Mattarella (*Il credito minore in Sicilia*, in *Dimensione Sicilia*, cit., 87) il Comitato regionale per il credito e risparmio (che presiedette ininterrottamente per tutti i 9 anni nei quali fu al Governo) operò il “*deciso rallentamento nella concessione di nuovi sportelli bancari*” che scese dalle 136 del biennio '70-'71, alle 87 di quello '72-'73, alle 17 del biennio '74-'75. E tale tendenza al contenimento della tumultuosa crescita degli anni precedenti proseguirà ancora nel biennio '76-'77 (44), in quello '78-'79 (39) su 1184 sportelli operanti nel 1980. La Provincia di Trapani aveva, al tempo, un numero di sportelli equivalente a quella delle due Province di Siracusa e Ragusa.

E così agli inizi del 1976 giunge il diniego alla richiesta di apertura della cassa rurale di Salemi, ritenuta vicina agli esattori Salvo ed a politici ed imprenditori sostenuti da gruppi mafiosi. Diniego ricordato in sede processuale dal Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, che fornì i nomi dei protagonisti di un'iniziativa che avrebbe favorito interessi mafiosi e che, paradossalmente, ricevette parere favorevole solo a fine del 1980, a quasi un anno dall'omicidio del Presidente della Regione, per poi essere bloccata dalla Banca d'Italia³¹.

Ma l'impegno di Mattarella si rivolse, altresì, alla questione degli ancora irrisolti divari e squilibri Nord-Sud. E lo fece da convinto assertore della specialità dell'autonomia siciliana – che come ebbe modo di affermare: “*rimane strumento idoneo al definitivo riscatto dell'Isola*” – il suo regionalismo, infatti, si rifaceva a Sturzo che riteneva la Sicilia, “*Regione nella Nazione*”³², e le Regioni meridionali, elementi di una questione di cui il Paese intero avrebbe dovuto farsi carico³³.

Il giovane deputato, già prima di assumere incarichi governativi, colse nell'avvento delle Regioni ordinarie³⁴, più che un rischio per la specialità siciliana, l'opportunità per porre fine all'isolamento delle due regioni speciali insulari del Mezzogiorno, creando una nuova sinergia meridionale incentrata proprio sulla cooperazione regionale. Vi era, piuttosto, la consapevolezza che, dopo la nascita delle Regioni ordinarie, solo un raccordo tra le Regioni del Mezzogiorno avrebbe potuto sostenere il rilancio della politica meridionalistica³⁵.

Sulla disciplina antiriciclaggio si veda F. DI VIZIO, *Il riciclaggio nella prospettiva penale ed in quella amministrativa. Definizioni di riciclaggio*, in *Quad. dell'antiriciclaggio*, Banca d'Italia, n. 8-2017.

³¹ Cfr. udienza della Corte d'Assise di Palermo, verbali di prova nel processo contro Greco Michele + altri – udienza del 3 febbraio è 1995, trascrizione delle bobine 1, 2 e 3, pag. 4 richiamati nella sent. della Corte di Appello di Palermo, 1^a Sezione Penale, n. 1564 del 2 maggio 2003 in <http://archiviopiolatorre.camera.it/img-repo/DOCUMENTAZIONE/Pio%20La%20Torre/Aula%20Bunker/Dibattimento%20Primo%20Grado/Sentenza/Sentenza%20Primo%20Grado.pdf>

³² L. STURZO, *La Regione nella Nazione (1949)*, Soveria Mannelli, 2007.

³³ Cfr. S. CASSESE, *Le questioni meridionali*, in Id. (a cura di), *Lezioni sul meridionalismo*, cit., 10 e ss., nonché gli altri contributi ivi pubblicati.

³⁴ L'avvento delle Regioni ordinarie e delle diverse fasi del conferimento di funzioni ha determinato un'evidente patologia del sistema regionale, si vedano sul tema S. BARTOLE, *L'avvento delle regioni ordinarie e sua incidenza nel processo di revisione e rilancio della normativa di attuazione dello Statuto*, in AA.VV., *Lo Statuto siciliano dopo 40 anni*, Padova, 1990, 59 e ss. A. FERRARA, *Riflessioni in punta di penna sul principio di specialità regionale*, in www.federalismi.it, 23/2008 e più recentemente A. D'ATENA, *Passato, presente ... e futuro delle autonomie regionali speciali*, in www.rivistaaic.it, 4-2014, 8 e ss.; G. SILVESTRI, *Le autonomie regionali speciali: una risorsa costituzionale da valorizzare*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/Silvestri20140526.pdf, 3 e ss.; S. PAJNO, G. RIVOSECCHI, *La problematica riforma costituzionale delle autonomie speciali*, in *le Regioni*, 2/2016, 276 e ss. nonché, da ultimo, A. POGGI, *Il regionalismo italiano ancora alla ricerca del "modello plurale" delineato in Costituzione*, in www.federalismi.it, 8 gennaio 2020, alla quale si rinvia per ulteriori riferimenti in dottrina.

³⁵ Sin dal 1971 Egli avvertì, infatti, l'esigenza di un forte raccordo tra le istituzioni regionali del Mezzogiorno: “*Occorre creare una forza di pressione capace di controbilanciare le spinte e le sollecitazioni che sull'apparato politico-burocratico esercita la struttura socio-finanziaria del Nord*”, così ASSEMBLEA REGIO-

Egli era fortemente convinto della necessità di “*creare una forza di pressione capace di controbilanciare le spinte e le sollecitazioni che sull'apparato politico-burocratico esercita la struttura socio-finanziaria del Nord*”³⁶, mediante un coordinamento permanente delle Regioni del Sud, collocate in un contesto economico-sociale fatto di “*squilibri, di ingiustizie, di incapacità o di impossibilità di colmare gli uni e le altre; in cui le ricorrenti crisi economiche della comunità nazionale finiscono con il costituire l'alibi per non intervenire in maniera incisiva nel Mezzogiorno*”³⁷.

Divenne, così, protagonista della costituzione della *Conferenza delle Regioni del Mezzogiorno*, il cui primo incontro si tenne a Palermo nel 1971, con il preciso obiettivo di rilanciare, su nuove basi, il dibattito nazionale sulla questione meridionale³⁸.

Nel puntuale intervento Mattarella sottolineò la “*sperequazione nella destinazione delle risorse del bilancio ordinario dello Stato che sono andate in larga misura a favore delle zone del Nord in modo da far risultare gli interventi previsti dalla legislazione speciale per il Mezzogiorno non già aggiuntivi, come pure era stabilito che fossero, ma sostitutivi di quelli ordinari*”³⁹ ed indicò l'imprescindibile necessità di un intervento rapido ed efficace che rilanciasse le aree depresse del Sud puntando sulla modernizzazione e la produttività.

Intuizioni purtroppo ancora di straordinaria attualità ed oggi ulteriormente confortate, nell'incedere sempre più grave del divario, da analisi condivise e da dati che emergono dagli ultimi *Conti pubblici territoriali* diffusi dall'Assessorato all'Economia della Regione siciliana⁴⁰.

Nel contrastare polemicamente la proposta allora formulata dal Presidente comunista dell'Emilia-Romagna, Guido Fanti, di creare la “*Padania*” quale sistema integrato delle Regioni del Nord, i cui interessi già allora seguivano meccanismi di aggregazione al di sopra ed al di là degli schieramenti politici, Mattarella

NALE SICILIANA, *Scritti e discorsi di Piersanti Mattarella, Il ruolo delle regioni meridionali per una nuova politica economica dello Stato*, cit., 543. Sulle istanze che spinsero il “Nuovo meridionalismo” di Mattarella v. S. BUTERA, *Regioni e Mezzogiorno: la Conferenza di Catanzaro*, in *Nuovi Quaderni del Meridione*, n. 57, gennaio-marzo 1977.

³⁶ ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA, *Scritti e discorsi di Piersanti Mattarella. Il ruolo delle regioni meridionali per una nuova politica economica dello Stato (Palermo, 31 gennaio 1971)*, op. e loco ult. cit.

³⁷ ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA, *Scritti e discorsi di Piersanti Mattarella. Una Sicilia nuova nella crisi italiana*, op.cit., 604.

³⁸ Le tematiche sviluppate dalla *Conferenza delle Regioni del Mezzogiorno* furono prospettate in sede parlamentare nell'audizione dinanzi alla Commissione bilancio del Senato il 22 maggio 1973, la relazione di Mattarella è pubblicata con il titolo *Stato, Regioni e programmazione*, cit., 124 e ss.

³⁹ ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA, *Scritti e discorsi di Piersanti Mattarella. Il ruolo delle regioni meridionali per una nuova politica economica dello Stato (Palermo, 31 gennaio 1971)*, op. cit., 543.

⁴⁰ ASSESSORATO DELL'ECONOMIA, *Relazione di fine anno sull'andamento dell'economia*, in http://pti.regione.sicilia.it/portal/page/portal/PIR_PORTALE/PIR-LaStrutturaRegionale/PIR-AssessoratoEconomia/PIR-AssessoratoEconomia_News?stepThematicNews=det_news&cid-News=200219623&thematicFilter=PIR_ArchivioNewsAssessoratoEconomia

ribadi la necessità di rendere coeso il Paese sottolineandone i profili di interesse anche delle Regioni più ricche⁴¹.

Parole che, nel discorso di fine 2019, il Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, ha voluto ribadire con forza: “è necessario ridurre il divario che sta ulteriormente crescendo tra Nord e Sud d'Italia. A subirne le conseguenze non sono soltanto le comunità meridionali, ma l'intero Paese, frenato nelle sue potenzialità di sviluppo”⁴².

3. *La Presidenza della Regione (1978-1980)*

I due governi presieduti dal Presidente Mattarella si contraddistinsero non solo per la precisa scelta di un profilo di difesa delle prerogative statutarie, ma soprattutto per l'iniziativa di una serie di importanti riforme approvate dall'ARS, delle quali molte ancora in vigore nell'ordinamento regionale, nei settori dell'amministrazione, dell'economia, del territorio, delle politiche sociali e culturali⁴³.

Tra queste giova ricordare: la fondamentale riorganizzazione dell'amministrazione regionale (l.r. n. 2 del 1978)⁴⁴, che innova l'ordinamento del Governo e dell'amministrazione della Regione rafforzando il ruolo dell'esecutivo e la sua capacità di indirizzo, controllo e di coordinamento ed introducendo significative misure di semplificazione e pubblicità dell'azione amministrativa⁴⁵.

Come pure: la legge sullo sport e gli impianti sportivi (l.r. n. 8 del 1978), la normativa sulla programmazione regionale (l.r. n. 16 del 1978)⁴⁶, che ha introdotto nell'ordinamento regionale il piano regionale di sviluppo, il comitato regionale della programmazione e la direzione regionale della programmazione⁴⁷;

⁴¹ ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA, *Scritti e discorsi di Piersanti Mattarella, Padania: una Prussia in Italia?*, op. cit., 588 e ss.

⁴² Consultabile in www.quirinale.it/elementi/42667.

⁴³ Per una puntuale disamina delle riforme promosse dai Governi regionali nei quali Mattarella fu dapprima Assessore e poi Presidente si v. ancora G. CORSO, *Sicilia*, cit., 1607-8.

⁴⁴ Sulla quale si vedano ancora G. CORSO, *op. cit.*, 1599 e ss. e S. RAIMONDI, *L'Amministrazione*, in F. TERESI (a cura di), *Cinquant'anni dello Statuto siciliano*, cit., 127 e ss.

⁴⁵ Giova segnalare che già al termine della VI legislatura dell'Assemblea regionale P. Mattarella quale componente della Commissione finanze dell'ARS era stato l'artefice della riforma più rilevante degli governi della VI Legislatura, la legge che modificava l'ordinamento burocratico (n. 7 del 25 marzo 1971) che innovava profondamente la struttura amministrativa regionale sostituendo il tradizionale assetto piramidale e gerarchico con uno modulare, profilo questo che consentiva una maggiore funzionalità e assegnava maggiori responsabilità al personale ed, al contempo, consentendo di conseguire un risparmio per il bilancio regionale, in merito cfr. P. BASILE, *Le carte in regola: Piersanti Mattarella. Un democristiano diverso*, cit., 50.

⁴⁶ L'ordinamento regionale viene così collegato alle politiche di programmazione già da tempo avviate a livello nazionale sulle quali si veda M. CARRABBA, *Un ventennio di programmazione (1954-1974)*, Roma-Bari, 1977 e F. BONINI, *Storia costituzionale della Repubblica*, Roma, 1993, 84 e ss.

⁴⁷ Com'è stato osservato, l'introduzione del metodo della programmazione aveva, oltre al

l'istituzione dei consultori familiari (l.r. n.21 del 1978); la profonda revisione della disciplina degli appalti di lavori e la semplificazione delle procedure espropriative (l.r. n. 35 del 1978) che, nel recepire la prima normativa comunitaria in materia nell'ordinamento regionale, ne ha esteso l'ambito soggettivo di applicazione, con una notevole lungimiranza per quel tempo, agli "enti economici regionali e dagli stessi fatti osservare alle società costituite con partecipazione degli enti predetti" (art.9)⁴⁸.

E poi, in posizione di assoluta preminenza per l'impatto sul sistema regionale: la legge urbanistica (l.r. n. 71 del 1978)⁴⁹, proposta da Mario Fasino, che ridusse significativamente gli indici di edificabilità dei suoli incidendo su precisi interessi speculativi⁵⁰.

generale effetto di razionalizzare gli interventi e l'adozione di misure a sostegno dello sviluppo economico, consentendo un "obiettivo specifico di arginare abusi e favoritismi", precisazione che si raccoglie dalla deposizione dell'allora on. prof. S. Mattarella, riportata nella sentenza della Corte di Assise di Palermo, Sez. I, n. 9 del 1995 sull'omicidio di Piersanti Mattarella <http://archiviopioiatorre.camera.it/img-repo/DOCUMENTAZIONE/Pio%20La%20Torre/Aula%20Bunker/Dibattimento%20Primo%20Grado/Sentenza/Sentenza%20Primo%20Grado.pdf>.

⁴⁸ Sulla recessiva disciplina regionale degli appalti dispetto all'incedere della regolazione europea in materia sia consentito rinviare al mio lavoro *Gli appalti pubblici di servizi nella Regione siciliana*, in *Nuove Autonomie*, 2000, 269 e ss.

⁴⁹ Sulla quale si veda per tutti S. RAIMONDI, *I livelli di pianificazione territoriale in Sicilia*, in E. FERRARI, N. SAFFA, A. TIGANO, *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, Milano 2001, 351 e ss. ID., *La disciplina urbanistica nella regione siciliana, tra normativa regionale e normativa statale*, in *Nuove autonomie*, 2015, 53 e ss.;

L'art. 1 della legge regionale n. 71 del 27 dicembre 1978 prevede che, sino all'emanazione di una organica disciplina regionale, la legislazione statale e regionale in materia urbanistica si applica con le modifiche e le integrazioni della stessa legge regionale, che sono dirette anche al conseguimento delle seguenti finalità:

- a) potenziamento del ruolo delle comunità locali nella gestione del territorio;
- b) crescita della conoscenza del territorio in tutti i suoi aspetti fisici, storici, sociali ed economici, da realizzare anche mediante una opportuna attività promozionale della Regione;
- c) salvaguardia e valorizzazione del patrimonio naturale e dell'ambiente;
- d) piena e razionale utilizzazione delle risorse valorizzando e potenziando il patrimonio insediativo e infrastrutturale esistente, evitando immotivati usi del suolo".

⁵⁰ Come precisato dalla stessa sentenza della Corte d'Assise di Palermo, Sez.I, del 12 aprile 1995, n.9: "per capire l'importanza degli interessi in gioco, specialmente nella città di Palermo, si deve pensare che la legge fissò autoritativamente ed in contrasto col vigente piano regolatore generale, drastiche riduzioni sull'utilizzabilità delle aree urbane. Con quella legge, tra l'altro, si ridusse l'indice massimo di edificabilità da 21 mc/mq a 7 e si portò l'indice di edificabilità del "verde agricolo" da 0,20 mc/mq a 0,03. Infine, con apposito comma, si stabilì per legge per il Consiglio Comunale di Palermo il divieto di edificabilità delle aree di "verde agricolo" per fini privati, vietando che le stesse potessero essere oggetto di variante urbanistica, con la sola parziale eccezione (e per percentuali limitate) di edilizia economico-popolare. Per gli amministratori comunali di Palermo questa legge fu una sostanziale, drastica ed autoritativa riduzione della loro potestà discrezionale nell'uso del territorio.

È appena poi il caso di dire che, specialmente a Palermo, il settore dell'edilizia e dello sfruttamento delle aree edificabili erano già allora uno dei campi privilegiati della attività di Cosa Nostra, anzi esponenti mafiosi di primo piano erano a quell'epoca proprietari di notevolissimi estensioni di terreno suscettibili di sfruttamento edilizio: basti pensare ai Greco di Ciaculli e di Croce Verde-Giardini o ad Aiello Michelangelo, legato alle organizzazioni mafiose di Bagheria.", cit., 162.

Tra le altre riforme varate nei ventuno mesi di governo: il trasferimento di funzioni regionali ai comuni (l.r. n. 1 del 1979), primo intervento in controtendenza sull'imperante accentramento regionale⁵¹; il completamento dell'innovativa disciplina dei beni e delle norme in materia di attività culturali (l.r. n. 16 del 1979, sarà proprio il primo Governo Mattarella ad annoverare il primo assessore ai beni culturali); le disposizioni sul riordino degli enti pubblici economici (l.r. n. 212 del 1979) volte ad individuare formule organizzative omogenee ed a porre sotto controllo tali enti regionali⁵², divenuti una delle principali cause di erogazione indiscriminata di risorse finanziarie regionali; il riordino della disciplina della tutela della salute mentale (l.r. n. 215 del 1979).

Sino all'ultima legge promulgata da Mattarella, la l.r. 4 gennaio 1980, n. 1, intervento organico sulla pesca, uno dei settori strategici dell'economia isolana, che venne coordinato con la disciplina europea, la quale iniziava ad assumere progressivamente rilievo individuando misure di sostegno e, contestualmente, di tutela ambientale e della fauna.

4. *Il legato di un'esperienza tragicamente interrotta*

Mattarella ha condotto sino alla fine dei suoi giorni un impegno di correttezza ed innovazione amministrativa e di sperimentazione politica legato a doppio filo con la difesa dell'autonomia finanziaria della Sicilia.

Ne reca testimonianza la sua ultima intervista, pur se era già aperta la crisi governativa si ribadisce la chiara linea di confronto con lo Stato sul piano dell'autonomia finanziaria, senza alcuna remissione e con forte preoccupazione per i destini delle entrate: *“sui problemi immediati c'è un contenziioso con lo Stato. C'è e resta.....passi in avanti si sono avuti per la definizione delle norme finanziarie con il conse-*

In particolare si specifica che: *“risulta dalle testimonianze dell'on. Sergio Mattarella, dell'on. Leoluca Orlando, dell'on. Mario Fasino e della d.ssa Maria Grazia Trizzino (Capo di Gabinetto del Presidente assassinato), la legge urbanistica fu al centro di violentissimi contrasti sia all'esterno che all'interno dell'Assemblea Regionale e fu approvata solo grazie all'impegno incondizionato e al prestigio personale del Presidente della Regione, mentre l'on. Fasino, che in qualità di Assessore al Territorio aveva proposto il disegno di legge, non fu rieletto nelle successive elezioni regionali. Peraltro, proprio in relazione all'approvazione e alla promulgazione della legge urbanistica, il Presidente della Regione, secondo quanto ha dichiarato la Dott.ssa Trizzino, ricevette – a partire dal maggio 1979 – diverse lettere anonime con minacce di morte.”*, cit, 163.

⁵¹ Su tale disciplina M. IMMORDINO, F. TERESI, *La Regione Sicilia*, 1988, 165 e ss.

⁵² Le disposizioni della normativa in questione riguardano l'Ente di sviluppo agricolo-E.S.A., l'Istituto regionale della vite e del vino-IRVV, l'Azienda siciliana trasporti-AST, l'Istituto regionale per il credito alla cooperazione-IRCAC, la Cassa regionale per il credito alle imprese artigiane-CRIAS e l'Ente acquadotti siciliani-E.A.S. Enti che, nonostante le politiche di privatizzazione e di riduzione dell'intervento regionale in economia, sono ancora operativi, inverando quel fenomeno di *“non biodegradabilità”* degli apparati pubblici in Sicilia evidenziato da F. SALVIA *Autonomie speciali e altre forme di autonomia differenziata*, in *Diritto e società*, 2002, 451 e ss.

guente aumento delle entrate della Regione. Qualcosa si è mossa, pur se il clima generale resta tutt'altro che confortante”⁵³.

Occorre chiedersi cosa rimanga di quello che può esser considerato un elemento essenziale del testamento politico-amministrativo del Presidente Mattarella per un'autonomia regionale che, pur avendo superato i settanta anni⁵⁴, come da lui stesso precisato “rimane strumento idoneo al definitivo riscatto dell'Isola”⁵⁵.

Il livello del confronto finanziario con lo Stato dopo un lungo deterioramento, sino allo svilimento di quell'autonomia che lo Statuto ha voluto disegnare, giunto alla rinuncia delle risorse di spettanza regionale riconosciute dalle pronunce della stessa Corte costituzionale, appare oggi di fronte alla possibilità di una positiva conclusione a seguito dell'accordo tra il Ministro dell'Economia e le finanze ed il Presidente della Regione del 19 dicembre 2018⁵⁶.

La Regione siciliana è, infatti, rimasta l'unica Autonomia regionale speciale con la quale lo Stato non ha ancora stipulato un accordo generale di finanza pubblica che consenta l'adozione delle nuove norme di attuazione in materia finanziaria e tributaria⁵⁷, con evidenti effetti di erosione delle entrate e sottrazione di

⁵³ Così concludeva il Presidente P. Mattarella l'intervista rilasciata a G. PEPI il giorno prima e pubblicata dal «Giornale di Sicilia» (“I nodi sono molto grossi, le armi appaiono spuntate: spero di farcela, e presto”) proprio il 6 gennaio 1980, la stessa mattina di quel drammatico evento.

⁵⁴ Per una riflessione generale sull'autonomia siciliana si vedano le relazioni di G. Corso, S. Raimondi, G. Silvestri, nonché di A. Bellavista, A. Piraino, A. Saitta, L. Saltari, A. Sciortino, R. Ursi e la mia in Atti del Convegno *Settant'anni di autonomia siciliana*, tenutosi all'Università di Palermo il 14-16 maggio 2015, in G. ARMAO E M. SAJJA (a cura di), *Settant'anni di autonomia siciliana 1946-2016*, Soveria Mannelli, 2016 ed il contributo di D. IMMORDINO, *Tra evoluzione e normalizzazione: annualità e prospettive dell'autonomia speciale siciliana*, in F. PALERMO, S. PALORARI, *Il futuro della specialità regionale alla luce della riforma costituzionale*, Napoli, 2016, 265 e ss.

⁵⁵ Essa “costituiti [quindi] la risposta giusta, corretta, democratica alle domande drammatiche della Sicilia del dopoguerra e servì ad inalveare, secondo una corretta mediazione politica, la vocazione all'autogoverno della Sicilia dell'Ottocento e del primo Novecento” cfr. ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA, *Scritti e discorsi di Pier-santi Mattarella. Indirizzo di saluto al Presidente della Repubblica Sandro Pertini-9 Novembre 1979*, cit. 520.

⁵⁶ Per una disamina degli accordi sinora conclusi tra Regione e Stato si veda ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA, Note in materia di rapporti finanziari Stato, XVII Legislatura Documento 21 – Ottobre 2019, <https://www.ars.sicilia.it/sites/default/files/downloads/2019-10/Documento21%202019%20-%20Rapporti%20finanziari%20Stato%20-%20Regione.pdf>.

⁵⁷ Per una completa rassegna v. CAMERA DEI DEPUTATI, *Accordi in materia finanziaria tra lo Stato e le regioni a statuto speciale*, in https://temi.camera.it/leg18/post/accordi_in_materia_finanziaria_tra_lo_stato_e_le_regioni_a_statuto_speciale-1.html ed in dottrina R. DI MARIA, *Autonomia finanziaria e decentramento istituzionale. Principi costituzionali, strumenti e limiti*, Torino, 2013, F. GUELLA, *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale*, Napoli, 2014; G. RIVISECCHI, *Finanza delle autonomie speciali e vincoli di sistema*, in www.rivistaatc.it, 1/2016, M. BONI, *Accordi, intese, limiti alla spesa e tutela dei servizi essenziali: la Corte costituzionale traccia le buone pratiche finanziarie tra Stato e Autonomie*, in www.federalismi.it, 11/2016; G. D'AMICO, *La finanza delle Regioni speciali tra mancata attuazione degli statuti e accordi “riparatori”*, in *Regioni*, 1/2016, 140 e ss.; C. DRIGO, *Principio dell'accordo in materia finanziaria e leale collaborazione con le Regioni a statuto speciale*, in *Quad. cost.*, 4/2016; 881 e ss.; M. MICHETTI, *L'autonomia finanziaria delle regioni speciali tra prerogative statutarie e poteri legislativi statali*, in *Giur. cost.*, 2017, 2538 e ss.

risorse di spettanza regionale che si sommano alla gravissima crisi che attanaglia l'economia regionale, le difficoltà finanziarie dei Comuni, la desertificazione imprenditoriale che hanno raggiunto punti di non ritorno come l'emigrazione intellettuale e giovanile, trasformando la Sicilia nell'area più povera del Paese e, per di più, senza realistiche prospettive di recupero dei drammatici effetti della crisi.

Il messaggio di Mattarella, nonostante il tremendo colpo inferto all'esercizio di un'autonomia responsabile con l'interruzione di quella esperienza amministrativa, rimane ancora vivo, e la sua intuizione attuale più che mai: senza rivendicazione delle legittime pretese di una Sicilia rinnovata e con *"i conti e le carte in regola"* non ci può essere futuro, ma solo miseria. E la miseria ed il degrado costituiscono il terreno sul quale alligna la sottocultura mafiosa che quell'esperienza di governo ha voluto far tacere, mentre il pensiero che l'ispirò giunge oggi ancora vitale⁵⁸.

La difesa delle ragioni della Sicilia e della crescita economica divennero, nella visione politica di Mattarella, elemento essenziale per la lotta contro la mafia, costituendo il salto di qualità che ancora, purtroppo manca ad alcuni settori dell'Isola, ritrovando le ragioni culturali, storiche e politiche dell'autogoverno finalizzato a garantirne il riscatto ed il progresso economico-sociale.

Per un approfondimento specifico sulla Sicilia sia consentito rinviare al mio lavoro *La revisione delle relazioni finanziarie tra Regione siciliana e Stato nella nuova stagione del regionalismo*, in <http://italianpaperfederalism.issirfa.cnr.it/la-revisione-delle-relazioni-finanziarie-tra-regione-siciliana-e-stato-nella-nuova-stagione-del-regionalismo.html>

⁵⁸ Sempre P. Mattarella, di fronte all'Assemblea regionale siciliana, commemorando il Giudice Terranova ed il Maresciallo Mancuso all'indomani del loro eccidio, nell'ultimo discorso tenuto in Parlamento, affermava: *"nella capacità di identificare uno sviluppo e di proporre scelte coerenti di carattere produttivo che garantiscano una crescita economica, sociale e civile dell'Isola, c'è anche la risposta essenziale all'eliminazione delle ragioni di fondo del prosperare della mafia nella nostra Regione"*, ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA, *Scritti e discorsi di Piersanti Mattarella. Discussione delle mozioni e della interpellanza sullo stato dell'ordine pubblico in Sicilia e sulla lotta alla mafia-20 Novembre 1979*, cit., 531.

Abstract

Piersanti Mattarella, the administrative reforms
and southernism

by Gaetano Armao

The article reconstructs, forty years after the killing, the figure of Piersanti Mattarella, leading the regional budget from 1971 until 1978 and then President of the Sicilian Region until the tragic epilogue of the political-administrative experience. In particular, the reforms introduced in the Sicilian regional system starting from the accounting ones, to those of the administration and regional planning are examined.

Parole chiave: Piersanti Mattarella, riforme amministrative, meridionalismo

Keywords: Piersanti Mattarella, administrative reforms, southernism

Il processo di differenziazione regionale ex art. 116, terzo comma, della Costituzione: la natura delle funzioni e i vincoli costituzionali

di Rossana Caridà

SOMMARIO: 1. Notazioni introduttive. – 2. La questione delle funzioni che possono essere devolute e l'individuazione della relativa copertura finanziaria. – 3. La procedura in *itinere*. Qualche considerazione finale.

1. Notazioni introduttive

Nel tentativo di articolare alcune indicazioni intorno all'evoluzione del dibattito sul regionalismo differenziato, il punto di partenza non può che essere il dato enunciato dall'art.116, terzo comma, della Costituzione, il quale delinea le modalità per la richiesta politica di una maggiore autonomia. Il testo precisa che *ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia*, nelle materie di legislazione concorrente elencate al III comma dell'art. 117 Cost. e nelle tre materie di competenza legislativa esclusiva statale (organizzazione della giustizia di pace, norme generali sull'istruzione, tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la regione interessata¹.

¹ Per A. MORELLI, *Regionalismo differenziato e autonomia speciale: un quadro complesso*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 3, 2019, 9, sarebbe necessaria una attuazione-integrazione della disciplina costituzionale, al fine di evitare che si producano discriminazioni in base al colore politico del governo regionale interessato alla trattativa e dunque evitare che le stesse regole sulla procedura diventino oggetto di negoziazione politica. La fonte di attuazione dovrebbe essere una legge costituzionale, idonea a di vincolare sia i diversi atti del processo di differenziazione che la legge rinforzata di adozione dell'intesa. Sul punto cfr., altresì, M.G. RODOMONTE, *Il Parlamento che c'è e il Parlamento che dovrebbe esserci: riflessioni su autonomia differenziata e ruolo delle Camere*, in *Diritti regionali*, n. 1, 2020; M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *federalismi.it*, n. 6, 2019; B. CARAVITA, *Un doppio binario per l'approvazione del regionalismo differenziato?*, in *federalismi.it*, n. 13, 2019; C. IANNELLO, *La piena sovranità del Parlamento nella determinazione dei contenuti e dei limiti dell'autonomia differenziata*, in *Diritti regionali*, n. 3, 2019; ID., *Autonomie impossibili senza una legge*, in *ilmanifesto.it*, 17.02.2019; G. CHIARA, *Il regionalismo differenziato tra attese federaliste e rischi di eccessi*, in *forumcostituzionale.it*, 6 luglio 2019; V. PUPO, *Le problematiche relative alla legge di attribuzione dell'autonomia differenziata*, in *Atti del IV Convegno di studio della rivista Diritti regionali*, Università degli Studi di Torino, *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, in *paper*; A. PIRAINO, *Il Parlamento non può essere esautorato dall'autonomia regionale differenziata*, *ildomanditalia.eu*, 16 febbraio 2019; P. GIANGASPERO, *Ancora sul processo di differenziazione dell'autonomia regionale ordinaria: le prospettive di applicazioni dell'art. 116, comma 3, della Costituzione, tra principio negoziale, vincoli procedurali ed impatto sul sistema delle fonti del diritto*, in *Le Regioni*, n. 2, 2018, 163 ss.;

L'articolo 116, comma terzo, intende costruire un sistema basato su due pilastri fondamentali: da un lato, «il principio di differenziazione, che insieme a quello di adeguatezza e di sussidiarietà è sancito esplicitamente nella distribuzione delle funzioni (...); dall'altro, i valori unitari e gli strumenti per la loro tutela, i livelli essenziali, la perequazione e la solidarietà del sistema finanziario, i principi fondamentali nelle materie concorrenti, la leale collaborazione»².

I punti del dibattito sul regionalismo differenziato, avviato tra le stesse regioni in seno alla Conferenza delle regioni, sono stati sintetizzati nel documento del 18 ottobre 2018 ed indicati come essenziali, ovvero sia il ruolo propulsivo delle regioni nel processo di definizione del percorso procedurale di richiesta dell'autonomia; la piena attuazione dei principi di solidarietà economica e sociale,

A. NAPOLITANO, *Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata*, in *federalismi.it*, n. 21, 2018; S. NERI, *I nodi interpretativi e le possibili soluzioni organizzative per l'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*, in *Diritti regionali*, n. 2, 2018.

² L. VANDELLI, *Il regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2019, p. 575; ID., *Il regionalismo differenziato tra peculiarità territoriali e coesione nazionale*, in *astrid-online.it* – RASSEGNA, n. 11, 2018; E. GROSSO, A. POGGI, *Il regionalismo differenziato: potenzialità e aspetti problematici*, in *piemonteautonomie.cr.piemonte.it*, n. 2, 2018 p. 5, per i quali «le forme e le condizioni particolari di autonomia non esonerano la regione che le ha ottenute dall'obbligo di dare il suo contributo solidale alle altre regioni e alla Repubblica»; V. BALDINI, *Unità dello Stato e dinamiche delle autonomie territoriali*, in *federalismi.it*, n. 13, 2019; A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, in *federalismi.it*, n. 8, 2019; E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 Cost.: profili procedurali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2018; ID., *La tutela dei diritti sociali fra Europa, Stato e Autonomie locali. I rischi della differenziazione*, in *federalismi.it*, n. 5, 2018, 51; F. PASTORE, *Brevi considerazioni su unità e indivisibilità della Repubblica italiana*, in *dirittifondamentali.it*, 17 maggio 2019, 21; P. DI CARO, M. MANZO, M.T. MONTEDURO, *L'attuazione del federalismo tra autonomia e solidarietà*, in *La finanza pubblica italiana. Rapporto 2018*, a cura di G. ARACHI, M. BALDINI, Bologna, 2018, 159 ss.; M. ROMEO, *Regionalismo differenziato: in Calabria è stata approvata una risoluzione per promuovere un regionalismo "solidale"*, 19 marzo 2019, in *Diritti regionali*, n. 1, 2019; V. BALDINI, *Il regionalismo differenziato: un pericolo per l'unità dello Stato? Profili teorici e di diritto positivo*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2, 2019; L. RONCHETTI, *Unità e indivisibilità della Repubblica: la sovranità popolare e l'interdipendenza nel nome della Costituzione*, in *costituzionalismo.it*, n. 1, 2018; C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: una differenziazione solidale?*, in *federalismi.it*, n. 7, 2018; S. GAMBINO, *Regionalismo (differenziato) e diritti. Appunti a ri-lettura del novellato titolo V Cost., fra unità repubblicana, principio di eguaglianza ed esigenze autonomiche*, in *astrid-online.it* – RASSEGNA, n. 5, 2019; G. DEMURO, *La Repubblica delle autonomie, una e indivisibile*, in *federalismi.it*, n. 7, 2018; M. CAMELLI, *Regionalismo differenziato oggi: risultati incerti, rischi sicuri*, in *astrid-online.it* – RASSEGNA, n. 10, 2018; A. RUGGERI, *Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XV, Studi dell'anno 2011*, Torino, 2012, 187; L. CHIEFFI, *Disarticolazione del sistema delle autonomie e garanzia dei livelli essenziali*, in F. BETTINELLI – F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2004, 732. Di solidarietà di sistema, tra zone geopolitiche dello stesso Paese scrive L. VENTURA, *Unificazione ed unità nazionale*, in P. MORI (a cura di), *Unificazione politica ed unificazione giuridica. Atti della giornata di studio per le celebrazioni dei 150 anni dell'Unità d'Italia 15 marzo 2011*, Napoli, 2012, 14; ID., *L'irriducibile crisi della democrazia repubblicana*, in *Studi in onore di A. Loiodice*, Bari, 2012, 569 ss.

di dignità ed eguaglianza dei diritti civili e sociali (artt. 2, 3, 5, 117, 119 Cost.); la garanzia di una differenziazione efficiente e sostenibile che assicuri il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni, dando piena attuazione all'articolo 119 Cost. e all'art. 14 della legge n. 42/2009; il rafforzamento della leale collaborazione tra Governo, Parlamento e Regioni, attraverso la revisione e valorizzazione dei luoghi della concertazione istituzionale; la revisione della legge n. 56/2014 al fine di consentire alle Province e alle città metropolitane di svolgere le proprie funzioni fondamentali; il miglioramento del ruolo delle Regioni nella programmazione strategica dei fondi europei.

Sugli aspetti più strettamente legati all'autonomia, nel documento è espressamente indicato il necessario *finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni nelle Regioni con minore capacità fiscale nel rispetto del principio di solidarietà*, ovvero la garanzia di un sistema di redistribuzione interregionale delle risorse teso ad evitare un vigoroso divario economico fra le regioni, che mina irrimediabilmente non solo il principio di unitarietà e coesione sociale dello Stato, ma anche il concetto stesso di federalismo³.

La prima indicazione che emerge espressamente dal dato costituzionale è che non possono essere richieste e devolute intere materie. Come pure è stato osservato, la regione potrebbe «ottenere il governo di una politica pubblica senza subire i vincoli che attanagliano la sua autonomia legislativa» attraverso «l'introduzione di un regime particolare dell'autonomia legislativa, assistito e garantito da un forte accordo di collaborazione» basato «su leggi regionali a cui sia consentito di porre gli strumenti necessari – piani, programmi, uffici, incentivi e limitazioni, procedure e controlli, forse persino strumenti di diritto civile o adattamenti delle norme processuali»⁴.

Tuttavia, è necessario articolare la “quantità” e gli “strumenti” di e per la differenziazione. Ogni intesa dovrà precisare la porzione di materia spettante al centro ed alla regione ricevente. La sottrazione dell'intera materia allo Stato implica che il Parlamento su quella materia, ad esempio concorrente, non potrà adottare una legge quadro. L'art. 116, terzo comma, è stato definito «uno strumento di rifinitura della ordinaria disciplina in materia e di messa a punto di

³ *Dossier tecnico del CINSEDO* (Centro Studi Interregionale Studi e Documentazione), *Autonomia differenziata*, 1 novembre 2019, p. 12. Sul tema cfr. M. BELLETTI, *Costituzione Fiscale Multilivello*, in *federalismi.it*, n. 5, 2018,11; A. ZANARDI, *Le richieste di federalismo differenziato: una nota sui profili di finanza pubblica*, relazione al Convegno Astrid-Cranec, *Autonomie regionali: speciali e differenziazioni*, Roma, 27 giugno 2017, in *astrid-online.it*.

⁴ R. BIN, *Le materie nel dettato dell'articolo 116 Cost.*, in *forumcostituzionale.it*, 26 giugno 2019, 11, pone l'esempio della Basilicata in campo energetico alla quale viene impedito qualsiasi tentativo di legiferare per regolare il fenomeno e coordinarlo con le esigenze dell'ambiente, del turismo o della tutela del territorio. Tale esempio di politica potrebbe costituire oggetto di un'intesa con lo Stato, in modo da riconoscere *condizioni particolari* di autonomia legislativa regionale e *ulteriori forme* di gestione della politica in stretta collaborazione con lo Stato.

quote di decisione e di funzioni aggiuntive ritagliate su misura sulle specifiche esigenze di singole realtà regionali»⁵.

Tale clausola, proprio perché permette il trasferimento di quote di competenze legislative, consente un «vero e proprio adattamento alle esigenze specifiche del contesto e proprio per questo, in linea di principio, con effetti limitati ai due interlocutori istituzionali del processo, cioè alle parti della intesa»⁶; tale assunto «rende quantomeno dubbio che le intese possano fondare potestà legislative atipiche, non previste dalla Costituzione, o rimuovere limiti che la Carta fondamentale pone a tutela di imprescindibili esigenze unitarie»⁷.

Come è stato sostenuto, «dovrebbe semmai costituire preoccupazione comune allo Stato e alle Regioni quella di puntualmente definire quali principi fondamentali possano essere derogati e quali specifiche procedure amministrative attribuire alla regione interessata. Un diverso approccio, improntato alla generica identificazione di oggetti devoluti ad una «maggiore autonomia» per lo più indeterminata quanto a criteri e limiti di esercizio, condurrebbe (..) ad una paradossale eterogenesi dei fini»⁸; anche perché, Parlamento ed enti territoriali godranno sempre di spazi di autonomia ed eventuali sovrapposizioni di

⁵ M. CAMELLI, *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo: il regionalismo oltre l'art. 116.3 Cost.*, in *Astrid-on line RASSEGNA*, n. 10, 2019, 7; S. MANGIAMELI, *I problemi della differenziazione e della omogeneità nello Stato regionale*, in *ISSIRFA (Studi ed Interventi)*, febbraio 2019; I.A. NICOTRA, *Le Regioni tra uniformità e differenze: autonomia responsabile o egoismi dei territori?*, in *Diritti regionali*, n. 1, 2019.

⁶ M. CAMELLI, *op. loc. ult. cit.*, 12.

⁷ G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2019, p. 14, il quale, proprio insistendo sul fatto che il Parlamento si privi, almeno potenzialmente, di quote di potere legislativo in favore delle regioni richiedenti, sulla portata potenzialmente decostituzionalizzante della legge di esecuzione dell'intesa, sul carattere di fonte atipica e rinforzata della legge di cui all'art. 116, comma 3 (tale da resistere all'abrogazione da parte di leggi ordinarie successive), li indica come «fattori che depongono verso un coinvolgimento forte delle Camere» (p. 18); A. PIRAINO, *Regionalismo differenziato: attuazione o cambiamento costituzionale?*, in *Diritti regionali*, n. 2, 2019; A. LUCARELLI, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, entrambi in *DPER online*, n. 1, 2019, rispettivamente 2 ss. e 18 ss.; C. IANNELLO, *Regionalismo differenziato: disarticolazione dello Stato e lesione del principio di uguaglianza*, in *economiaepolitica.it*, 30.01.2019; V. NASTASI, *Il regionalismo differenziato e i problemi ermeneutici sorti in seguito alle recenti iniziative di attuazione dell'articolo 116, comma 3, della Costituzione*, in *forumcostituzionale.it*, 31 maggio 2018; A. MORELLI, *Le autonomie della Repubblica: c'è un ordine nel caos?*, in *Diritti regionali*, n. 2, 2018, 3; O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *www.dirittoestoria.it*, n. 15, 2017; S. MANGIAMELI, *L'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna* (novembre 2017), in *www.issirfa.cnr.it*.

⁸ R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2019, 7, per i quali «l'assenza di una univoca indicazione dei limiti statali derogabili da parte della Regione beneficiaria della clausola di differenziazione non offre alcuna garanzia circa la coerenza tra la pretesa di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia e le specifiche ragioni in forza delle quali siffatta pretesa si legittima sul piano dell'efficacia prima ancora dell'efficienza».

competenze, in rapporto alla pluralità degli interessi, non potranno che essere composte attraverso gli istituti di leale collaborazione (accordi, intese, forme di coordinamento).

Su punto, il Documento del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (DAGL) del 19 giugno 2019, ha posto dubbi di costituzionalità, dovendo essere dimostrati «gli interessi peculiari da soddisfare per ogni singola regione e che tendenzialmente non sembrano poter concretamente coincidere con tutte le materie»⁹.

Oltretutto, che si utilizzi il sostantivo di materia o politica pubblica, i termini della questione involgono sempre la questione del riparto competenziale, anche perché nel rapporto con il potere centrale esiste sempre un margine di intervento del livello superiore. Al livello politico-amministrativo si può distinguere la fase normativa da quella di programmazione, quella amministrativa da quella propriamente gestionale, fino a quella che concerne l'esercizio del potere sostitutivo.

Quindi, pur riconoscendo alle regioni richiedenti la devoluzione di queste materie “per intero” saranno inevitabili le interferenze con le altre materie di competenza statale e, all'interno della stessa materia, la necessità di diversamente articolare gli spazi di coordinamento e di gestione.

In ogni caso il trasferimento di parte di ambiti materiali non potrà che comportare, conseguentemente, la necessità di diversamente articolare gli apparati amministrativi al servizio della differenziazione/autonomia, posto che l'attuazione del procedimento di differenziazione reca la trasformazione dell'impianto organizzativo ed istituzionale del nostro sistema.

2. *La questione delle funzioni che possono essere devolute e l'individuazione della relativa copertura finanziaria*

Il finanziamento di “ulteriori forme di autonomia” potrebbe, in effetti, implicare diverse criticità sul piano della definizione dei rapporti tra regioni e Stato, sia per l'eventuale trasferimento di risorse (di personale ed economico-finanziarie), sia per le modalità di erogazione delle stesse.

L'art. 116, comma 3, della Costituzione riguarda primariamente le funzioni legislative, ma è evidente che la devoluzione di queste ultime, attraverso il processo di differenziazione regionale, potrebbe comportare una parallela distribuzione delle corrispondenti funzioni amministrative.

In generale, l'attribuzione di ulteriori funzioni (legislative e amministrative),

⁹ PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI GIURIDICI E LEGISLATIVI, *Appunto per il Presidente del Consiglio dei Ministri. Applicazione dell'articolo 116 terzo comma, della Costituzione – Schemi di intesa sulle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia nelle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna*, in *astrid-online.it*, 2.

infatti, può comportare il rischio che si accentuino le differenze territoriali tra le regioni, già piuttosto marcate, posto che dall'esercizio di (nuove) funzioni amministrative potrebbero derivare: una significativa differenziazione dei livelli e delle modalità di finanziamento e di conseguente erogazione dei servizi pubblici; un incremento, non prevedibile, dei costi di amministrazione.

Alcune regioni otterrebbero il decentramento di competenze che altrove continuerebbero ad essere gestite al livello centrale, con la conseguenza che dovrebbero crearsi nuove strutture amministrative nelle regioni con autonomia differenziata, continuando ad esistere le corrispondenti strutture centrali al servizio delle altre regioni¹⁰.

La considerazione della diversa realtà amministrativa a livello locale rende, poi, particolarmente importante il coinvolgimento degli enti minori nel procedimento di differenziazione previsto dall'art. 116, III comma, Cost. La formula costituzionale "sentiti gli enti locali" pone, infatti, la questione della partecipazione formale o informale dei soggetti rappresentativi di tali realtà (rispettivamente, ANCI per i comuni e UPI per le province), che, com'è noto, hanno una visuale privilegiata, preziosa anche per l'acquisizione di elementi utili a raggiungere un esito positivo dell'intero processo di differenziazione. Il ruolo degli enti locali non può essere trascurato, non solo per il riconoscimento costituzionale di cui essi godono, ma soprattutto perché ricadrà su di loro il peso dell'esercizio delle (nuove) funzioni differenziate¹¹.

Tali questioni sono state riprese dalla Corte dei conti, nel corso dell'*Audizione* tenuta davanti alla Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale su *Attuazione e prospettive del federalismo fiscale e sulle procedure in atto per la definizione delle intese ai sensi dell'articolo 116, III comma, della Costituzione*. Nel riprendere taluni significativi ambiti, definiti dalla giurisprudenza costituzionale nel rapporto tra garanzia dell'autonomia territoriale e la dimensione della garanzia dell'unitarietà dell'ordinamento statale, dal combinato disposto degli artt.

¹⁰ S. NERI, *Le ricadute organizzative al centro del regionalismo differenziato: quali raccordi istituzionali?*, in *forumcostituzionale.it*, 25 gennaio 2019; F. FURLAN, *Il regionalismo asimmetrico a pochi passi dalla meta: quali le questioni ancora aperte?*, in *forumcostituzionale.it*, 6 novembre 2018; B. CARAVITA, G.M. SALERNO, F. FABRIZZI, S. CALZOLAIO, F. GRANDI, "Mappe d'Italia": dove va la riorganizzazione territoriale? Prime osservazioni sul problema dello zoning amministrativo, in *federalismi.it*, n. 8, 2018, 11-12; B. CARAVITA, *Il regionalismo italiano tra crisi e efficienza della amministrazione*, *ivi*, n. 2, 2018.

¹¹ M. DE DONNO, P. MESSINA, *Regionalismo differenziato e ordinamento locale: le richieste di Emilia-Romagna, Veneto e Lombardia. Quale idea di autonomia regionale?*, A. M. RUSSO, *Il regionalismo italiano nel vortice autonomistico della differenziazione: l'asimmetria sperimentale tra integrazione e conflitti*, entrambi in *Istituzioni del federalismo*, 2018, rispettivamente 471 ss. e 365 ss.; G. COCOZZA, *Profili di attuazione dell'autonomia differenziata e modelli di amministrazione locale*, in *www.amministrativamente.com*, n. 9-10, 2018; O. CARAMASCHI, *Dalla specialità regionale alla differenziazione ex art. 116, terzo comma, Cost.: verso un sistema regionale asimmetrico?*; T. CERRUTI, *Regioni speciali e differenziate: verso una convergenza?*, entrambi in *Diritti regionali*, n. 2, 2019.

117, primo comma, e 97 Cost. (come modificati dalla legge cost. n. 1/2012) emerge un interesse-valore costituzionale che si identifica nella tutela dell'unità economica della Repubblica che, secondo la stessa Corte costituzionale (sent. n. 39/2014), giustifica tanto un governo unitario della finanza pubblica quanto i controlli esterni sugli enti territoriali diretti ad evitare danni irreparabili all'equilibrio di bilancio.

Un altro aspetto è quello dell'armonizzazione contabile, materia di competenza esclusiva statale «che non può subire deroghe territoriali, neppure all'interno delle autonomie speciali costituzionalmente garantite, in quanto strumentale a garantire che lo Stato stesso, attraverso informazioni rese in maniera uniforme, possa garantire il coordinamento della finanza pubblica e gli equilibri del bilancio» (Corte cost., sent. n. 80/2017); ed ancora, anche in virtù del coordinamento della finanza pubblica, sono stati rafforzati i controlli della Corte dei conti sugli enti territoriali (art.1, comma 1, d.l. n. 174 del 2012), trattandosi di un principio che può trovare concreta attuazione solo in presenza di una disciplina contabile unitaria (sentt. nn. 70/2012 e 40/2014); e, sempre secondo la Corte costituzionale, la tutela dell'unità economica della Repubblica giustifica un governo unitario della finanza pubblica e controlli esterni sugli enti territoriali (sent. n. 39/2014) al fine di evitare tensioni sugli equilibri di bilancio.

Secondo la Corte dei conti «il conferimento di maggiori livelli di autonomia amplia la necessità che gli amministratori diano conto di come questi poteri e le correlate risorse siano utilizzati e dei risultati conseguiti»; conseguentemente, la richiesta di autonomia differenziata necessita, quale corollario, dell'adozione di idonei strumenti di monitoraggio e di rendicontazione (p. 12 dell'*Audizione* cit.).

Quanto poi al costo delle funzioni amministrative, secondo la Corte dei conti non possono, trascurarsi, nelle attuali condizioni della finanza pubblica, le difficoltà (e gli oneri) che possono derivare dalla riorganizzazione necessaria per il passaggio alle regioni richiedenti di materie oggi gestite a livello centrale e dalla determinazione delle somme impegnate per tali finalità nel bilancio dello Stato¹²: «al di là della formula di stile dell'invarianza della spesa, è di tutta evidenza che si tratta di una ristrutturazione organizzativa ad ampio raggio che, per avere il successo sperato, comporterà una reingegnerizzazione amministrativa di non poco momento. Ciò richiede un notevole impegno anche sul versante della spesa, pur se non di immediata percezione sotto il profilo finanziario, che dovrebbe essere

¹² C. BUZZACCHI, *LEA, costi, fabbisogni e copertura finanziaria: le categorie di riferimento per la finanza regionale presente e in corso di differenziazione*, in *dirittiregionali.it*, n. 3, 2019; R. CALVANO, *Editoriale. Una crisi gattopardesca non allontana le prospettive dell'autonomia differenziata: i rischi in materia di istruzione*, in *Diritti regionali*, n. 3, 2019; N. CARTABELLOTTA, *Così il regionalismo differenziato mette a rischio l'universalismo del SSN*, in *isole24ore.com*, 28 settembre 2018; G. FARES, *Regionalismo differenziato, analisi delle funzioni ed equilibri di sistema: le possibili ricadute sull'ordinamento farmaceutico*, in *Diritti regionali*, n.1, 2020.

oggetto di una preventiva analisi costi-benefici. In ogni caso è necessario che sia previsto un adeguato sistema di monitoraggio/rendicontazione che garantisca in modo oggettivo la trasparenza delle attività svolte e dei risultati conseguiti».

Inoltre, poiché il regionalismo differenziato involge il tema della revisione dell'organizzazione centrale, è necessario considerare tutte le possibili combinazioni del diverso riparto di funzioni sia tra Stato cedente e regione richiedente, secondo una visione globale che prefiguri le possibili conseguenze e ricadute sul sistema istituzionale, sotto il profilo finanziario e funzionale, sia in correlazione ad un rinnovato riassetto amministrativo al livello periferico ed alla necessità di riallocazione delle funzioni amministrative in ossequio ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

Il regionalismo differenziato avrebbe ripercussioni sulla riorganizzazione amministrativa al livello centrale; e questo implicherebbe lo snellimento dell'apparato ministeriale in conseguenza del trasferimento delle funzioni legislative dallo Stato alle regioni, con il potenziamento necessario del Dipartimento per gli affari regionali; le regioni differenziate, acquisita la maggiore autonomia legislativa, dovranno essere riorganizzate sotto il profilo delle nuove competenze amministrative.

Ai fini della realizzazione del regionalismo differenziato, nel rispetto, tra gli altri, dell'art. 119 Cost., le regioni devono poter sostenere il costo delle nuove funzioni acquisite, e quindi osservare i principi di correlazione tra costi/risorse e funzioni amministrative per ciascun livello di governo e quello della necessaria autonomia tra entrate e spese.

Le regioni, pertanto, nel riorganizzare e differenziare i modelli organizzativi, dovranno prendere in considerazione il livello di area vasta, valorizzando il ruolo strategico delle Città metropolitane e delle Province; ridefinire gli ambiti ottimali per l'esercizio delle "nuove" funzioni, anche da parte dei Comuni e delle loro forme associative (le convenzioni, le unioni e le fusioni); implementare modelli organizzativi già disciplinati ma non adeguatamente utilizzati (l'esercizio associato delle funzioni), prevedendo, ad esempio, «forme di premialità che possono consistere nell'attribuzione di maggiori risorse o forme di agevolazioni e incentivi ai Comuni che decidono di cooperare; introdurre nuovi modelli organizzativi, attraverso la previsione di propri enti e agenzie strumentali, evitando però duplicazioni di competenze»¹⁵.

In questa direzione potrebbe essere affrontata in via definitiva, andando

¹⁵ G. MARCHETTI, *Il regionalismo differenziato e le ricadute sugli enti locali*, in AA.VV., *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, Atti del convegno "Regionalismo differenziato: opportunità e criticità", Milano, 8 ottobre 2019, in *csfederalismo.it*, 85; A. MORELLI, *Editoriale – Ascese e declini del regionalismo italiano. Quali prospettive dopo i referendum di Lombardia e Veneto?*, in *Le Regioni*, n. 3, 2017, 326; A. RUGGERI, *Editoriale. Attuazione dell'art. 116, III c., Cost. e prospettive della specialità regionale*, in *Diritti regionali*, n. 1, 2020.

oltre il dibattito sul regionalismo differenziato ed attraverso il necessario coinvolgimento delle regioni (anche per il tramite degli organismi istituzionali di mediazione), la questione della attuazione della legge n. 56/2014 e del testo unico degli enti locali alla luce della competenza regionale in materia di ordinamento locale, ferma restando la competenza del legislatore statale nella revisione o conferma dei profili ordinamentali degli enti locali e l'assetto delle funzioni fondamentali, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *p*), Cost.¹⁴.

In particolare, il Parlamento, a maggior ragione se venisse realizzato il regionalismo differenziato, «sarà chiamato ad ampliare e precisare le funzioni fondamentali delle Province e a ridare ad esse una piena autonomia organizzativa e finanziaria», prevedendo un finanziamento delle funzioni provinciali attraverso entrate tributarie proprie, compartecipazioni a tributi erariali e un fondo perequativo; le province «dovrebbero tornare a essere il livello di governo ottimale di collegamento tra Comune e Regione e l'ente intermedio da privilegiare per l'esercizio delle funzioni fondamentali di area vasta, in capo alle quali attribuire le funzioni attualmente svolte dagli ATO o da altri organismi intermedi», in un contesto di potenziamento dell'esercizio associato delle funzioni dei comuni (attraverso le unioni, le fusioni, le convenzioni tra gli stessi)¹⁵.

In relazione al coordinamento al livello governativo, è stato rilevato come il riconoscimento dell'autonomia differenziata non debba rappresentare solo una decisione tra Stato e regione richiedente, dovendo coinvolgere anche i rappresentanti regionali e locali, avvalendosi, sul punto, del ruolo di mediazione della Conferenza Unificata, «così da poter realizzare proprio in quella sede una sintesi tra le istanze autonomistiche e le esigenze di unità e di solidarietà che la differenziazione potrebbe mettere in crisi». Ciò perché «l'autonomia differenziata può essere un diritto per le Regioni virtuose, ma nel rispetto anche di tutti i principi costituzionali fondamentali, non ultimo quello della solidarietà, che proprio in sede di Conferenza Unificata potrebbe essere meglio garantito»¹⁶.

¹⁴ Come evidenzia G. MARCHETTI, *op. ult. cit.*, pp. 85-86, l'attuazione del regionalismo differenziato potrebbe costituire un'opportunità per la definizione di un sistema regionale delle autonomie locali. In tale sistema, lo Stato esercita la potestà esclusiva sulla legislazione elettorale, sugli organi di governo, sulle funzioni fondamentali degli enti locali (art. 117, comma 2, lett. *p*), Cost.; alla regione il resto della disciplina dell'ordinamento degli enti locali. Come ricorda l'A., tale riparto di competenze è stato accentrato, anche con l'avallo da parte della Corte costituzionale, la quale in un primo momento aveva definito le Comunità montane e le unioni di Comuni come *altri* enti locali non coperti da garanzia costituzionale, da ricondurre, pertanto, nella potestà legislativa residuale delle regioni (sentt. nn. 456/2005, 397/2006, 237/2009); successivamente, ha ascrivito le unioni ed alcuni profili relativi alle fusioni alla competenza esclusiva statale (sentt. nn. 44/2014, 50/2015).

¹⁵ G. MARCHETTI, *op. loc. ult. cit.*, 87.

¹⁶ E. CAELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 Cost.*, cit., 12; per G. FALCON, *Editoriale – Le piste possibili del regionalismo, dopo il referendum costituzionale*, in *Le Regioni*, 2016, 782, le regioni potrebbero contrattare «con lo Stato una legge speciale addossandosi

Alla riduzione degli apparati statali, in seguito al processo di attribuzione delle funzioni in favore di regioni ed enti locali, dovrebbe corrispondere lo snellimento e la razionalizzazione della presenza dello Stato sul territorio. Non essendo ipotizzabile una analisi circa la riorganizzazione delle articolazioni dello Stato sul territorio, al fine di doversi comunque escludere la duplicazione di uffici, la dottrina ha richiamato il ruolo della Conferenza permanente a livello regionale e la istituzione della figura organizzatoria della Conferenza provinciale permanente quali sedi per assicurare l'esercizio coordinato dell'attività amministrativa degli uffici periferici dello Stato e per garantire la leale collaborazione tra gli uffici e le autonomie locali¹⁷.

Sotto il profilo propriamente procedurale, la necessità del coinvolgimento degli enti locali è prescritta direttamente nell'art. 116. La formula costituzionale «sentiti gli enti locali» prescrive comunque la partecipazione degli enti locali, le cui rappresentanze (ANCI per i comuni e UPI¹⁸ per le province) potrebbero apportare un contributo utile ai fini dell'esito definitivo del processo.

Oltretutto, è sul versante dell'amministrazione che si rinviene il carattere propriamente autonomistico e decentrato del nostro sistema politico-amministrativo.

Come è stato evidenziato, il «sentiti gli enti locali», da riferirsi allo Stato ed alla regione richiedente, consentirebbe agli stessi «di prendere parte alle trattative con lo Stato e la Regione, in modo da poter essere consultati in un momento procedimentale più avanzato e sulla base delle osservazioni che lo stesso Stato ha espresso dopo la proposta regionale», consentendo «agli stessi enti locali una garanzia maggiore soprattutto nei confronti delle Regioni in vista del rispetto dell'articolo 118 sul riparto delle funzioni amministrative»¹⁹.

Nel Documento ANCI-UIP, *Il punto di vista delle autonomie locali sul regionalismo*

maggiori compiti. La riforma limitava questa possibilità alle Regioni che fossero in «condizione di equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio». Trattandosi di raggiungere un'intesa, lo Stato potrà comunque far valere questa condizione come premessa per una gestione efficiente dei maggiori poteri. All'occorrenza potrebbe essere raggiunta un'intesa in sede in Conferenza Stato-Regioni o Unificata sulle condizioni generali di accesso all'attuazione dell'art. 116».

¹⁷ S. NERI, *Le ricadute organizzative al centro del regionalismo differenziato: quali raccordi istituzionali?*, in *forumcostituzionale.it*, 25 gennaio 2019, 7-9, a proposito dell'applicazione dell'articolo 11 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.

¹⁸ *Il punto di vista delle Province: "Autonomia finanziaria delle istituzioni della Repubblica e attuazione dell'art. 116, comma 3, della Costituzione"*, Documento UPI, Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, Roma 28 marzo 2019.

¹⁹ S. NERI, *I nodi interpretativi e le possibili soluzioni organizzative per l'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*, cit., 12-13; F. FURLAN, *Il regionalismo asimmetrico a pochi passi dalla meta: quali le questioni ancora aperte?*, cit., 6-7, ritiene che la consultazione ufficiale degli enti locali tramite il CAL debba avvenire ad intesa raggiunta, poiché la versione iniziale potrebbe essere diversa quella definitiva e che i testi delle pre-intese possano essere oggetto di confronto con le relative rappresentanze.

differenziato. Le prospettive di attuazione dell'art. 116, comma 3, della Costituzione, sono stati richiamati la necessità che la regione coinvolga i livelli di governo locale «con l'obiettivo di un rafforzamento istituzionale di tutte le autonomie territoriali» nel rispetto del principio di sussidiarietà, «con conseguente piena valorizzazione del ruolo dei Comuni, delle Province e delle Città Metropolitane nella titolarità e nell'esercizio delle funzioni amministrative a livello territoriale», motivando che, diversamente, «il regionalismo differenziato finirebbe col tradursi in un potenziato accentramento regionale, con una ipertrofia amministrativa che porta alla crescita dell'amministrazione regionale diretta o di quella indiretta caratterizzata da enti/agenzie strumentali, tale da negare non solo il ruolo proprio della Regione, ma ancor prima gli stessi principi costituzionali»²⁰.

Nella prospettiva della necessaria trasformazione dei rapporti tra il potere centrale e le autonomie territoriali²¹, è stata auspicata nel Documento l'istituzione, nell'ambito della Conferenza unificata, di «una autorevole ed efficace *Cabina di regia* che coinvolga tutte le istituzioni della Repubblica, l'ANCI e l'UPI, con il compito di verificare e monitorare in modo puntuale le iniziative, le intese e l'iter delle leggi relative all'attuazione dell'articolo 116, comma 3, della Costituzione», servente il ruolo permanente, per il seguito, «relativamente al monitoraggio e alla verifica delle esperienze che andranno concretizzandosi nelle differenti realtà regionali»²².

Le funzioni e le competenze trasferite, anche durante la fase del trasferimento, non possono avvenire soltanto con l'accordo tra lo Stato e la regione richiedente, anche per via delle prassi amministrative, potenzialmente diverse non solo tra ambiti regionali limitrofi ma anche all'interno della stessa regione.

Ad ogni modo, il coinvolgimento degli enti territoriali è fondamentale perché saranno gli stessi a dover concretamente realizzare la nuova redistribuzione delle competenze al livello amministrativo.

Il coinvolgimento degli enti locali, giustificato dal loro ruolo costituzionale, risulta in realtà indefettibile, perché proprio alla luce del principio di sussidiarietà è sull'esercizio delle (nuove ma non definite) funzioni amministrative alla base del procedimento che si reggerà il nuovo regionalismo; oltretutto, poiché la differenziazione riguarderebbe ambiti materiali particolarmente estesi, potrebbero essere coinvolte le autonomie funzionali, le categorie economiche e le forze sindacali, gli enti di ricerca, persino gli enti maggiormente rappresentativi del

²⁰ In *astrid-online.it*, 5 luglio 2018, 2.

²¹ Seppure in relazione agli articoli 132 e 133 Cost., con riferimento al principio di partecipazione delle comunità locali a talune fondamentali decisioni che le riguardano, la Costituzione «nell'attribuire spiccato rilievo costituzionale all'autonomia degli enti locali territoriali, riconosce per ciò stesso la particolare importanza che in tale quadro riveste il principio di autodeterminazione delle popolazioni locali per quel che riguarda il loro assetto istituzionale».

²² Documento ANCI-UPI, *Il punto di vista delle autonomie locali sul regionalismo differenziato*, cit., 3.

Terzo settore che, mai come in questo momento storico, ha assunto un ruolo di protagonista nella erogazione di servizi di pubblica utilità e sta riorganizzando il proprio ruolo elemento chiave della sussidiarietà orizzontale, anche alla luce dei più recenti interventi normativi.

Le funzioni amministrative rilevano anche nell'ambito del processo di integrazione europea²³, poiché, sia nella fase discendente relativa alla attuazione delle decisioni eurounitarie e sia in quella della accessibilità alle risorse economico-finanziarie al livello europeo, sono gli enti territoriali i principali destinatari ed a vario titolo coinvolti²⁴.

²³ M. VELLANO, *Le implicazioni dell'attuazione dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione per quanto riguarda i rapporti internazionali e con l'Unione europea delle regioni Lombardia, Emilia-Romagna e Piemonte*, in AA.VV., *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, cit., pp. 80-81, evidenzia che, per quel che concerne i rapporti con l'Unione europea, occorre considerare i limiti derivanti dall'attuale formulazione dei Trattati che, nonostante le successive modifiche, continuano a preferire i rapporti con gli Stati membri rispetto a quelli con gli altri enti territoriali. L'A. ritiene, inoltre, maggiormente utile «accrescere ed implementare pienamente la capacità di azione delle Regioni, (...)», sulla base del quadro normativo vigente», ponendo, quali obiettivi da raggiungere, l'adeguamento dell'ordinamento regionale a quello dell'Unione europea sulla base delle previsioni normative della l. n. 234/2012 e, sul piano legislativo ed amministrativo, l'elaborazione e la realizzazione della politica per la macroregione alpina (Piemonte, Lombardia e Veneto) e per la macroregione adriatica-ionica (Veneto e Emilia-Romagna).

²⁴ Per F. PASTORE, *La crisi del modello duale di regionalismo in Italia*, in *federalismi.it*, n. 7, 2018, 297, «sempre più crescente è il rilievo assunto in ogni settore dell'ordinamento nazionale dalle fonti comunitarie, che sono spesso di immediata applicazione, prevalgono sulle fonti legali dell'ordinamento nazionale, si presentano sempre più dettagliate e cogenti». La limitazione dello spazio della legislazione regionale in materie sempre più sottoposte ad atti normativi europei o statali «sono spesso frutto di competenze normative a carattere trasversale e quindi sono idonee ad incidere anche in materie astrattamente di competenza legislativa regionale».

La *Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni*, COM(2017) 250 final, Bruxelles, 26.4.2017, per l'*Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali*, stabilisce «una serie di principi e diritti fondamentali per sostenere mercati del lavoro e sistemi di protezione sociale equi e ben funzionanti. Tali principi e diritti definiscono congiuntamente un programma ambizioso per migliorare le prestazioni delle economie e l'equità e la resilienza delle società. L'obiettivo è generare un nuovo processo di convergenza verso migliori condizioni di vita e di lavoro in Europa. In tale contesto il pilastro europeo dei diritti sociali mira a offrire ai cittadini diritti nuovi e più efficaci, affrontando le sfide sociali emergenti e i mutamenti nel mondo del lavoro, in particolare alla luce delle nuove forme di occupazione derivanti dagli sviluppi tecnologici e dalla rivoluzione digitale. Questi principi e diritti interessano le aree dell'occupazione, della protezione sociale, dell'inclusione sociale, dell'istruzione e delle pari opportunità» (*Documento di lavoro dei servizi della Commissione*, SWD(2017) 201 final, Bruxelles, 26.4.2017). Si tratta di prestazioni comprese nelle funzioni e nelle responsabilità anche delle amministrazioni locali (il dialogo sociale, l'assistenza all'infanzia, la protezione sociale, l'inclusione delle persone con disabilità, l'accesso ai servizi essenziali) e, come viene espressamente indicato nella Comunicazione, «da maggior parte degli strumenti necessari per realizzare il pilastro dei diritti sociali è nelle mani delle autorità locali, regionali e nazionali» e che «l'azione a livello dell'ue dovrà essere sostenuta e seguita a tutti i livelli di responsabilità».

Il regionalismo differenziato pretende pure opportune riflessioni anche sulla tenuta del sistema economico-finanziario²⁵ in correlazione ai livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. Sulla base dell'art. 119 Cost. richiamato dall'art. 116 Cost., i meccanismi finanziari dell'autonomia differenziata devono essere proporzionati alle esigenze connesse all'esercizio delle nuove competenze e devono consentire il concorso delle regioni ad autonomia differenziata nel raggiungimento degli obiettivi complessivi di finanza pubblica e di perequazione interterritoriale, non potendo costituire «un espediente per consentire alle Regioni “ricche” di sottrarsi al dovere costituzionale di solidarietà verso le aree economicamente più deboli del Paese»²⁶.

Nel Documento ANCI-UIPI, si evidenzia come la tutela dell'unità giuridica ed economica della Repubblica e quella dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale²⁷, «rappresentano il perno intorno al quale deve ruotare tutto il ragionamento sull'attuazione dell'art. 116, c. 3» e che «una significativa attuazione dell'art. 116, co. 3, della Costituzione non può essere disgiunta dal riconsiderare e riquilibrare il ruolo stesso della legislazione e dell'amministrazione statale, per fare in modo che lo Stato si concentri nelle sue funzioni di garanzia dei servizi essenziali e dell'unità giuridica ed economica del Paese e riordini la sua amministrazione con l'obiettivo di avvicinare la gestione dei servizi ai cittadini e ai territori, evitando la sovrapposizione degli apparati statali con quelli regionali e locali»²⁸.

Come è stato di recente affermato, la sfida del regionalismo è quella di differenziare i territori senza discriminare le persone, non potendo essere considerato neutrale rispetto alla tutela dei diritti, o peggio, in termini di limitazione dell'accesso alle relative prestazioni. Poiché spetta al legislatore statale la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni (art. 117, comma 2, lett. *m*) Cost.) ed alle regioni erogare le relative prestazioni, «appare evidente che il rispetto del dettato

²⁵ A. ZANARDI, *Le richieste di federalismo differenziato: una nota sui profili di finanza pubblica*, relazione al Convegno Astrid-Cranec, *Autonomie regionali: speciali e differenziazioni*, cit.; sul tema delle risorse finanziarie, cfr. da ultimo, il documento *Appunto per il Presidente del Consiglio dei Ministri*, Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, 19 giugno 2019.

²⁶ C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: una differenziazione solidale?*, in *federalismi.it*, n. 7, 2018., 332, che ritiene questa «da parte più complessa dell'intero disegno dell'autonomia differenziata, per attuare la quale è necessario il massimo di condivisione e collaborazione da parte di tutti gli attori istituzionali»; E. GROSSO, A. POGGI, *Il regionalismo differenziato: potenzialità e aspetti problematici*, in *piemonteautonomie.cr.piemonte.it*, p. 5, per i quali «le forme e le condizioni particolari di autonomia non esonerano la regione che le ha ottenute dall'obbligo di dare il suo contributo solidale alle altre regioni e alla Repubblica».

²⁷ G. D'AMICO, *Regionalismo differenziato, sistema finanziario e specialità regionale*, in *dirittiregionali.it*, n. 1, 2020, 315 ss.

²⁸ Documento ANCI-UIPI, *Il punto di vista delle autonomie locali sul regionalismo differenziato*, cit., 3.

costituzionale è condizionato non solo dalla capacità (in termini di efficienza ed efficacia) della singola regione di erogare tali servizi ma anche, anzi soprattutto, dalla garanzia del pari accesso ad essi su tutto il territorio nazionale (..). Da qui la necessità di distinguere, da un lato, l'esigenza che le regioni adottino livelli organizzativi adeguati e proporzionati alle proprie realtà territoriali; dall'altro «è indispensabile garantire che la declinazione territoriale della disposizione costituzionale sui Leps, scritta per assicurare un'uniformità quantitativa e qualitativa delle prestazioni su tutto il territorio nazionale, non generi ulteriori disegualianze (invece di ridurle)»²⁹.

La differenziazione, quindi, può servire a recuperare ambiti di politiche adeguate e proporzionate alla specificità dei territori; ma non può spingersi fino al punto di divenire disequilibrio e discriminazione tra individui.

Per espressa previsione costituzionale, lo Stato ha potestà legislativa esclusiva, tra le altre, nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117, comma 2, lett. *m*); e sempre lo Stato, ai sensi dell'art. 120, può esercitare il potere sostitutivo. È infatti previsto che il Governo possa sostituirsi ad organi delle regioni, delle città metropolitane, delle province e dei comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria, oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali.

La stessa Corte costituzionale, in materia di livelli essenziali delle prestazioni, ha precisato che «non si tratta di una “materia” in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle» (sent. n. 282/2002); ed ancora, «questo titolo di legittimazione dell'intervento statale è invocabile “in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione” (..), nonché “quando la normativa al riguardo fissi, appunto, livelli di prestazioni da assicurare ai fruitori dei vari servizi” (..), attribuendo “al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto» (sentt. nn. 207/2012, 111/2014).

Quindi, sia il legislatore che la giurisprudenza costituzionale riconoscono

²⁹ A. PAPA, *Regionalismo differenziato e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso paradigmatico della tutela del diritto alla salute*, in AA.VV., *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, cit., 63.

espressamente la necessità della normativa ordinaria, come unica abilitata a definire e regolamentare i livelli essenziali delle prestazioni a garanzia dei diritti civili e sociali. Si tratta di diritti incompressibili ed in quanto tali vanno definiti, garantiti, devono essere esigibili, periodicamente aggiornati e sottoposti ad interventi di verifica e monitoraggio. Diversamente, è forte il rischio di un regionalismo differenziato fonte di disparità inique³⁰.

Il regionalismo asimmetrico in nome dell'autonomia pretende, a garanzia del principio di uguaglianza, che vengano preventivamente fissati i livelli essenziali delle prestazioni, ferma restando l'autonomia dei quegli enti che siano in grado di sostenere prestazioni aggiuntive³¹.

3. *La procedura in itinere. Qualche considerazione finale*

L'ultimo provvedimento³² per la regolamentazione del processo di differenziazione risulta la bozza di legge-quadro³³, composta da tre articoli, recante i *Principi per l'attribuzione alle Regioni di forme e condizioni particolari di autonomia, ai sensi dell'articolo 116 terzo comma della Costituzione* (art. 1), *Modalità definizione dei LEP e degli obiettivi di servizio* (art. 2), *Perequazione infrastrutturale* (art. 3)³⁴.

Tale disegno di legge, nel delineare le modalità procedurali per l'attuazione

³⁰ E. CA TELANI, *La tutela dei diritti sociali fra Europa, Stato e Autonomie locali. I rischi della differenziazione*, in *federalismi.it*, n. 5, 2018; E. DI CARPEGNA BRIVIO, *L'applicazione del regionalismo differenziato per la sperimentazione delle politiche pubbliche*, in *dirittiregionali.it*, n. 3, 2019; A.M. CITRIGNO, *La dimensione regionale dei diritti sociali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 2020.

³¹ Per M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m della Costituzione)*, in *Pol. dir.*, n. 3, 2002, 351, «quel che conta, in definitiva, è la garanzia del riconoscimento di alcune – essenziali – condizioni eguali del godimento dei diritti su tutto il territorio nazionale, ferma restando la possibilità di una differenziazione al di là della soglia stabilita dal legislatore statale». Cfr. A. POGGI, *Editoriale. Qualche riflessione sparsa sul regionalismo differenziato*, in *Diritti regionali*, n. 2, 2019; E. CARLONI, *A prologue to farce or tragedy. Perhaps both. Considerazioni sul regionalismo differenziato e la sua attuazione*, in *astrid-online.it* – RASSEGNA, n. 4, 2019.

³² La Nota di aggiornamento al DEF 2020 – 2022 (30 settembre 2019), prevedeva, come collegato, il *Ddl recante interventi per favorire l'autonomia differenziata ai sensi dell'articolo 116 comma 3 della Costituzione attraverso l'eliminazione delle disuguaglianze economiche e sociali nonché l'implementazione delle forme di raccordo tra amministrazioni centrali e regioni, anche al fine della riduzione del contenzioso costituzionale*.

³³ Presidenza del Consiglio dei Ministri, DAGL 0012238P, 3.12.2019.

³⁴ L.A. MAZZAROLLI, *Considerazioni a prima vista di diritto costituzionale sulla «bozza di legge-quadro» consegnata dal Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie del Governo Conte II, Francesco Boccia, ai Presidenti Zaia, Fontana e Bonaccini, in materia di articolo 116, co. 3, Cost.*, in *federalismi.it*, n. 21, 2019, 11, annota che «se quell'unica fonte cui si riferisce l'art. 116, co. 3, Cost., va approvata “sulla base” di Intese e cioè con una procedura concordata, allora, e una volta di più, “principi” calati dall'alto (... il che pure è già di per sé una contraddizione in termini trattando, appunto, di una procedura concordata) sono per loro stessa natura costituzionalmente illegittimi».

dell'art. 116, comma 3, Cost., precisa che le Intese tra lo Stato e le Regioni³⁵ si conformino, tra gli altri, ai seguenti obiettivi e modalità di attuazione: a) compatibilità, nelle materie oggetto di attribuzione, dei livelli essenziali delle prestazioni o degli obiettivi di servizio uniformi su tutto il territorio nazionale e dei fabbisogni *standard*; c) previsione nelle materie oggetto di attribuzione, del rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, oltre che con riferimento al principio solidaristico che connota il sistema degli enti locali³⁶.

Quanto poi alle modalità di definizione e di determinazione dei LEP, degli obiettivi di servizio e dei fabbisogni *standard*, è previsto che siano individuati con

³⁵ Nell'ultima versione delle bozze (maggio 2019), si ribadisce il conferimento alla regione richiedente di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia amministrativa e legislativa, senza specificarne, tuttavia, il contenuto, rinviandone la determinazione, nelle singole materie, ad atti successivi, attraverso *decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, il cui testo sarà concordato in una *commissione paritetica*. Quest'ultima dovrà anche determinare le modalità di attribuzione delle risorse finanziarie, umane e strumentali necessarie all'esercizio delle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, in termini di spesa sostenuta dallo Stato nella regione riferita alle funzioni trasferite o assegnate e di fabbisogni *standard*. Il trasferimento dei beni e delle risorse comporta «la contestuale soppressione o il ridimensionamento, in rapporto ad eventuali compiti residui, dell'amministrazione statale periferica» ed il ridimensionamento, in rapporto ai compiti residui, delle «amministrazioni statali centrali in proporzione alle funzioni e alle risorse trasferite». In dottrina, sull'*impropria centralità* dei d.p.c.m., G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2019, 24-27; A. STERPA, *La differenziazione possibile: istituire le macro-Regioni per ridisegnare la mappa delle diversità*, in *Diritti regionali*, n. 2, 2019; A. SAITTA, *Audizione resa il 13 giugno 2019 innanzi alla Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale sull'attuazione e le prospettive del federalismo fiscale e sulle procedure in atto per la definizione delle intese ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*, in *osservatorioaic.it*, n. 4, 2019, 6, rileva come tali provvedimenti (concretamente) attuativi del disegno del regionalismo differenziato non sarebbero soggetti «a nessuna forma di controllo se non a quella interna degli organi di Governo coinvolti caso per caso. Infatti, né il Parlamento, né il Presidente della Repubblica, né tantomeno la Corte costituzionale potrebbero sindacarne il contenuto dal momento che non sarebbero soggetti alla procedura di emanazione presidenziale e neppure alla possibilità di essere sottoposti al sindacato di costituzionalità non rientrando nell'indicazione dell'art. 134 Cost. (Bin). Per loro resterebbe solo la remota possibilità di costituire oggetto di conflitto di attribuzione da parte di altre regioni, ovvero di venir travolti (politicamente) da un eventuale voto parlamentare di sfiducia a carico del Governo»; M. CARLI, *Il regionalismo differenziato come sostituto del principio di sussidiarietà*, in *federalismi.it*, n. 21, 2019, *passim*, evidenzia che la regione avrà funzioni amministrative modificabili con legge ordinaria e funzioni amministrative ricevute con il regionalismo differenziato (intoccabili senza il consenso della regione? Come esce il centro da questa vicenda? Come avviene materialmente il trasferimento?).

³⁶ Alla lett. b) si prevede che il finanziamento delle funzioni attribuite sulla base dei fabbisogni *standard*, dei livelli essenziali delle prestazioni o degli obiettivi di servizio determinati ai sensi della lettera a), avvenga nel rispetto dell'articolo 17 della l. n. 196/2009 e del d. lgs. n. 68/2011, con particolare riferimento alla sostituzione delle risorse erariali con autonomia di entrata, territorialità dei tributi e perequazione; alla lett. c) si precisa la necessità di assicurare su tutto il territorio nazionale i livelli delle prestazioni o gli obiettivi di servizio di cui alla lettera, anche attraverso la perequazione infrastrutturale.

uno o più decreti del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti i Ministri competenti, entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore delle legge di approvazione dell'intesa.

Come è stato osservato, siffatta determinazione dei LEP, successiva al trasferimento delle funzioni, comporta *un rovesciamento logico*, mentre è necessaria «una legge organica sulla determinazione dei LEP, che preceda i trasferimenti di funzioni, tanto più perché essa dovrebbe riguardare l'intero quadro delle funzioni, non solo quelle trasferite in forza dell'art. 116, c. 3, Cost.».

Mancando l'identificazione delle funzioni da trasferire, «la richiesta di devoluzione generalizzata di intere "materie" è irricevibile, poiché non conforme a Costituzione»³⁷.

La richiesta di regionalismo differenziato, volta ad estendere la competenza delle regioni richiedenti in determinati ambiti materiali, necessita di essere opportunamente codificata, essendo indispensabile l'individuazione dei relativi ambiti materiali, quale e quanta parte di materia possa essere oggetto di differenziazione e quale, invece, non possa esservi assoggettata a pena di inaccettabili disuguaglianze.

Le intese dovrebbero essere specifiche e dettagliate nei contenuti e indicare esattamente gli ambiti competenziali trasferiti e le funzioni amministrative oggetto di differenziazione.

Deve poi essere definita, con legge, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e, con estrema chiarezza, la questione delle risorse impegnate, i costi del trasferimento, la garanzia delle esigenze perequativo-solidaristiche³⁸ (posto che le modalità di finanziamento delle competenze differenziate non possono costituire un espediente che consenta alle regioni più ricche di sottrarsi ai doveri di solidarietà verso le aree economicamente più deboli del Paese³⁹).

La programmazione e la proporzionalità tra risorse assegnate/funzioni esercitate sono consustanziali al principio di buon andamento. Organizzare e qualificare la gestione dei servizi a rilevanza sociale da rendere alle popolazioni interessate, nonché «la quantificazione delle risorse in modo funzionale e proporzionato alla realizzazione degli obiettivi previsti dalla legislazione vigente diventa

³⁷ S. STAIANO, *Autonomia differenziata, la lezione del 2001: no a riforme fatte per paura*, in *dirittiregionali.it*, n. 3/2019, 5-6, per il quale il riparto di materie «deve rimanere quello dell'art. 117 Cost. (salvo revisione costituzionale, a sua volta di certo non immune da limiti)» non essendo consentito «non solo trasferire le "materie" elencate, ma neppure interi blocchi di funzioni che, di fatto, esauriscano tutte le fattispecie comprese in una "materia"».

³⁸ C. BUZZACCHI, *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*, Milano, 2011.

³⁹ A. ZANARDI, *Le richieste di federalismo differenziato: una nota sui profili di finanza pubblica*, cit.; M. MEZZANOTTE, *L'art. 116, comma 3, Cost. tra obblighi finanziari e vincoli di contenuto*, in *federalismi.it*, n. 23, 2019; G. VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi*, Roma-Bari, 2019.

fondamentale canone e presupposto del buon andamento dell'amministrazione, cui lo stesso legislatore si deve attenere puntualmente» (sent. n. 10/2016).

Dal punto di vista procedurale, il meccanismo costituzionale prescrive un'intesa tra Stato e regione richiedente, essendo richiesta la *legge dello Stato, l'iniziativa della regione interessata, sentiti gli enti locali*, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119. La legge, infatti, è *approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la regione interessata* (intesa che, oltre ad avere un contenuto materialmente costituzionale, è forte perché regione e Stato devono deliberare sullo stesso testo).

Si tratta di una procedura aggravata, che coinvolge una pluralità di organi⁴⁰. Altre procedure diverse da questa sarebbero incostituzionali.

Come è stato di recente sostenuto, al fine di uniformare il procedimento di differenziazione e sottrarre le regioni *alla tirannia o al consenso della maggioranza di turno*, potrebbe rappresentare un elemento di garanzia per il principio di unità della Repubblica una «legge che ponesse pochi principi procedurali riguardanti soprattutto i presupposti per potere procedere con le richieste» la quale dovrebbe sia «prevedere un procedimento minimo (e pubblico), in cui coinvolgere anche le Commissioni permanenti competenti e la Commissione parlamentare per le questioni regionali (primo profilo), attraverso il quale la Regione dovrebbe fornire sia la giustificazione delle proprie richieste (perché chiede quelle materie) sia il rispetto dei principi di cui all'art.119, coinvolgendo, su questo secondo profilo, anche le istituzioni statali e parlamentari maggiormente rappresentative (dalla Ragioneria centrale dello Stato all'Ufficio parlamentare per il bilancio, alle Commissioni bilancio delle due Camere)»⁴¹.

Il Parlamento deve «riaffermare le sue prerogative e rassicurare l'opinione pubblica nazionale allarmata per gli effetti che la differenziazione regionale avrebbe per l'unità della Repubblica e per il ruolo dello Stato come interprete degli interessi dell'intera collettività nazionale», urgendo «un dibattito parlamentare e l'approvazione di una legge che sciolga i nodi problematici della procedura solo abbozzata dall'art. 116, comma III Cost., in modo tale da incanalare il percorso dell'autonomia differenziata nel solco dei principi costituzionali»⁴².

⁴⁰ L. RONCHETTI, *L'attuazione del regionalismo differenziato esige norme costituzionali d'integrazione*, in *costituzionalismo.it*, n. 1/2020, 116 ss.

⁴¹ R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2019, 264; G.C. DE MARTIN, *A voler prendere sul serio i principi costituzionali sulle autonomie territoriali*, *ivi*, n. 3, 2019, 356; E. GROSSO, A. POGGI, *Il regionalismo differenziato: potenzialità e aspetti problematici*, cit., 2; A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in *Diritto pubblico europeo RASSEGNA ONLINE*, giugno 2019, 26; A. GIANNOLA, G. STORNAIUOLO, *Un'analisi delle proposte avanzate sul «federalismo differenziato»*, in *Riv. econ. del Mezzogiorno*, n. 1-2, 2018, 5 ss.; D. GIROTTI, *L'autonomia differenziata delle Regioni ordinarie: possibilità e limiti*, in *federalismi.it*, n. 7, 2018; L. VIOLINI, *L'autonomia delle Regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2018.

⁴² C. IANNELLO, *Autonomie impossibili senza una legge*, cit.; B. CARAVITA, *Un doppio binario per*

La legge potrebbe indicare le modalità di partecipazione delle altre regioni, dovrebbe essere il risultato di un adeguato dibattito parlamentare e determinare forme di monitoraggio e di controllo del passaggio di funzioni e le modalità per un futuro riesame delle intese e le modalità per un'eventuale dismissione delle funzioni cedute da restituire al potere centrale.

Tale legge dovrebbe anche disciplinare la composizione ed il funzionamento delle Commissioni paritetiche «che dovranno gestire gli aspetti tecnici delle intese; le modalità e i tempi per la determinazione e il trasferimento delle risorse finanziarie, umane e strumentali; i rapporti tra la legislazione statale e la legislazione regionale e l'istituzione eventualmente di una "clausola di cedevolezza" che consenta alla legislazione dello Stato di cedere di fronte alla legislazione regionale nel momento in cui la singola regione abbia completato l'assunzione della nuova funzione e sia in condizione di realizzare una propria disciplina normativa»⁴³.

Con riferimento al monitoraggio «appare certamente opportuna l'istituzione di appositi meccanismi per verificare lo stato di attuazione delle intese. Tali verifiche dovrebbero essere periodiche e automatiche, e non invece subordinate alla volontà di una delle due parti (Stato o Regione). Si porrebbe in ogni caso il problema di disciplinare altresì le conseguenze dell'eventuale esito negativo della verifica, e dunque il caso in cui la Regione abbia fatto un cattivo uso della competenza o funzione attribuita *ex art.* 116 Cost., magari non essendo riuscita a garantire i livelli essenziali delle prestazioni per le singole funzioni assunte con l'intesa. In questo caso, non appare peregrino ipotizzare un ritorno delle funzioni allo Stato, in analogia al meccanismo della cosiddetta "chiamata in sussidiarietà", specie laddove sia necessario garantire l'eguaglianza tra i cittadini e l'uniformità della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento»⁴⁴.

La necessaria quantificazione degli oneri economici e finanziari in relazione alle funzioni (dismesse e differenziate), il tendenziale processo irreversibile di differenziazione (è quasi impossibile ipotizzare quali e quanti effetti potranno e dovranno prodursi sul piano amministrativo, tenuto conto dei principi di continuità dell'azione amministrativa, del legittimo affidamento, di responsabilità amministrativa, di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa, di allocazione delle risorse)⁴⁵, il rispetto dei principi costituzionali di solidarietà, di uguaglianza

l'approvazione del regionalismo differenziato?, cit., 5; A. MORELLI, *Dinamiche del regionalismo differenziato e declinazioni congiunturali dell'autonomia territoriale*, in *DPER online*, n. 2, 2019, 24.

⁴³ Su tutti questi aspetti, P. BILANCIA, *Regionalismo differenziato: opportunità e criticità*, in AA.VV., *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, cit., 13-14.

⁴⁴ P. BILANCIA, *ibidem*.

⁴⁵ Nella bozza di legge-quadro è previsto che lo Stato e la regione sottopongano l'intesa a verifica al termine del decimo anno dall'entrata in vigore della legge di attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, o nel più breve termine fissato dall'intesa stessa, e che lo Stato e la regione possono comunque assumere in qualsiasi momento l'iniziativa per la revisione dell'Intesa, ricordando, comunque, che già l'art. 120 Cost. disciplina i casi nei quali possa

za, di unità e di indivisibilità della Repubblica pretendono che il regionalismo differenziato si delinei solo entro le forme costituzionali⁴⁶ e sia adeguatamente compensato dal regionalismo solidale-cooperativo, a pena di un indebolimento delle realtà regionali rispetto alle altre regioni e rispetto allo stesso Stato che potrebbe vedere compromesso il principio unitario di coesione, allorchando non fossero garantite prestazioni sociali in ogni parte del proprio territorio o, peggio, ove si verificassero situazioni prestazionali fortemente diseguali tali da far ritenere persino dannoso rivolgersi alla propria regione.

In questa direzione, anche tenuto conto che si tratta dell'unico caso in cui la Costituzione prescrive l'utilizzo di un accordo (intesa forte) quale elemento costitutivo di una legge statale, avente contenuto materialmente costituzionale (trattandosi del riparto di materie in favore della potestà legislativa regionale), il Governo deve tutelare l'unità del Paese⁴⁷ ed il Parlamento deve conseguentemente determinarsi⁴⁸ (o potendo emendare il testo, o respingendolo ove si trattasse di un regionalismo differenziato non conforme a Costituzione).

esercitarsi il potere sostitutivo prevedendo, tra gli altri, *quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali e dei governi locali.*

⁴⁶ Come efficacemente sostenuto da O. CHESSA, in *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, cit., par. 5, sono di regola «gli esecutivi ad agire in rappresentanza dei rispettivi livelli di governo nelle relazioni inter-istituzionali tra enti territoriali. Ma qui l'art. 116 prefigura un procedimento negoziato per la ridefinizione dell'ordine costituzionale delle competenze legislative (e non solo: ma è indubbio che le competenze legislative sarebbero le più importanti forme e condizioni particolari di autonomia). E a questa negoziazione debbono partecipare gli organi le cui competenze sono direttamente incise, ossia il Consiglio regionale e il Parlamento nazionale. È francamente improprio che siano gli organi esecutivi ad accordarsi sull'assetto futuro delle competenze spettanti agli organi legislativi, come se la volontà governativa coincidesse con la volontà parlamentare maggioritaria e, nelle Regioni, la volontà presidenziale coincidesse con la volontà maggioritaria consiliare.

Ovviamente, questa disciplina procedurale formalizzata non esclude che la sua attivazione sia preceduta da trattative informali tra Regione interessata e Stato, in particolare tra gli esecutivi nazionale e regionale, al fine di prevenire spiacevoli “sorprese” quando poi si dovrà attivare il procedimento formale ex art. 116. Ma resta inteso che il meccanismo disposto dal testo costituzionale impegna direttamente gli organi legislativi Regionale e nazionale, ai quali spetta il formale avvio del procedimento legislativo, la gestione delle fasi consultive e la deliberazione concordata finale».

⁴⁷ D. MONE, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3 Cost., conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2019.

⁴⁸ Per A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, n. 1, 2007, 165, il Parlamento «è non solo libero di dare seguito all'intesa stipulata, ma anche di intervenire in positivo con emendamenti sostanziali sui contenuti dell'intesa, o con specifiche e motivate richieste di riesame dell'intesa stessa, che avrebbero come conseguenza non la paralisi del procedimento, ma riaprire i negoziati tra lo Stato e la regione, sulla base di esplicite indicazioni programmatiche, in vista di una successiva, maggiormente possibile, approvazione parlamentare»; A. VERNATA, *Il regionalismo differenziato alla prova della Costituzione*, in *costituzionalismo.it*, n. 2, 2019.

Non può trattarsi di un processo improvvisato perché sono inevitabili le relative implicazioni al livello di funzionamento delle amministrazioni statale e territoriale⁴⁹, ma soprattutto quelle conseguenti in termini di garanzia di diritti fondamentali. Se non ben congegnato, e se non previamente definiti i livelli essenziali delle prestazioni con legge ordinaria, tale processo potrebbe influire negativamente sui principi di uguaglianza e di coesione, di unità e di solidarietà, che è solidarietà tra territori, ma prima ancora è solidarietà tra cittadini di uno stesso Stato. Ed anzi, la stessa solidarietà «non può riguardare solamente i singoli o i diversi ceti o le diverse classi, ma deve intercorrere tra zone geopolitiche dello stesso Paese, ed essere, in sostanza, solidarietà di sistema. Questo significa che, nel momento in cui i cittadini stanziati sui diversi territori regionali non dovessero godere più degli stessi diritti fondamentali o essere gravati dai medesimi doveri inderogabili, l'unità sarebbe costituzionalmente e inevitabilmente pregiudicata»⁵⁰.

In tale processo devono contemplarsi adeguate modalità di collaborazione e di raccordo istituzionale, misure di trasformazione e di riorganizzazione degli apparati burocratici, una sede permanente di monitoraggio, il dettaglio delle funzioni fondamentali degli enti locali. È indispensabile che la distribuzione delle nuove funzioni avvenga con specificazione, la cui insufficienza potrebbe determinare situazioni di incertezza da far valere dinanzi alla giurisdizione processuale amministrativa. È pure indispensabile il raccordo con le discipline in materia di contabilità pubblica, di controlli e di responsabilità, al fine di evitare una sorta di *paradosso della specialità* (discipline cui sarebbero sottoposte le regioni ordinarie ma non le differenziate, almeno sino alla relativa emanazione).

In alternativa al regionalismo asimmetrico, è appena il caso di ricordare che sono previste altre possibilità per realizzare le istanze di maggiore autonomia e, più in generale, per rilanciare il regionalismo, attraverso una attuazione concertata del principio costituzionale di differenziazione: l'esecuzione realistica del federalismo fiscale, l'implementazione del sistema delle Conferenze (unitamente

⁴⁹ Secondo S. STAIANO, *op. loc. ult. cit.*, p. 6, «è necessario che si fissino criteri vincolanti per lo svolgimento dell'analisi delle funzioni?»: occorre stabilire per quali tra esse la dislocazione conduca a un esercizio più efficace ed efficiente, cioè migliore per i cittadini in conformità al principio di sussidiarietà verticale; quali tra esse, prevalendo nell'esercizio economie di scala su economie di scopo, debbano essere conservate dallo Stato; quali tra esse non siano trasferibili oltre una misura che trasmoderebbe in lesione dell'identità costituzionale della Repubblica, o di diritti fondamentali». Cfr. A. NATALINI, *Il regionalismo differenziato: opportunità per riformare le amministrazioni pubbliche o rischio di incrementare le complicazioni burocratiche*, in *astrid-online.it* – RASSEGNA, n. 10, 2018.

⁵⁰ L. VENTURA, *Unificazione ed unità nazionale*, cit., 14; ID., *L'irriducibile crisi della democrazia repubblicana*, cit., 569 ss.; per F. FURLAN, *Il regionalismo asimmetrico a pochi passi dalla meta*, cit., 16, «l'unità della Nazione non può dirsi realizzata se le differenze di sviluppo economico e di ricchezza tra le diverse Regioni si traducono nell'impossibilità di assicurare le medesime prestazioni sull'intero territorio nazionale».

ad una modifica dei regolamenti parlamentari ed attuando l'art. 11 della l. cost. n. 3/2001), l'applicazione dell'articolo 117, comma VIII, nella parte in cui prevede che legge regionale ratifichi le intese con altre regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con l'individuazione di organi comuni.

In tale ipotesi, la Conferenza delle regioni (quale organo di mediazione politica nei rapporti con il potere legislativo ed esecutivo) e l'istituzione delle macroregioni⁵¹ realizzerebbero quella collaborazione orizzontale tra regioni limitrofe ed accomunate da fattori territoriali e condizioni socio-economiche simili, attraverso la stipulazione di accordi e intese, nonché l'emanazione dei relativi provvedimenti volti a disciplinare le attività e le competenze amministrative, ferme restando quelle normative e quelle relative al funzionamento degli organi politici regionali di rilievo costituzionale e statutario.

La Conferenza delle regioni, istituita e regolamentata sulla base del procedimento previsto dall'art. 117, comma VIII, potrebbe fungere da organo servente la funzione legislativa, dotato di un apparato normativo-amministrativo idoneo a consentire anche la partecipazione delle regioni ai processi decisionali europei.

Le regioni possono disciplinare l'organizzazione e lo svolgimento delle funzioni amministrative alle stesse spettanti, anche attraverso enti propri, e di stabilire norme di principio volte a regolamentare l'organizzazione e lo svolgimento delle funzioni degli enti locali. Tutto questo, nel rispetto delle disposizioni statali che disciplinano i procedimenti concernenti i livelli essenziali delle prestazioni.

Si tratterebbe di un processo che richiederebbe investimenti su un rinnovato ruolo delle amministrazioni e del personale, ma che rimane un'alternativa ragionevole rispetto all'attivazione della procedura *ex art.* 116⁵².

⁵¹ Da ultimo, il contributo di A. STERPA, *La differenziazione possibile*, cit.

⁵² Al momento in cui si licenzia questo lavoro, la pandemia di virus CoViD19 sta mettendo in discussione l'assetto attuale di rapporti fra Stato e regioni.

È possibile immaginare, dinnanzi ad ipotesi, già verificate, di confusione e di relativa esigenza di chiarezza, che si evochi un rinnovato centralismo decisionario, anche in ragione dell'efficacia degli interventi, com'è pur avvenuto quando si è trattato di chiedere misure più restrittive con provvedimenti, statali e regionali, dal contenuto potenzialmente, e non solo, confliggente.

Per altri versi, alcuni Presidenti di regione, tra i più esposti (ma anche taluni Sindaci), hanno espresso critiche, talvolta in maniera subliminale (premettendo in genere che non intendono fare polemica), in realtà polemicamente rivendicando la propria soggettività e le proprie competenze, nonché qualche contrasto tra fonti.

Ciò pone all'evidenza, ancora di più, il dubbio che da questa attuale emergenza, in cui sono ribaltati i rapporti tra diritti della prima generazione e diritti sociali, all'atto in cui se ne uscirà possano nascere dei contrasti sulle successive crisi da affrontare, riguardanti la necessaria ripresa economica e, con essa correlata, la questione sociale.

Abstract

The regional differentiation process on the basis of art. 116, third paragraph, of the Constitution: the nature of the functions and the constitutional constraints

by Rossana Caridà

The article analyzes the consequences, on an administrative level, which could arise if the process of implementing differentiated regionalism was completed.

In order to guarantee the principle of continuity of administrative action, at the service of the provision of social benefits, as well as the principle of solidarity and social cohesion, the differentiation process needs to be well structured especially at the administrative level and that the distribution of competences and functions between the central power and the “differentiated” regions is clarified. In fact, unjustified disparities in the territory should be avoided which could endanger the principle of economic and social unity.

Parole chiave: regionalismo differenziato, funzioni amministrative, decentramento

Keywords: differentiated regionalism, administrative functions, decentralization

Bilancio pubblico ed equità intergenerazionale*

di Vanessa Manzetti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il principio di equità intergenerazionale in chiave economica- finanziaria nei “nuovi” articoli 81, 97 e 119 della Costituzione. – 3. Il principio di equità intergenerazionale in chiave economica- finanziaria nella giurisprudenza costituzionale. – 4. Il principio di equità intergenerazionale in chiave economica- finanziaria nella legislazione contabile. – 4.1. La prospettiva della contabilità di mandato quale «strumento contabile di sostenibilità». – 5. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

Il tema del rapporto tra bilancio pubblico e equità intergenerazionale coinvolge, inevitabilmente, una molteplicità di profili (economici, sociologici e giuridici), che trovano nel tema dei “doveri” verso le generazioni future (più che di diritti delle generazioni future) un aspetto estremamente interessante¹.

Tuttavia, la complessità ed il carattere interdisciplinare della materia rendono necessario circoscrivere i confini della ricerca, andando ad analizzare il “se” ed il “come” i principi e le regole che disciplinano il c.d. diritto del bilancio siano anche espressione del principio di equità intergenerazionale².

Per far questo si è quindi ritenuto necessario procedere seguendo tre diversi piani di indagine (l’uno consequenziale all’altro): quello di verificare se è possibile rintracciare in Costituzione un principio di equità intergenerazionale in un’ottica economico-finanziaria; quello di verificare *se e come* la giurisprudenza costituzionale supporti l’emersione di tale principio; quello, infine, di verificare come lo

* Il presente contributo rappresenta la rielaborazione di un intervento tenuto al Secondo convegno nazionale di Contabilità Pubblica «Democrazia e bilancio pubblico», svoltosi a Venezia Ca’ Foscari il 28-29 novembre 2019.

¹ Si ricorda che la più autorevole dottrina preferisce ragionare secondo la prospettiva del dovere costituzionale posto in capo alla comunità escludendo perentoriamente la possibilità di affermare la sussistenza di diritti in capo alle future generazioni, come sottolinea G. D’ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Rivista Aic*, 2018. Il riferimento è *ex multis*, M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D’ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 425; G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 125 ss.

² Per approfondimenti sul c.d. diritto del bilancio si veda, *ex multis*, AA.VV., *Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria. Atti del convegno del 16-17 marzo 2017 dedicato alla magistratura contabile – Seminari di studi Corte Costituzionale*, Milano, 2019.

strumentario normativo contabile apprestato dal legislatore consenta di rendere effettivo (garantendolo) il principio di equità intergenerazionale.

Ed in particolare, si è scelto di concentrare l'attenzione sulle norme di contabilità che interessano gli enti locali, in quanto, "primari" erogatori di servizi alle collettività amministrare e concreta espressione del principio di sussidiarietà verticale. Principio che richiama anche l'idea di un'inedita democrazia cognitiva³, in quanto i cittadini trovandosi in quella particolare posizione di "vicinanza" alle istituzioni locali, si trovano nella capacità di acquisire, di connettere, di interpretare informazioni e conoscenze, e dunque di concorrere a "rigenerare" la "democrazia politica"⁴.

Ed infatti, «do studio della finanza comunale ha sempre fornito spunti importanti per comprendere il fondamento della decisione di bilancio come processo politico di composizione di interessi conflittuali, come momento della democrazia cognitiva, come luogo della separazione tra società e mercato»⁵.

2. *Il principio di equità intergenerazionale in chiave economica-finanziaria nei "nuovi" articoli 81, 97 e 119 della Costituzione*

Partendo dal primo piano di indagine è senz'altro possibile individuare un fondamentale punto di partenza per l'affermazione del principio di equità intergenerazionale in ottica economico-finanziaria nella riforma costituzionale del 2012 degli artt. 81, 97, 117, 119⁶. Riforma che ha "ridisegnato", come è noto,

³ Per approfondimenti di portata più generale si rinvia a J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 2017 (edizione originale 1981).

⁴ Sulle "trasformazioni" della democrazia si veda N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984.

⁵ Così M. DEGNI, *Il bilancio (anche) comunale è un bene pubblico*, in M. DEGNI (a cura di), *Rapporto Ca' Foscari sui comuni 2018. I comuni italiani dopo la grave crisi finanziaria*, Roma, 2019, 85.

⁶ I commenti alla riforma dell'art. 81 cost. sono innumerevoli, *ex multis*, si veda A. BRANCASI, *L'obbligo della copertura finanziaria tra la vecchia e la nuova versione dell'art. 81 cost.*, in *Giur. Cost.*, fasc. 3, 2012, 1685; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in www.astridonline.it, Rassegna n. 3 del 2013; A. PACE, *Pareggio di bilancio: qualcosa si può fare*, in *Rivista Aic*, 2012; M. CECCHETTI, *Legge costituzionale n.1 del 2012 e Titolo V della Parte II della Costituzione: profili di controriforma dell'autonomi regionale e locale*, in www.federalismi.it, 2012; R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, in *Rivista Aic*, 2012; N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti, Relazione al Convegno «Costituzione e pareggio di bilancio» tenutosi il 18 maggio 2012 alla Luiss Guido Carli*, in *Il Filangieri. Quaderno 2011*, 2012; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, 2012; R. DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in www.federalismi.it, 2012; G. PISAURO, *La regola costituzionale del pareggio di bilancio e la politica fiscale nella Grande Recessione: fondamenti economici teorici e pratici*, in www.rivistacorteconti.it, 2012; P. DE IOANNA, *La nuova cornice costituzionale: nuove dinamiche politico istituzionali. Elementi per una riflessione*, in www.fondazionebrunnovisentini.eu, 2012; G. DI GASPARE, *L'art. 81 della Costituzione, abdicazione della sovranità finanziaria dello Stato?*, in www.amministrazioneincammino.it,

l'impianto complessivo della finanza pubblica, nell'alveo di due principi cardine, quello dell'equilibrio di bilancio e quello della sostenibilità del debito pubblico.

Si tratta di principi, che hanno una indiscussa connotazione temporale, come emerge dal loro significato letterale.

Così il termine "equilibrio" «indica una situazione particolare di un sistema, caratterizzata dalla costanza nel tempo di uno o più parametri inerenti allo stato del sistema», mentre il termine "sostenibilità", rappresenta la «condizione di uno sviluppo in grado di assicurare il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri».

Cosa sottende quindi la riforma costituzionale del 2012 nel richiamare espressamente il concetto di equilibrio e di sostenibilità?

La risposta immediata a questo interrogativo è ovvia: il legislatore ha inteso estendere l'orizzonte temporale delle scelte oltre il «qui ed ora» non soltanto con il superamento del principio di annualità dei bilanci pubblici⁷.

2014; R. PEREZ, *Crisi finanziaria e pareggio di bilancio*, in www.astridonline.it, 2014; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2014; G. RIVOSECCHI, *Ragionando sull'introduzione dell'equilibrio di bilancio, tra incompiuta attuazione della riforma e anticipazioni della giurisprudenza costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2016.

⁷ Con la legge 5 agosto 1978 n. 468 è stato, infatti, introdotto il bilancio pluriennale, previsto come bilancio non inferiore al triennio. La previsione di un bilancio pluriennale, accanto al bilancio annuale voleva essere, nelle intenzioni del legislatore, un utile supporto ai vari tentativi di programmazione economica nazionale, prima di allora mai realizzati. Certo è che nel sistema dei conti pubblici previsto dalla legge n. 468 del 1978 il bilancio pluriennale assume una funzione centrale al fine di ricostruire il bilancio dello Stato come sede e strumento di politica economica, rappresentando una delle novità istituzionali più importanti dal punto di vista della realizzazione degli scopi che la legge stessa si proponeva di raggiungere. La convinzione dell'opportunità di una programmazione poliennale della finanza pubblica nasce dalla constatazione generale che anche le scelte del settore pubblico, come quelle di un qualsiasi altro operatore economico, richiedono, per una loro completa valutazione un orizzonte pluriennale. Questo è vero sia dal punto di vista strettamente finanziario (incidenza delle decisioni attuali sui bilanci a venire) sia dal punto di vista economico (modificazioni del sistema a seguito dell'intervento dello Stato). Al bilancio pluriennale è spesso stato affidato il compito di costituire il quadro di riferimento, oltre che lo strumento, per una credibile politica di risanamento. Cfr. MINISTERO DEL TESORO – Commissione tecnica per la spesa pubblica, *Il bilancio pluriennale nell'esperienza italiana (problemi e possibili soluzioni)*, Roma, 1985. In merito si sottolinea che la legge n. 163 del 2016 (art. 2, comma 4) ha abrogato l'articolo 22 della legge di contabilità, recante il bilancio pluriennale in quanto si è ritenuto che il nuovo disegno di legge di bilancio, articolato in due sezioni e riferito ad un periodo triennale, ne assorbe sostanzialmente i contenuti. [testo originario art. 22 l. 196 del 2009 «Il bilancio pluriennale di previsione è elaborato dal Ministro dell'economia e delle finanze, in coerenza con gli obiettivi indicati nel DEF, e copre un periodo di tre anni. Il bilancio pluriennale, redatto in base alla legislazione vigente per missioni e programmi, in termini di competenza e di cassa, espone separatamente: a) l'andamento delle entrate e delle spese in base alla legislazione vigente – bilancio pluriennale a legislazione vigente, di cui all'articolo 21; b) le previsioni sull'andamento delle entrate e delle spese tenendo conto degli effetti degli interventi programmati nel DEF – bilancio pluriennale programmatico. Il bilancio pluriennale di cui al comma 1 è integrato con gli effetti della legge di stabilità. Esso non

E che questo criterio sia quello alla base di tutta la riforma lo dimostra il fatto che nonostante il riferimento (illogico) al termine pareggio nel titolo della legge costituzionale, gli articoli toccati dalla riforma enunciano (sempre e solo) i principi di «equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito»⁸.

Una differenza, ovviamente, non soltanto terminologica, posto che, mentre il principio del pareggio si risolve in un mero saldo contabile di uguaglianza tra entrate ed uscite, e quindi in una espressione statica della gestione, il principio di equilibrio sottende una connotazione “dinamica” della gestione, connessa alla “sostenibilità” nel tempo del saldo considerato di “equilibrio”, in quanto le esigenze di *equilibrio* sono diverse nelle fasi avverse e nelle fasi favorevoli del ciclo economico⁹.

Ne consegue, quindi, che i due principi enunciati nell’art. 81 (equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito) letti in combinato disposto, dovrebbero essere in grado di operare una “*razionalizzazione*” delle procedure di finanza pubblica, anche a favore delle generazioni future e dunque affermare implicitamente l’equità intergenerazionale quale nuovo principio della finanza pubblica.

A supportare una lettura del genere soccorre la giurisprudenza costituzionale che, nel fare emergere l’essenza della correlazione tra equilibrio e sostenibilità, ha efficacemente affermato che la dinamicità di tali principi consiste nella «*continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie*

comporta autorizzazione a riscuotere le entrate e ad eseguire le spese ivi contemplate ed è aggiornato annualmente». Norma, si ricorda, che, prima dell’avenuta abrogazione ad opera della legge 163 del 2016 aveva subito modificazioni nel corso degli anni].

⁸ Si ricorda, infatti, che sebbene la legge cost. n. 1 del 2012 sia intitolata “introduzione del «principio del pareggio di bilancio» nella Carta costituzionale”, il testo costituzionale si riferisce esclusivamente al principio di equilibrio di bilancio. Cfr. O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, 396, «l’incertezza nasce già nel titolo della legge cost. n. 1 del 2012, che parla di pareggio, mentre l’articolo parla sempre di equilibrio».

⁹ Per approfondimenti sulla differenza tra pareggio e equilibrio dal punto di vista contabile-finanziario si rinvia a P. SANTORO, E. SANTORO, *Compendio di contabilità e finanza pubblica*, Santarcangelo di Romagna, 2016, in part. 105-106, «si è quindi inteso introdurre un pareggio strutturale, vale a dire un pareggio di bilancio al netto degli effetti del ciclo che quindi potrà tener conto anche degli errori di previsione che solitamente intervengono proprio quando il ciclo cambia dando luogo a avanzi e disavanzi di bilancio non preventivati; si intende, quindi, assicurare un adeguato margine di flessibilità nella gestione del bilancio al fine di consentire politiche anticicliche; è inoltre consentito di derogare al principio di equilibrio in casi eccezionali previa esplicita autorizzazione parlamentare con legge rinforzata (...). Va in ogni caso tenuto presente che, dal punto di vista contabile-finanziario, il “pareggio” del documento di bilancio, predicabile soltanto in un determinato momento statico (in sede di bilancio previsionale, di rendiconto consuntivo, ovvero di variazioni ed assestamenti di bilancio), consiste nel fatto che la somma algebrica tra tutte le entrate e le spese pubbliche sia pari a zero; l’equilibrio di bilancio, invece, è nozione configurabile “dinamicamente” a prescindere dal pareggio finanziario (entrate=spese) e può assumere un significato oltre che finanziario anche economico».

per il perseguimento delle finalità pubbliche» che garantisca nel tempo la sostenibilità del debito pubblico con adeguate coperture finanziarie durante le fasi avverse o favorevoli del ciclo economico¹⁰.

È dunque evidente che, al di là delle regole contabili-finanziarie, l'enunciazione dei due principi a livello costituzionale segna un cambiamento di prospettiva, o, come si suol dire, una inversione di rotta nelle politiche pubbliche, nel senso che dovrebbe (uso il condizionale) non essere più consentito utilizzare l'indebitamento «come soluzione ai problemi» contingenti ed attuali, scaricando, così, sulle generazioni future le scelte (insostenibili) dell'oggi¹¹.

A rafforzare e confermare l'interconnessione tra i principi di equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito soccorre anche il "nuovo" art. 97 della cost., che, come è stato sottolineato in dottrina, va a qualificare il principio di buon andamento anche in ottica finanziaria, introducendo al primo comma, l'affermazione che «le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico»¹².

In buona sostanza l'art. 97 nel richiamare i due principi enunciati nell'art. 81 in riferimento a tutte le pubbliche amministrazioni, non ha inteso operare una mera ripetizione ma, al contrario, ha inteso affermare che la declinazione finanziaria del principio di buon andamento, nell'imprimere un vincolo finanziario all'azione amministrativa, assume una valenza di *salvaguardia* dell'equità intergenerazionali.

Le pubbliche amministrazioni dovranno, quindi, indirizzare la propria azione anche al buon andamento in termini temporali, nel senso che dovranno fare un uso efficiente, efficace ed economico di "tutte" le proprie risorse (organizzative, economiche, ambientali, ...), anche attraverso una valutazione comparativa che tenga conto degli oneri assunti nel medio-lungo periodo¹³.

In una parola si può dire che la nuova formulazione del primo comma

¹⁰ Cfr. Sentenza Corte costituzionale n. 250 del 2013, «il principio, infatti, ha contenuti sostanziali e non può essere limitato al solo pareggio formale ma deve estendersi, attraverso un'ordinata *programmazione* delle transazioni finanziarie, alla prevenzione dei rischi di squilibri derivanti inevitabilmente dal pregresso sviluppo di situazioni debitorie generate da inezie e ritardi».

¹¹ Secondo quanto sottolineato da M. DEGNI, P. DE IOANNA, *Il vincolo stupido*, II edizione, Roma, 2019, 110 «il compito di chi ha fatto quelle riforme è stato» anche «quello di sradicare dai comportamenti di una classe politica la creazione di debito come soluzione ai problemi. Da qui la motivazione essenziale delle scelte in esame, che sembra risiedere in una ben determinata valutazione (negativa) delle classi dirigenti italiane e della loro irrimediabilità dentro la vigente cornice fiscale costituzionale».

¹² Come evidenziato da G. COLOMBINI, *Buon andamento ed equilibrio finanziario nella nuova formulazione dell'art. 97 Cost.*, in AA.VV., *Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria...*, op.cit., 381-399.

¹³ A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 22-83.

dell'art. 97 cost., ha reso il buon andamento un parametro finanziario da tenere in considerazione nell'interpretazione che deve essere data all'azione amministrativa rispetto alle regole dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico¹⁴.

Quanto all'art. 119 cost., qui preme sottolineare che la rigidità dovuta al mancato riferimento agli effetti del ciclo economico, ha trovato una mitigazione e dunque una connotazione dinamica, nella legge rinforzata n. 243 del 2012, che nell'attuare i principi della riforma costituzionale ha disposto che lo Stato deve concorrere, mediante trasferimenti alle regioni ed agli enti locali, al finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali, nella misura definita dai documenti di programmazione finanziaria e di bilancio, tenendo conto degli effetti prodotti dal ciclo negativo sulle entrate e sulle spese¹⁵.

Che dunque l'equità intergenerazionale sia un principio presente in tutta la riforma è evidente, come pure è evidente, se ancora ce ne fosse bisogno, che tale principio trova una base giuridica nell'ordinamento europeo, cui peraltro la riforma fa esplicito riferimento.

¹⁴ G. COLOMBINI, *Buon andamento ed equilibrio finanziario nella nuova formulazione dell'art. 97 Cost.*, cit., 358 «È dunque evidente che il principio di buon andamento viene ad assumere una valenza interna ed esterna alla singola amministrazione pubblica, in quanto mette in relazione gli equilibri generali di finanza pubblica, l'equilibrio di bilancio della singola amministrazione, il principio di programmazione e di proporzionalità tra risorse assegnate e funzioni esercitate che ogni amministrazione deve seguire, il principio di ragionevolezza cui ogni riduzione della spesa si deve ispirare in assenza di misure organizzative o di riallocazione delle funzioni, il principio di uguaglianza sostanziale cui ogni misura di limitazione della spesa si deve ispirare al fine di evitare che il mancato finanziamento dei servizi rechi pregiudizio alla fruizione dei diritti sociali».

¹⁵ Si ricorda, infatti, che il "nuovo" art. 119 per gli enti locali e le regioni non fa alcun riferimento espresso né agli effetti del ciclo economico né agli eventi eccezionali, confermando la possibilità di ricorrere all'indebitamento soltanto per spese di investimento, come già disposto dalla riforma del titolo V del 2001 che per prima aveva introdotto la c.d. *golden rule*, ma vincolandone la possibilità alla «contestuale definizione dei piani di ammortamento», nonché alla «condizione che per il complesso degli enti ciascuna Regione, sia rispettato l'equilibrio di bilancio» (comma 6). È evidente che il tenore letterale dell'art. 119 riformato, escludendo il riferimento agli effetti del ciclo economico, avrebbe però determinato, una rigidità non giustificabile rispetto a quella prevista per lo Stato, posto che inevitabilmente anche le entrate delle regioni e degli enti locali risentono degli effetti di una fase espansiva o recessiva dell'economia. Ed infatti tale "rigidità" ha trovato una mitigazione nella legge di attuazione (c.d. legge rinforzata n. 243 del 2012) che nell'attuare i principi del nuovo articolo 119, prevede che lo Stato deve concorrere, mediante trasferimenti alle regioni ed agli enti locali, al finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali, nella misura definita dai documenti di programmazione finanziaria e di bilancio, tenendo conto degli effetti prodotti dal ciclo negativo sulle entrate e sulle spese. Vero è che la c.d. regola aurea disposta dall'art. 119, sottolineando che gli enti locali e le Regioni «possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento» non può che portare ad evidenziare la differenza esistente tra le possibili *species* di indebitamento, quello indirizzato a coprire le spese correnti o quello per le spese di investimento, solo queste ultime in linea con il principio di equità intergenerazionale.

Il riferimento è, in particolare, ai rinvii espliciti all'ordinamento europeo contenuti negli articoli 97, 119 e 117 (quest'ultimo anche agli obblighi internazionali)¹⁶.

A venire in rilievo sono, infatti, per quanto concerne la normativa europea sia l'art. 3 del TUE, secondo il quale l'Unione «combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove ... la solidarietà tra le generazioni», sia il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, in cui è espressamente affermato che il godimento di tali diritti «fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti ... pure delle generazioni future».

Non solo. Uguale attenzione al riconoscimento del principio di equità intergenerazionale si ritrova, poi, nella normativa internazionale, dato che molti sono i documenti e le risoluzioni assunti in favore delle generazioni future: dal Rapporto “Our Common Future” della Commissione Brundtland delle Nazioni Unite del 1987¹⁷ alla c.d. Agenda 2030 «Agenda globale per lo sviluppo sostenibile» ed ai relativi Obiettivi di sviluppo sostenibile (SDGs) adottati all'unanimità dagli Stati membri delle Nazioni Unite (ultimo documento internazionale in tema di equità intergenerazionale ambientale, sociale ed economica)¹⁸.

¹⁶ Il necessario coordinamento tra diritto interno, diritto dell'unione e diritto internazionale è infatti ben evidente dalla semplice lettura delle norme costituzionali. Ed infatti, secondo l'art. 97 «Le pubbliche amministrazioni *in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea*, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico», secondo l'art. 119 «I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e *concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea*», ed inoltre l'art. 117 richiama anche agli obblighi internazionali quando afferma che «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché *dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*».

¹⁷ Il riferimento è al rapporto “Our common future” del 1987, rapporto finale della Commissione delle Nazioni unite sull'ambiente e lo sviluppo presieduta da Gro Harlem Brundtland, a cui hanno fatto riferimento tutti i documenti e le conferenze globali successivi, fino ad arrivare all'Agenda Onu 2030 e ai 17 Obiettivi per lo sviluppo sostenibile adottati nel 2015. Nel Rapporto veniva, infatti, per la prima volta enunciato il concetto di “sviluppo sostenibile”, identificato come «quello sviluppo che consente alla generazione presente di soddisfare i propri bisogni senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri» (si tratta, a ben vedere, della definizione di sviluppo sostenibile più utilizzata e più citata in dottrina ed anche a livello dei media).

¹⁸ L'Agenda globale per lo Sviluppo sostenibile e gli Obiettivi di Sviluppo sostenibile (Sustainable Development Goals- SDGs), sono stati approvati a New York il 25 settembre 2015. In quella data i 193 Paesi membri delle Nazioni Unite hanno adottato all'unanimità la risoluzione 70/1 «Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile». L'Agenda è entrata in vigore il 1 gennaio 2016, ed ha sostituito i precedenti Obiettivi di Sviluppo del Millennio (Millennium Development Goals – MDGs) che avevano orientato l'azione internazionale di supporto allo sviluppo nel periodo 2000-2015. L'Agenda globale comprende 17 Obiettivi articolati in 169 “target” o traguardi da raggiungere entro il 2030. Gli obiettivi, interconnessi e indivisibili, bilanciano le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile: crescita economica, inclusione sociale, tutela dell'ambiente, estendendo l'Agenda 2030 dal solo pilastro sociale previsto dagli Obiettivi del Millennio agli altri due pilastri, economico ed ambientale. L'adozione dell'Agenda globale delle Nazioni Unite per lo Sviluppo Sostenibile e degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile 2030 rappresenta, infatti, un «passag-

Si tratta, a ben vedere, di documenti, che hanno il merito di aver fatto emergere e aver dato riconoscimento a livello globale alla categoria dello “sviluppo sostenibile” quale sviluppo che consente alla generazione presente di soddisfare i propri bisogni senza compromettere quelli delle generazioni future.

Sembra quindi che i principi di sostenibilità e di equità intergenerazionale, strettamente collegati tra loro, si stiano imponendo come concetti emergenti del costituzionalismo contemporaneo, pronti, ormai, ad assumere il valore di “paradigmi postmoderni” capaci, come tali, di innervare il diritto globale ed il complesso degli ordinamenti¹⁹.

Se così è, è evidente che il principio di equità intergenerazionale è venuto ad assumere una rilevanza anche come parametro dei giudizi di legittimità costituzionale.

3. *Il principio di equità intergenerazionale in chiave economica-finanziaria nella giurisprudenza costituzionale*

Le considerazioni che precedono ci portano ad esaminare i passaggi che, nella giurisprudenza costituzionale, hanno portato all'individuazione ed alla conseguente affermazione del principio di equità intergenerazionale in ottica economico-finanziaria.

Preme, innanzitutto, evidenziare che il riferimento all'equità intergenerazionale è assai risalente nella giurisprudenza costituzionale²⁰, anche se, per lungo tempo il riferimento a tale principio è stato utilizzato prevalentemente (per non dire unicamente) al riguardo di tematiche ambientali e sociali²¹.

gio chiave» per l'affermazione del principio dello sviluppo sostenibile a livello globale, in quanto è stato espresso un chiaro giudizio sull'insostenibilità dell'attuale modello di sviluppo, non solo sul piano ambientale, ma anche su quello economico e sociale. In altre parole, si è quindi superata l'idea tradizionale della “sostenibilità” quale questione esclusivamente ambientale e si è affermata una “visione integrata” delle diverse dimensioni dello sviluppo. Pertanto, ogni paese (senza più distinzione tra paesi sviluppati, emergenti e in via di sviluppo) deve impegnarsi a definire una propria strategia di sviluppo sostenibile, che consenta di raggiungere i relativi obiettivi, rendicontando sui risultati conseguiti all'interno di un processo coordinato dall'ONU.

¹⁹ Così D. PORENA, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017, 10.

²⁰ Il riferimento all'equità intergenerazionale, è, infatti, già individuabile nelle sentenza della Corte costituzionale n. 259 del 19 luglio 1996, nella quale la Corte sottolinea che la salvaguardia e l'utilizzo delle risorse idriche deve svolgersi nel rispetto dei “criteri di solidarietà” e del «diritto fondamentale dell'uomo (e delle generazioni future) all'integrità del patrimonio ambientale», precisando che «questo interesse è presupposto in linea di principio esistente in relazione alla limitatezza delle disponibilità e alle esigenze prioritarie (specie in una proiezione verso il futuro), di uso dell'acqua, suscettibile, anche potenzialmente, di utilizzazione collimante con gli interessi generali». Il richiamo è, dunque, all'argomento temporale della sostenibilità ambientale.

²¹ A mero titolo esemplificativo vedi Corte Costituzionale, sentenze n. 246 del 2009 («de

Soltanto di recente, e precisamente a partire dalla riforma costituzionale del 2012, tale principio è emerso nella giurisprudenza costituzionale nella sua accezione economico-finanziaria²².

Tra queste, un passaggio fondamentale è senz'altro rappresentato dalla sentenza n. 88 del 2014, in cui la Corte ha affermato con forza che il principio della sostenibilità del debito pubblico «implica una responsabilità che, in attuazione di quelli «fondanti» di solidarietà e di eguaglianza, non è solo delle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, ivi compresi quelli delle *generazioni future*».

Si tratta di un passaggio chiave, posto che mai prima di allora era stato affermato con tanta nitidezza.

Un passaggio che viene a trovare ulteriori specificazioni nei successivi orientamenti della Corte Costituzionale, laddove afferma due valori fondanti il diritto del bilancio: quello del bilancio come bene pubblico²³, quello, consequenziale al primo, del bilancio che “deve” garantire l'equità intergenerazionale²⁴. Il riferimento è, in particolare, alle sentenze n. 184 del 2016 e n. 18 del 2019²⁵.

acque costituiscono una risorsa che va tutelata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà; qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i *diritti delle generazioni future* a fruire di un integro patrimonio ambientale ... garantire i *diritti delle generazioni future* e tutelare, tra l'altro, la vivibilità dell'ambiente ... la finalità di garantire la tutela e l'uso, secondo criteri di solidarietà, delle risorse idriche, salvaguardando la vivibilità dell'ambiente e le aspettative ed i *diritti delle generazioni future* a fruire di un integro patrimonio ambientale e le altre finalità tipicamente ambientali individuate ...», nn. 29 e 142 del 2010 (... le aspettative ed i *diritti delle generazioni future* a fruire di un integro patrimonio ambientale...), n. 67 del 2013 (...le aspettative ed i *diritti delle generazioni future* a fruire di un integro patrimonio ambientale...).

²² Cfr. Corte costituzionale, sentenze n. 88 del 2014 («...in definitiva tutti i cittadini, devono, anche nella ricordata ottica di *equità intergenerazionale*, essere coinvolti nei sacrifici necessari per garantire la sostenibilità del debito pubblico... l'attuazione dei nuovi principi, e in particolare di quello della sostenibilità del debito pubblico, implica una responsabilità che, in attuazione di quelli «fondanti» ... di solidarietà e di eguaglianza, non è solo delle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, ivi compresi quelli delle *generazioni future*...»), n. 107 del 2016 e n. 6 del 2017 («...non può tuttavia disconoscersi la problematicità di soluzioni normative continuamente mutevoli come quelle precedentemente evidenziate, le quali prescrivono il riassorbimento dei disavanzi in archi temporali molto vasti, ben oltre il ciclo di bilancio ordinario, con possibili ricadute negative anche in termini di *equità intergenerazionale*...»).

²³ In dottrina si rinvia a M. DEGNI, P. DE IOANNA, *Il bilancio è un bene pubblico. Potenzialità e criticità delle nuove regole del bilancio dello Stato*, Roma, 2017.

²⁴ In dottrina si veda *ex multis*, N. LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse*, in www.amministrazioneincammino.it, 2011, il quale sottolinea che l'equità tra le generazioni «a ben vedere, è il valore costituzionale più chiaramente sotteso al principio del pareggio di bilanci». Si ricorda che il legame tra il principio dell'equilibrio finanziario e il più generale principio di responsabilità dello Stato era stato già molto prima della riforma del 2012 evidenziato dalla dottrina proprio con riferimento a quelli che vennero definiti «diritti di domani» C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 551.

²⁵ In riferimento al principio che il bilancio pubblico “deve” garantire l'equità intergenera-

In buona sostanza, questa chiave di lettura offerta dalla giurisprudenza costituzionale, introduce un altro passaggio fondamentale per l'affermazione del principio di equità intergenerazionale, quando lega in modo indissolubile il diritto del bilancio al principio democratico, quale espressione di quel rapporto di fiducia su cui si basa l'intero sistema²⁶.

Ricorda, infatti, la Corte «che il bilancio è un bene pubblico nel senso che è funzionale a sintetizzare e rendere certe le scelte dell'ente territoriale, sia in ordine all'acquisizione delle entrate, sia alla individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche, onere inderogabile per chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività ed a sottoporsi al giudizio finale afferente il confronto tra il programmato e il realizzato»²⁷.

In questa prospettiva il bilancio quale espressione del principio democratico è fortemente legato alla dimensione temporale, e quindi implicitamente alla equità intergenerazionale, posto che da un lato, deve essere garantito alle generazioni presenti di valutare gli effetti delle scelte politiche di coloro che li hanno amministrati, e dall'altro, deve essere garantita alle generazioni future la possibilità di giudicare gli amministratori (futuri) per le scelte da loro effettuate e non per quelle effettuate dai precedenti amministratori.

zionale si richiama la sentenza n. 18 del 2019 per la particolare “notorietà mediatica”, anche se, invero, principi conformi la Corte aveva già espresso in sentenze precedenti, *ex multis* sentenze n. 107 del 2016 e n. 6 del 2017. Si ricorda, al riguardo delle sentenze precedenti alla c.d. sentenza di San Valentino (così “appellata” per la data del deposito della sentenza n. 18 del 2019), che le suddette sentenze, che per prime hanno affermato il principio dell'equità intergenerazionale in ottica finanziaria, hanno trovato origine in giudizi di costituzionalità promossi in via principale, ed aventi ad oggetto rispettivamente la legge della Regione Molise n. 25 del 2014, recante l'assestamento del bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2014 e la legge della Regione Sardegna recante il bilancio di previsione per l'anno 2016 e il bilancio pluriennale per gli anni 2016-2018. Nel caso della legge molisana, si trattava di un intervento volto a spalmare in dieci anni il cosiddetto “disavanzo tecnico” derivante da un ri-accertamento straordinario dei residui passivi e attivi. La norma della regione Sardegna, viceversa, a fronte di un analogo disavanzo tecnico, si limitava a rinviare la copertura dello stesso ad imprecisati esercizi successivi. Al di là dell'esito dei giudizi – di infondatezza il primo, di accoglimento il secondo –, quello che qui vale la pena osservare è l'attenzione della Corte posta, in entrambe le circostanze, alla «problematicità di soluzioni normative, mutevoli e variegate [che] prescrivono il riassorbimento dei disavanzi in archi temporali lunghi e differenziati, ben oltre il ciclo di bilancio ordinario, con possibile ricadute negative anche in termini di equità intergenerazionale». Il principio è stato, poi, posto anche a fondamento di successive sentenze (cfr. sentenza n. 4 del 2020).

²⁶ Sull'intricato rapporto tra Democrazia e Bilancio si rinvia alla pubblicazione degli atti del Secondo convegno nazionale di Contabilità Pubblica, «Democrazia e bilancio pubblico», svoltosi a Venezia il 28 e 29 novembre 2019.

²⁷ Così Sentenza Corte costituzionale n. 184 del 2016, «in altre parole, la specificazione delle procedure e dei progetti in cui prende corpo l'attuazione del programma, che ha concorso a far ottenere l'investitura democratica, e le modalità di rendicontazione di quanto realizzato costituiscono competenza legislativa di contenuto diverso dall'armonizzazione dei bilanci».

Emblematica di questa interrelazione tra bilancio come bene pubblico, principio democratico ed equità intergenerazionale, è la sentenza n. 18 del 2019²⁸, nella quale si dichiara “l’incostituzionalità” di una norma che, nel prefigurare in ordine ai piani di riequilibrio il ripiano trentennale delle anticipazione di liquidità, portava a destinare per un arco temporale lunghissimo alla spesa corrente somme che avrebbero dovuto essere destinate al rientro del disavanzo, così spostando, gli oneri di ripiano sulle gestioni future²⁹.

Semmai c’è da chiedersi se la dilazione temporale, chiaramente penalizzante le generazioni future, non sia stata introdotta dal legislatore per non ridurre l’erogazione dei servizi a favore delle generazioni presenti (*rectius* l’attuale corpo elettorale).

Ed è evidente che questa latente contrapposizione tra generazioni presenti e generazioni future è il cuore del problema e che la sfida futura si giuoca proprio nel riuscire ad operare un bilanciamento tra queste opposte esigenze.

Rimanendo sul piano finanziario un ausilio potrebbe desumersi dalla “costituzionalizzazione” del principio di buona e prudente programmazione e di trasparenza dei conti pubblici³⁰.

²⁸ Si veda deliberazione della sezione delle Autonomie della Corte dei conti n. 8 del 2019, in riferimento ai criteri direttivi per la corretta attuazione degli “effetti” conseguenti alla declaratoria di incostituzionalità della sentenza n. 18 della Corte costituzionale depositata il 14 febbraio 2019 sui piani di riequilibrio in corso di esecuzione e/o già approvati dalle Sezioni regionali di controllo, nonché su quelli in corso di istruttoria presso la competente Commissione ministeriale.

²⁹ Per approfondimenti sulla sentenza n. 18 del 2019 della Corte costituzionale, si veda P. SANTORO, *L’accesso alla giustizia costituzionale delle sezioni regionali di controllo della corte dei conti in materia di equilibri finanziari*, in www.contabilità-pubblica.it, 2019; P. PRINCIPATO, *La Corte costituzionale fissa i confini della procedura di riequilibrio finanziario pluriennale*, in *dirittoeconomi*, 2019; E. CAVASINO, *La dimensione costituzionale del “diritto del bilancio”. Un itinerario di giurisprudenza costituzionale dalla sentenza n. 196 del 2018 alle nn. 18 e 105 del 2019*, in *BilancioComunitàPersona*, n. 1, 2019; F. S. ALTAVILLA, *La sentenza di San Valentino. La Corte costituzionale e il controllo “neocavouriano” della Corte dei conti, a tutela del bilancio “bene pubblico” e delle generazioni future*, in *BilancioComunitàPersona*, n. 1, 2019; F. SUCAMELI, *Il giudizio di parifica tra costituzionalismo antico e moderno. Il modello cavouriano e il lungo percorso verso la sentenza di San Valentino*, in *Riv. Corte conti*, n. 1, 2019.

³⁰ Per il principio di buona e prudente programmazione si rinvia a Corte costituzionale sentenze n. 184 del 2016 («...ed in effetti nelle censure mosse in relazione al d.lgs. n. 118 del 2011, quale norma interposta, vengono richiamate disposizioni ascrivibili, sotto il profilo teleologico, sia al coordinamento della finanza pubblica, sia alla disciplina degli equilibri di bilancio di cui all’art. 81 cost., sia al principio del buon andamento finanziario e della programmazione di cui all’art. 97 Cost...»), n. 10 del 2016 («...il principio del buon andamento – ancor più alla luce della modifica intervenuta con l’introduzione del nuovo primo comma dell’art. 97 cost. ad opera della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 «Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale» – è strettamente correlato alla coerenza della legge finanziaria regionale e di quella di bilancio con la programmazione delle attività e dei servizi che si intendono finanziare a legislazione vigente...»), n. 129 del 2016 («...la mancata previsione di un termine per l’adozione del decreto ministeriale volto a determinare la quota di riduzione spettante a ciascun Comune lederebbe l’autonomia finanziaria e il buon andamento dell’amministrazione dell’ente medesimo, incidendo

In particolare il principio di buona e prudente programmazione si collega al principio di responsabilità politica e quindi anche al principio di equità intergenerazionale in ottica economico – finanziaria; mentre il principio di trasparenza dei conti pubblici si collega al principio democratico, posto che la mancanza di trasparenza dei conti pubblici può creare delle “zone d’ombra” in grado di rendere ardua non soltanto la giustiziabilità di disposizioni non conformi a Costituzione, ma anche il giudizio delle collettività sulle scelte politiche e finanziarie dei governi che le amministrano³¹.

L'eventuale tardività nell'adozione del decreto ministeriale sulla redazione del bilancio finanziario del Comune ... un intervento di riduzione dei trasferimenti che avvenisse a uno stadio avanzato dell'esercizio finanziario comprometterebbe un aspetto essenziale dell'autonomia finanziaria degli enti locali, vale a dire la possibilità di elaborare correttamente il bilancio di previsione, attività che richiede la previa e tempestiva conoscenza delle entrate effettivamente a disposizione...», n. 6 del 2019 («in sostanza, l'equilibrio complessivo – a meno di non voler pregiudicare con una sproporzionata compressione l'autonomia di un singolo ente territoriale – deve essere congruente e coordinato con l'equilibrio della singola componente aggregata se non si vuole compromettere la programmazione e la scansione pluriennale dei particolari obiettivi che compongono la politica della Regione ... la disposizione impugnata deve essere conseguentemente dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevede, nel triennio 2018-2020, adeguate risorse per consentire alla Regione autonoma Sardegna una fisiologica programmazione nelle more del compimento, secondo i canoni costituzionali, della trattativa finalizzata alla stipula dell'accordo di finanza pubblica...»). Per il principio di trasparenza dei conti pubblici si rinvia a Corte costituzionale sentenze n. 247 del 2017 («...sarebbe violato anche il principio di veridicità e di trasparenza dei bilanci e di responsabilità politica per gli stessi, implicito, oltre che nel richiamato art. 81 cost., nelle norme statutarie che riservano al Consiglio regionale l'approvazione dei bilanci ... e infatti, l'organo rappresentativo, che risponde al corpo elettorale, si troverebbe a dover approvare un bilancio non trasparente e non veritiero, perché l'avanzo degli esercizi precedenti, pur registrato nelle scritture contabili della Regione, non sarebbe utilizzabile ai fini del pareggio di bilancio, ma imputato al consolidamento dei conti della pubblica amministrazione. L'elettore verrebbe così privato della possibilità di comprendere l'effettivo andamento della finanza regionale e di valutare corrispondentemente l'operato degli amministratori e dei rappresentanti eletti, in base a quanto già statuito da questa Corte ... in relazione al concreto pericolo di reiterazione di situazioni di problematica compatibilità della legislazione in materia finanziaria con il dettato costituzionale, è opportuno che il legislatore adotti una trasparenza divulgativa a corredo degli enunciati di più complessa interpretazione e attuazione, poiché non potrebbe ritenersi consentito un abuso della “tecnicità contabile” finalizzato a creare indiretti effetti novativi sulla disciplina specificativa dei principi costituzionali di natura finanziaria e di quelli ad essi legati da un rapporto di interdipendenza...») e n. 101 del 2018 («...la pianificazione del riparto di risorse conseguente alla riforma deve necessariamente utilizzare metodologie di stima preventiva, ma che tale operazione «rimane un fenomeno intrinsecamente giuridico e costituzionalmente rilevante», perché «riguarda anche gli interessi delle diverse collettività locali coinvolte, le quali hanno diritto ad un'informazione chiara e trasparente sull'utilizzazione del prelievo obbligatorio e sulla imputabilità delle scelte politiche sottese al suo impiego»... complesso e non di rado oscuro ordito normativo, in ordine al quale questa Corte ha già rilevato un deficit di trasparenza bisognoso di un tempestivo e definitivo superamento...»).

³¹ Così sentenze Corte costituzionale n. 247 del 2017 e n. 101 del 2018, in cui espressamente sottolineato che la Corte non ignora il pericolo che «l'accentuarsi della complessità tecnica della

4. *Il principio di equità intergenerazionale in chiave economica – finanziaria nella legislazione contabile*

Le considerazioni sin qui svolte ci portano ad affrontare l'ultimo piano di indagine: quello dello strumentario contabile in rapporto al principio dell'equità intergenerazionale. Ebbene l'art. 81 cost., indica praticamente la strada, nel rimettere alla legge di attuazione i "criteri" volti ad assicurare l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico per il complesso delle pubbliche amministrazioni³²; principi che peraltro proprio con riferimento agli enti territoriali devono essere integrati con i principi contabili del d.lgs. n. 118 del 2011 (e suc. mod.) che riguardano l'armonizzazione dei bilanci di cui all'art. 117 Costituzione³³.

Il riferimento è a quell'intricato "armamentario contabile" fatto di principi e di regole contabili che, nel fissare disposizioni in ordine alla articolazione dei bilanci in missioni e programmi, alla competenza finanziaria rafforzata, all'avanzo di amministrazione, al Fondo pluriennale vincolato, al Fondo crediti di dubbia esigibilità, all'integrazione della contabilità finanziaria con la contabilità economica patrimoniale, disegnano una contabilità che deve muoversi entro i due principi fondanti il diritto del bilancio: equilibrio e sostenibilità.

Si tratta, dunque, di regole che delineano un ordinamento contabile tutto teso a rappresentare la gestione del bilancio in termini di effettività sotto il profilo dell'impatto finanziario e temporale delle spese e delle entrate.

Così la competenza rafforzata, con la previsione della registrazione contabile delle obbligazioni giuridiche in considerazione della loro *esigibilità*, conferisce effettività alle entrate ed alle spese, mentre il Fondo pluriennale vincolato ed il Fondo crediti di dubbia esigibilità, istituiti per risolvere l'annoso problema dei residui attivi e passivi, consentono con il primo (Fondo pluriennale vincolato) di rendere evidente la distanza che intercorre temporalmente tra l'acquisizione delle

legislazione in materia finanziaria possa determinare effetti non in linea con il dettato costituzionale e creare delle *zone d'ombra* in grado di rendere ardua la giustiziabilità di disposizioni non conformi a Costituzione. In ogni caso, è concreto il rischio che un tale modo di legiferare pregiudichi la trasparenza in riferimento al rapporto tra politiche di bilancio, responsabilità politica delle strategie finanziarie e accessibilità alle informazioni da parte delle collettività amministrare». Sul profilo della trasparenza si rinvia a A. CAROSI, *Il principio di trasparenza nei conti pubblici*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2018.

³² Il riferimento è alla legge di attuazione n. 243 del 2012 che peraltro proprio con riferimento agli enti territoriali è stata successivamente modificata dalla legge n. 164 del 2016.

³³ Ed infatti, come affermato dalla Corte costituzionale, il d.lgs. n. 118 del 2011 non contiene disposizioni ispirate soltanto all'armonizzazione dei bilanci, collocandosi contemporaneamente in posizione autonoma e strumentale rispetto ai principi di equilibrio del bilancio e di buon andamento, configurandosi, quindi, come norma interposta. È, infatti, al centro di un «intreccio polidirezionale delle competenze statali e regionali in una sequenza dinamica e mutevole della legislazione» afferente ai parametri costituzionali posti a presidio degli interessi finanziari (Cfr. Sent. Corte cost. n. 184 del 2016).

fonti di finanziamento e l'effettivo impiego delle risorse, con il secondo (Fondo crediti di dubbia esigibilità) di impedire l'utilizzo di entrate di dubbia e difficile esazione nell'esercizio a copertura di spese esigibili nel medesimo esercizio³⁴.

Dunque, regole che, nel supportare il principio di trasparenza dei conti pubblici, dovrebbero far emergere anche il "livello di effettività" del principio di equità intergenerazionale. Queste regole rientrano, infatti, nel processo di armonizzazione, vale a dire, in quel processo (art. 117 cost.) finalizzato a realizzare l'omogeneità dei sistemi contabili per rendere i bilanci delle amministrazioni pubbliche raffrontabili, in modo da soddisfare le esigenze informative connesse sia ai vari obiettivi sia all'impatto delle spese sulle generazioni future.

È evidente che in tutto questo c'è un rischio dovuto al fatto che l'armonizzazione dei sistemi contabili può, se attuata attraverso tecnicismi contabili, non rendere trasparente, conoscibile e comparabile la gestione del bilancio, facendo venir meno anche il principio di responsabilità politica nei confronti degli amministratori³⁵.

5. *La prospettiva della contabilità di mandato quale «strumento contabile di sostenibilità»*

Ebbene, in questo difficile quadro, sembra più che mai centrale il riferimento, operato sia dalla giurisprudenza costituzionale che dalla dottrina, alla necessità di introdurre la c.d. contabilità di mandato, quale strumento contabile volto «a rendere conto» delle decisioni di entrata e di spesa operate durante il mandato elettorale, assicurando l'esercizio della funzione di controllo politico da parte degli elettori, e quindi l'effettività del principio di *accountability* tra amministratori e amministratori³⁶.

Sul punto è intervenuta anche la Corte costituzionale che nell'affrontare la questione della trasparenza dei conti pubblici ha sottolineato come «i moduli standardizzati dell'armonizzazione dei bilanci, i quali devono innanzitutto servire a rendere omogenee, ai fini del consolidamento dei conti e della loro

³⁴ Cfr. P. SANTORO, *La resilienza della legge rinforzata sugli equilibri di bilancio: moniti e correttivi della Consulta*, in www.giuristidiamministrazione.com, 2018.

³⁵ A. CAROSI, *Il principio di trasparenza nei conti pubblici...*, op.cit., 835 «Sotto il profilo normativo e amministrativo le prassi finanziarie contemporanee tendono a creare un mosaico opaco, rispetto al quale il controllo democratico rimane non di rado impotente: di fronte a questa caligine il cittadino di media ma anche elevata diligenza, così come molti rappresentanti delle istituzioni pubbliche, vivono in una situazione di precaria percezione».

³⁶ *Ivi*, cit., 839; G. BOGGERO, *La Corte costituzionale mette un freno al deficit spending degli enti locali che danneggia le generazioni presenti e future*, in *diritticomparati*, 2019; M. BERGO, *Il coordinamento della finanza pubblica nella giurisprudenza costituzionale: verso l'umanizzazione dei precetti contabili*, in *BilancioComunitàPersona*, n. 2, 2019, 36-38. Per le caratteristiche salienti della "contabilità di mandato" si veda, anche, sentenze Corte costituzionali n. 184 del 2016, n. 228 del 2017 e n. 18 del 2019.

reciproca confrontabilità, le contabilità dell'universo delle pubbliche amministrazioni, così articolato e variegato in relazione alle missioni perseguite, non sono idonei, di per sé, ad illustrare le peculiarità dei programmi, delle loro procedure attuative, dell'organizzazione con cui vengono perseguiti, della rendicontazione di quanto realizzato. Le sofisticate tecniche di standardizzazione, indispensabili per i controlli della finanza pubblica ma caratterizzate dalla difficile accessibilità informativa per il cittadino di media diligenza, devono essere pertanto *integrate* da esposizioni incisive e divulgative circa il rapporto tra il mandato elettorale e la gestione delle risorse destinate alle pubbliche finalità³⁷.

Queste affermazioni operate dalla Corte costituzionale sembrano quindi “aprire” all'introduzione di nuovi strumenti contabili-gestionali, da “affiancare” agli strumenti contabili-tradizionali, seppur prospettabili, pressoché esclusivamente nell'ambito degli enti territoriali, proprio in nome del principio di sussidiarietà.

Un primo passo verso questa nuova declinazione degli strumenti contabili, forse può essere individuato nella predisposizione obbligatoria della relazione di inizio e di fine mandato, anche se la collocazione dei due adempimenti nel decreto premi e sanzioni, non può che enfatizzarne la natura punitiva a scapito di quella di trasparenza – ricostruttiva di un “circuito fiduciario”.

I due adempimenti, dalla natura obbligatoria, sembrano infatti dare una risposta al clima di “non fiducia”, in quanto la relazione di inizio mandato dovrebbe rappresentare il “contraltare” della relazione di fine mandato.

E comunque, a prescindere dall'intento punitivo che ha ispirato il legislatore nel rendere entrambe obbligatorie, è certo che le due relazioni dovrebbero essere funzionali al principio della rappresentanza democratica. Il condizionale però è d'obbligo dato che è possibile rilevare due aspetti critici che ne minano le finalità.

Il primo riguarda la diversa struttura delle due relazioni. Il legislatore ha infatti previsto uno schema tipo obbligatorio per quella di fine mandato, mentre per quella di inizio mandato si è limitato a dare alcune indicazioni generiche sugli elementi essenziali³⁸. Il che ha comportato l'impossibilità di una “verifica di continuità” che, invece, il raffronto delle due relazioni avrebbe dovuto consentire. Il diverso peso “politico” delle due relazioni si ricava peraltro anche dal diverso rapporto con il controllo esterno della Corte dei conti. Infatti la norma ha previsto “soltanto” per la relazione di fine mandato l'obbligo dell'invio³⁹, da parte dell'amministrazione locale, alla sezione regionale di controllo della Corte dei conti⁴⁰. Come pure per l'omesso inoltro ovvero per la mancata predisposizione

³⁷ Così Sentenza Corte costituzionale n. 184 del 2016.

³⁸ Ogni ente è pertanto libero di decidere quali dati e informazioni riportare e quali schemi, tabelle e prospetti inserire nella relazione di inizio mandato.

³⁹ Tuttavia, la magistratura contabile vigila indirettamente anche sul corretto adempimento dell'obbligo di invio della relazione di inizio mandato attraverso i suoi questionari.

⁴⁰ Per quanto riguarda i parametri sulla cui base le Sezioni regionali devono svolgere il

della relazione, la norma ha previsto, soltanto per la relazione di fine mandato, una sanzione a carattere pecuniario⁴¹.

controllo sulle relazioni di fine mandato e sui relativi esiti, la Sezione delle autonomie, nella deliberazione n. 15/2015/QMIG, ha evidenziato come l'art. 4 del d.lgs. n. 149 del 2011 non sembra fornire chiari elementi in merito. È ragionevole ritenere, tuttavia, che la verifica affidata alla Sezione di controllo deve, in primo luogo, avere ad oggetto l'accertamento formale del rispetto della tempistica imposta dallo stesso legislatore agli Enti locali in prossimità della scadenza del mandato elettorale: tempistica relativa alla redazione/sottoscrizione, al successivo invio ai fini certificatori e alla trasmissione della relazione medesima alla magistratura contabile. Tuttavia, rilevato che tale relazione costituisce, secondo le espresse intenzioni del legislatore, uno strumento di trasparenza delle decisioni di entrata e di spesa finalizzato a garantire il coordinamento della finanza pubblica, anche il ruolo delle Sezioni regionali non può che essere funzionale ad assicurare la sana gestione finanziaria degli enti territoriali, nonché il rispetto degli obiettivi di governo dei conti pubblici concordati in sede europea (Corte costituzionale, sentenze n. 60/2013, n. 198/2012 e n. 179/2007). Conseguentemente, le Sezioni regionali di controllo sono tenute a procedere all'esame delle relazioni di fine mandato, accertando, in particolare, il rispetto dei contenuti previsti dal decreto interministeriale del 26 aprile 2013. Fra questi sono indicati, in apposito paragrafo, i «Rilievi degli organismi esterni di controllo», ripartiti in due sottoparagrafi, dedicati, il primo, agli accertamenti condotti dalla Sezione regionale di controllo (ed alle eventuali sentenze delle Sezioni giurisdizionali) ed, il secondo, ai rilievi verbalizzati dall'organo di revisione. Il contenuto della relazione, quindi, potrà essere valutato, in un'ottica di controllo successivo di legalità finanziaria, anche in ordine alla valutazione della c.d. "sana gestione finanziaria" dell'ente che la Sezione regionale effettua ai sensi dell'art. 1, comma 166 e seguenti, della Legge n. 266/2005 (cfr. SRC Veneto, deliberazione n. 419/2014/VSG). In definitiva la valutazione che la Corte dei conti è tenuta ad elaborare costituisce la "summa" dei risultati acquisiti con le diverse attività di controllo (di natura finanziaria/sulla gestione) che il legislatore nazionale ha intestato alle Sezioni regionali di controllo, rendendole così responsabili della verifica dell'effettivo perseguimento del principio del buon andamento ex art. 97 cost. (cfr. SRC Basilicata, deliberazione n. 30/2016/PAR). Fermo quanto sopra, pur nel silenzio della norma, in considerazione del fatto che la parte IV, paragrafo n.1, del c.d. "schema tipo" è espressamente dedicata ai «Rilievi della Corte dei conti», richiedendosi a tale fine di «indicare se l'Ente è stato oggetto di deliberazioni, pareri, relazioni, sentenze in relazione ai rilievi effettuati per gravi irregolarità contabili in seguito di commi 166-168 dell'art. 1 della legge 266/2005», e «se la risposta è affermativa, riportarne in sintesi il contenuto», si ritiene che la Sezione non possa esimersi dal verificare la corrispondenza (intesa come veridicità, correttezza e completezza) delle informazioni riportate nella relazione rispetto ai dati che sono in suo possesso. Tale tipologia di informazioni, infatti, oltre ad essere espressamente richiesta ai sensi del comma 4, lett. b), dell'articolo in questione, si appalesa come attuazione del fondamentale principio della «circolazione organizzata delle informazioni» già affermato dalla Corte costituzionale ed in base al quale non solo le gestioni pubbliche devono essere improntate alla trasparenza, ma l'informazione sulle stesse deve essere resa fruibile da parte di tutti. «Nel novero di dette informazioni, assurge ad elemento conoscitivo principale del corretto utilizzo delle risorse della collettività il sistema di bilancio, le cui risultanze emergono nella stessa relazione di fine mandato: sistema che deve contemporaneamente assolvere alla funzione politico-amministrativa, alla funzione economico-finanziaria ed alla più generale funzione informativa al fine di soddisfare le esigenze comuni della gran parte degli utilizzatori» (cfr. SRC Veneto, deliberazione n. 419/2014/VSG).

⁴¹ In particolare: a) qualora il presidente della giunta regionale non proceda alla pubblicazione della relazione sul sito istituzionale l'importo dell'indennità di mandato è ridotto della metà,

Il secondo aspetto è ancor più rilevante per la ragione che riguarda la struttura stessa della Relazione di fine mandato. Infatti la norma prevede l'inserimento obbligatorio solo di alcune specifiche informazioni⁴², che pur inscrivendosi nel più recente percorso intrapreso dal legislatore verso l'adozione di documenti finalizzati a rendere trasparente l'attività svolta dagli amministratori pubblici, non sembrano caratterizzarsi per quel "contenuto divulgativo" richiamato dalla Corte costituzionale⁴³.

Se dunque le Relazioni di inizio e di fine mandato, pur con i limiti denunciati, possono rappresentare un primo passo verso la c.d. contabilità di mandato, è auspicabile che tale percorso trovi ulteriori spazi anche nella legislazione regionale, considerato che questa potrebbe dare una risposta al *deficit di trasparenza-responsabilità* innescato dalla politica dei c.d. tagli lineari, che ha sicuramente indotto una «traslazione della responsabilità politica» dal centro alle amministrazioni locali, poiché intuitivamente le collettività e i singoli tendono ad attribuire a queste ultime la riduzione del *welfare* e l'insufficienza dei servizi di base.

Il riferimento alla c.d. contabilità di mandato sembra, quindi, sottendere ad

con riferimento alle successive tre mensilità, e in termini analoghi si riducono gli emolumenti del responsabile del servizio bilancio e finanze della regione e dell'organo di vertice dell'amministrazione regionale, qualora non abbiano predisposto la relazione, fermo restando comunque l'obbligo da parte del presidente di dar notizia, motivandone le ragioni, della mancata pubblicazione della relazione sul sito istituzionale dell'ente; b) in caso di mancata redazione e pubblicazione sul sito istituzionale della relazione, l'importo dell'indennità di mandato del sindaco è ridotto della metà, con riferimento alle successive tre mensilità, e corrispondente riduzione si applica agli emolumenti del responsabile del servizio finanziario del comune e del segretario generale, qualora non abbiano predisposto la relazione, fermo restando comunque l'obbligo da parte del sindaco di dar notizia, motivandone le ragioni, della mancata pubblicazione della relazione sul sito istituzionale dell'ente.

⁴² La struttura stessa della Relazione di fine mandato prevede, infatti, l'inserimento obbligatorio solo di alcune specifiche informazioni, e specificatamente quelle riguardanti: «a) il sistema ed esiti dei controlli interni; b) gli eventuali rilievi della Corte dei conti; c) le azioni intraprese per il rispetto dei saldi di finanza pubblica programmati e stato del percorso di convergenza verso i fabbisogni standard; d) la situazione finanziaria e patrimoniale, anche evidenziando le carenze riscontrate nella gestione degli enti controllati (..) ai sensi dei numeri 1 e 2 del comma primo dell'articolo 2359 del codice civile, ed indicando azioni intraprese per porvi rimedio; e) le azioni intraprese per contenere la spesa e stato del percorso di convergenza ai fabbisogni standard, affiancato da indicatori quantitativi e qualitativi relativi agli *output* dei servizi resi, anche utilizzando come parametro di riferimento realtà rappresentative dell'offerta di prestazioni con il miglior rapporto qualità-costi; f) la quantificazione della misura dell'indebitamento provinciale o comunale» (d. lgs. n. 149 del 2011, art. 4/4).

⁴³ Al riguardo occorre evidenziare che i ritardi che si sono registrati nell'adozione dei decreti ministeriali che avrebbero dovuto stabilire gli schemi tipo della Relazione di fine mandato non possono che dimostrare la resistenza a questo nuovo percorso intrapreso dal legislatore verso l'adozione di documenti finalizzati a rendere trasparente l'attività svolta dagli amministratori pubblici nei confronti degli elettori nel rispetto del principio di *accountability* a cui sono tenuti i soggetti investiti di cariche istituzionali nei confronti della comunità rappresentata (cfr. Corte dei conti, Sezione Autonomie deliberazione n. 15/2015/QMIG).

un'accezione più ampia e divulgativa dell'intero processo di bilancio, ed anche dello "strumentario contabile", quale strumento volto a "rigenerare" il "principio di responsabilità delle amministrazioni"⁴⁴.

6. *Riflessioni conclusive*

Volendo prospettare alcune riflessioni conclusive sembra possibile affermare, anche sulla base della più recente giurisprudenza costituzionale, che il nuovo diritto del bilancio, retto dai principi di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito, contiene in sé il riconoscimento del principio di equità intergenerazionale quanto meno in una dimensione di sostenibilità finanziaria.

Se, infatti, è vero che le Carte costituzionali sono, per loro stessa natura, destinate a durare nel tempo, e ciò potrebbe portare ad affermare che «l'attenzione verso le generazioni future sia addirittura il presupposto di ogni Costituzione moderna», in quanto ogni Costituzione, per poter durare nel tempo, «deve farsi carico di tutelare quanti in un futuro, più o meno lontano, si troveranno a comporre la società di cui quella Costituzione continuerà ad essere norma fondante»⁴⁵, è pur vero che una tale chiave di lettura si presta ad essere alquanto sfumata e corre il rischio di risolversi in una mera enunciazione di principio.

Non è un caso, infatti, che, nonostante sia ormai matura la consapevolezza che la sostenibilità è un bene giuridico dal salvaguardare nelle sue diverse declinazioni e che i diritti delle generazioni future nel guardare alla sostenibilità finanziaria non possono tralasciare anche la sostenibilità ambientale⁴⁶, è anche vero

⁴⁴ E questo appare più che mai auspicabile se si pensa alle recenti proposte normative "in materia di rafforzamento delle attribuzioni e competenze della Corte dei conti", che potrebbero, invece, innescare una "fuga dal principio di responsabilità" delle amministrazioni. Il riferimento è, in particolare, all'introduzione di un nuovo "controllo preventivo facoltativo", che da un lato amplia gli atti sottoposti al controllo preventivo di legittimità, e dall'altro introduce la riduzione alla metà (o ad un terzo) dei tempi dei procedimenti del controllo preventivo di legittimità, nonché una esimente della colpa grave collegata alla scadenza dei relativi termini. Si veda per approfondimenti *Delibera delle Sezioni riunite in sede consultiva nell'adunanza del 10 aprile 2020* "parere in merito all' articolo normativo in materia di rafforzamento delle attribuzioni e competenze della Corte dei conti – ODG 407-D". In senso fortemente critico G. MELETTI, *Corte dei Conti libera tutti: i controlli si autoaffondano*, in *Il fatto quotidiano*, 24 aprile 2020.

⁴⁵ Così G. D'ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale...*, op.cit., 631-632.

⁴⁶ Si ricordano il Disegno di legge «Modifiche agli articoli 2, 9 e 41 della Costituzione, in materia di tutela dell'ambiente e di promozione dello sviluppo sostenibile» (A.S. n. 2951 presentato il 20 ottobre 2017), il Disegno di legge «Modifica dell'articolo 9 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, protezione della biodiversità e degli animali, promozione dello sviluppo sostenibile, anche nell'interesse delle future generazioni» (A.S. 1203 del 2 aprile 2019), il Disegno di legge «Modifiche agli articoli 2 e 9 della Costituzione in materia di equità intergenerazionale, sviluppo sostenibile e tutela dell'ambiente» (A.S. n. 1632 del 2 dicembre 2019), la

che la nostra Costituzione, a differenza di quella francese e svizzera che hanno costituzionalizzato i principi dell'Agenda 2030⁴⁷, ha privilegiato la costituzionalizzazione della sostenibilità finanziaria in ossequio alla primazia dell'interesse finanziario pubblico, essendo ancora lontana una visione di complementarità dove l'equazione diritti delle generazioni future – sostenibilità finanziaria implica anche un riferimento alla sostenibilità ambientale⁴⁸.

Certo è, come ha sottolineato il Presidente della repubblica, che la logica dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico mal si addicono ad una visione statica, in quanto espressione di un concetto dinamico, che «deve sempre guidare uno sguardo più lungo sullo sviluppo, la sua equità e la sua sostenibilità»⁴⁹, poiché è «evidente come, senza finanze pubbliche solide e stabili, non risulti possibile tutelare i diritti sociali in modo efficace e duraturo, assicurando l'indispensabile criterio dell'equità intergenerazionale»⁵⁰.

Semmai va considerato che l'emersione del principio “finanze pubbliche sane” presenta aspetti problematici quando a venire in giuoco sono i bisogni delle generazioni future.

Infatti, ad oggi, «non disponiamo di alcun modello economico, a prova di crisi, imprevisti e catastrofi, che possa garantire con ragionevole sicurezza che il progresso economico desiderato, e perseguito distogliendo risorse dalla spesa sociale soddisfattiva dei bisogni della generazione presente, in favore della generazione futura si realizzerà davvero»⁵¹.

Che fare allora? Una risposta esaustiva ovviamente non c'è, troppe sono le variabili. C'è solo da auspicare che il legislatore e il giudice costituzionale si tro-

Proposta di legge «Modifiche agli articoli 2, 9 e 41 della Costituzione, in materia di tutela dell'ambiente e di promozione dello sviluppo sostenibile» (A.C. n. 240 presentata il 23 marzo 2018).

⁴⁷ Si ricorda che in riferimento all'art. 9 sono stati presentati ben cinque diversi disegni di legge costituzionale di iniziativa parlamentare concernenti la riforma dell'art. 9 cost., disegni di legge che non risultano ancora riuniti però in un testo unificato.

⁴⁸ Nella prospettiva di una strategia politica basata sullo sviluppo sostenibile, che valuti l'impatto degli investimenti pubblici in termini economici, sociali e ambientali, sembra inquadrabile anche la proposta del cambio di denominazione del Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE) in quello di Comitato Interministeriale per lo Sviluppo Sostenibile. Quanto al Governo si ricorda, infatti, che il sessantaseiesimo esecutivo della Repubblica Italiana (il secondo della XVIII legislatura) ha individuato tra gli obiettivi del programma di governo proprio quello dell'inserimento in Costituzione del principio dello sviluppo sostenibile con riferimento alla sostenibilità ambientale e sociale.

⁴⁹ S. MATTARELLA, Intervento pronunciato il 23 ottobre 2018 all'Assemblea Nazionale dei Comuni Italiani, in <https://www.quirinale.it/elementi/18392>, analoghe dichiarazioni anche nell'incontro del 29 settembre 2018 con i partecipanti all'iniziativa «Viaggio in bicicletta intorno ai 70 anni della Costituzione Italiana» (www.quirinale.it/elementi/18043).

⁵⁰ S. MATTARELLA, Intervento pronunciato il 28 novembre 2018 con i Magistrati di nuova nomina della Corte dei Conti, in (<https://www.quirinale.it/elementi/19284>).

⁵¹ M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., 436-437.

vino ad operare un bilanciamento che tenga conto, anche, dell'*adeguatezza*, della *proporzionalità*, della *ragionevolezza* delle risorse per l'esercizio delle funzioni e per l'erogazione di servizi alla collettività presente e anche a quella futura.

Ignorare le conseguenze sul medio-lungo periodo non significa, infatti, solo ipotecare i diritti di chi oggi ancora non può essere titolare, ma rischia di limitare in modo irreversibile lo spazio di scelta politica del decisore futuro, ledendo l'intero sistema democratico.

E questo vale anche per gli organi di indirizzo politico dell'ente, che devono effettuare un'attenta programmazione delle risorse pubbliche nel rispetto delle regole stabilite dall'ordinamento contabile e finanziario e dal nuovo diritto del bilancio, posto che il rispetto di tali regole assurge a parametro di valutazione sia sotto il profilo della responsabilità politica connessa al principio di rappresentanza democratica, sia sotto il profilo delle responsabilità amministrative (erariali e sanzionatorie) sottoposte al sindacato del giudice contabile.

Ciò porta ad evidenziare che il profilo dell'indebitamento in relazione alla tutela delle generazioni future si presta a considerazioni assai differenti a seconda delle modalità più o meno trasparenti con cui è utilizzato. Infatti, nonostante il divieto di indebitamento per spese correnti, sancito dall'art. 119 cost., e dal d. lgs. n. 118 del 2011, è emerso, dai controlli sui bilanci e sui rendiconti degli enti locali effettuati dalle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, in molti casi approdati alla Corte costituzionale, un utilizzo improprio, spesso attraverso artifici contabili, delle risorse derivanti da indebitamento per il finanziamento di spese correnti⁵².

L'*accountability*, intesa come capacità di declinazione e rendicontazione dello svolgimento del mandato elettorale attraverso la gestione delle risorse pubbliche, pone, dunque, l'ulteriore problematica del raccordo tra il «linguaggio contabile divulgativo», la tecnicità delle scritture contabili, il principio di legalità ed il principio di trasparenza dei conti pubblici.

Purtroppo, le prassi amministrative e politiche in atto tendono a trascurare che il principio di trasparenza dei conti pubblici è connaturato alla democrazia, dando luogo a un singolare fenomeno per cui il contenuto realizzativo dei conti pubblici consolidati rimane in un esteso cono d'ombra, mentre la proposizione e lo svolgimento del mandato elettorale si concretano per lo più in linguaggi meramente assertivi, non verificabili nella loro sostanza finanziaria.

La contabilità di mandato, come suggerisce la Corte costituzionale, potrebbe, in questo contesto, divenire, pertanto, uno strumento volto a ristabilire una concordanza tra bilancio e sistema democratico. Semmai per evitare che questa si trasformi attraverso varie soluzioni operative (*bilancio sociale, bilancio ambientale, bilancio etico, bilancio di genere...*) in un adempimento burocratico o di propaganda

⁵² Cfr. Corte costituzionale sentenze n. 247 del 2017, n. 101 del 2018, n. 18 del 2019, n. 4 del 2020.

politica, sarebbe necessario che questa fosse ancorata (almeno) ai c.d. indicatori di sostenibilità (BES)⁵³ attualmente previsti soltanto per la programmazione economica nazionale⁵⁴. Il ricorso a tali indicatori potrebbe rendere più completo il quadro di conoscenze su cui basare l'azione di politica economica, consentendo una valutazione *ex post* dei risultati raggiunti, ed una maggiore trasparenza nelle decisioni dell'operatore pubblico, nonostante restino «alcune perplessità» relative alla confrontabilità degli indicatori, e, soprattutto, alla scelta tecnica dei singoli indicatori⁵⁵.

In conclusione, si può soltanto affermare che il rapporto tra diritto del bilancio e principio di equità intergenerazionale è un rapporto denso di implicazioni economiche, finanziarie, politiche, e che lo strumentario contabile attualmente esistente, per quanto orientato alla rappresentazione dinamica ed analitica dei fatti di gestione, presenta ancora delle criticità sul versante della trasparenza dei conti pubblici e sul principio di *accountability*.

Certamente la contabilità di mandato potrebbe concorrere a ridurre le attuali opacità del sistema ma, come si è visto, il percorso da fare è ancora lungo ed ancora incerto appare il risultato da raggiungere.

⁵³ Per approfondimenti sugli indicatori di benessere equo e sostenibile si rinvia a C. BERGONZINI, *La valutazione delle politiche ai tempi del Benessere Equo e Sostenibile: il punto sulla situazione italiana*, in www.amministrazioneincammino.it, 2017; Id., *Gli indicatori di benessere equo e sostenibile (BES) come strumento di coordinamento delle politiche nei rapporti tra Stato e Regioni*, in AA.VV., *Costituzione e bilancio*, Milano, 2019, 281-290.

⁵⁴ Al riguardo, si ricorda la recente legge regionale della Puglia (l. r. n. 47 del 2019), «Il benessere equo e sostenibile (BES) a supporto della programmazione finanziaria e di bilancio regionale», che per la prima volta prevede la definizione degli indicatori di benessere equo e sostenibile (Bes) a supporto della programmazione finanziaria e di bilancio regionale.

⁵⁵ Cfr. Audizione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nell'ambito dell'esame dello Schema di decreto ministeriale recante individuazione degli indicatori di benessere equo e sostenibile (Atto n. 428), in www.upbilancio.it.

Abstract

Public budget and intergenerational equity

by Vanessa Manzetti

The theme of the relationship between public budget and intergenerational equity inevitably involves a multiplicity of economic, sociological and legal profiles, which find in the theme of duties towards future generations, rather than rights of future generations, an extremely interesting aspect. However, the complexity and interdisciplinary nature of the subject makes it necessary to circumscribe the boundaries of research, analyzing whether and how the principles and rules governing the so-called budget law are also an expression of the principle of intergenerational equity.

In order to do this, in the present work, it was deemed necessary to proceed following three different investigation plans (one consequential to the other): that of verifying if it is possible to trace in the constitution a principle of intergenerational equity from an economic-financial point of view; that of verifying if and how the constitutional jurisprudence supports the emergence of such principle; that, finally, of verifying how the accounting normative instrumentation prepared by the legislator allows to make the principle of intergenerational equity effective, guaranteeing it.

Parole chiave: bilancio pubblico, equità intergenerazionale, generazioni future, legge finanziaria

Keywords: public budget; intergenerational equity; future generations; budgetary law; mandate accounting

Sulla disponibilità della riserva aurea della Banca d'Italia

di Giovanni Pesce

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Origini della riserva e ruolo della Banca d'Italia. – 3. L'incidenza del diritto europeo. – 4. Consistenza e destinazione della riserva aurea. – 5. La riserva aurea è un “bene pubblico”? – 6. La disponibilità della riserva aurea e i vincoli al legislatore nazionale. – 7. Il valore intrinseco dell'autonomia della Banca d'Italia e la rilevanza attuale delle riserve auree nell'Eurosistema.

1. Premessa

A norma dell'art. 4, comma 1, del t.u. delle norme in materia valutaria (d.P.R. 31 marzo 1988, n. 148), la Banca d'Italia trasferisce alla Banca centrale europea “attività di riserva”, secondo quanto previsto dall'articolo 30 dello statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea¹. Il comma 2 dell'art. 48 del t.u. stabilisce che la Banca d'Italia provvede in ordine alla “gestione delle riserve ufficiali”, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 31 dello statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea.

L'art. 30 dello statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea, a sua volta, stabilisce che alla BCE vengono conferite da parte delle banche centrali nazionali attività di riserva in “valute diverse” da valute dell'Unione, fino ad un ammontare equivalente a 50 000 milioni di euro. Con l'ulteriore precisazione che la BCE “ha il pieno diritto di detenere e gestire le riserve in valuta” che le vengono trasferite e di utilizzarle per gli scopi indicati nel presente statuto.

Ricordato che ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera c), del Trattato, l'Unione ha competenza esclusiva nel settore della politica monetaria per gli Stati membri (la cui moneta è l'euro) e che ai sensi dell'articolo 127, paragrafo 2, terzo trattino, del Trattato uno dei compiti fondamentali da assolvere tramite il Sistema europeo delle banche centrali è “di detenere e gestire le riserve ufficiali in valuta estera degli Stati membri”, se tra le “riserve ufficiali” rientra la riserva aurea, come sembra pacifico, spetta alla Banca d'Italia disporne nel quadro degli impegni ad oggi assunti dalla stessa in sede europea ai sensi dell'art. 282 del Trattato². Tanto più

¹ On line su https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj_c_2016_202_full_it_pro4.pdf; d'ora innanzi anche SEBC.

² Inoltre, l'articolo 130 del Trattato garantisce l'indipendenza delle BCN, compresa la Banca d'Italia, e della BCE nell'assolvimento dei loro compiti inerenti al SEBC. E, conformemente all'articolo 282, paragrafo 1 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, la Banca centrale europea (BCE) e le banche centrali nazionali costituiscono il Sistema europeo di banche centrali (SEBC). La BCE e le banche centrali nazionali degli Stati membri la cui moneta è l'euro costitu-

perché il Trattato non utilizza la nozione di proprietà quando stabilisce le competenze del SEBC e della BCE in ordine alle riserve ufficiali. Una conferma si ricava dall'art. 15, comma 2, del t.u. del 1988 secondo cui la Banca d'Italia può liberamente negoziare oro greggio all'estero, *“nell'ambito della gestione delle riserve e con i limiti ad esse applicabili”*.

La questione non sembra essere così pacifica. Nel contesto del dibattito pubblico relativo agli strumenti a disposizione del bilancio statale per la riduzione del debito pubblico, il Parlamento italiano potrebbe essere chiamato a discutere, in questa legislatura, sulla titolarità della riserva aurea italiana. Difatti, risulta presentata alla Camera una proposta di legge nella presente legislatura che consta di un solo articolo: *“il secondo comma dell'articolo 4 del testo unico delle norme di legge in materia valutaria, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 31 marzo 1988, n. 148, si interpreta nel senso che la Banca d'Italia gestisce e detiene, ad esclusivo titolo di deposito, le riserve auree, rimanendo impregiudicato il diritto di proprietà dello Stato italiano su dette riserve, comprese quelle detenute all'estero”*³. La proposta di legge sembra presupporre che la normativa europea abbia trasferito la “proprietà” delle riserve auree italiane alla Banca centrale europea, con il proposito di stabilire, invece, che il titolo giuridico che abilita la Banca d'Italia è di depositario della riserva, per conto dell'unico ente proprietario: lo Stato italiano.

La proposta di legge in esame, pur non essendo l'unica presentata in argomento nel corso della storia repubblicana avente ad oggetto le riserve auree⁴,

iscono l'Eurosistema.

³ Si rinvia alla proposta di legge n. 1064 (Borghi ed altri) presentata alla Camera dei deputati il 6 agosto 2018, assegnata alla VI Commissione e tuttora ferma. Sulla proposta di veda il parere contrario della BCE del 24 giugno 2019 consultabile su https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/it_con_2019_23_f_sign.pdf.

⁴ In passato vi sono stati taluni interventi aventi a oggetto le riserve auree della Banca d'Italia rimasti inattuati. In particolare: l'emendamento 43.1 al progetto di legge finanziaria per il 2003 prevedeva l'individuazione, da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze e della Banca d'Italia, della quota di riserve “eccedente” rispetto alle esigenze inerenti ai compiti assegnati a quest'ultima, in vista di un utilizzo di detta quota per la riduzione del debito pubblico; la risoluzione concernente il Documento di programmazione economico-finanziaria per gli anni 2008-2011, approvata dalla Camera il 31.7.2007 (n. 6-00020), al punto B – 8) impegnava il Governo “ad effettuare, anche nei rapporti con l'Unione europea, una ricognizione di tutti gli strumenti utili a determinare una significativa riduzione del debito pubblico, sia con riferimento a forme concordate di utilizzo delle riserve delle banche centrali, in oro e in valuta, eccedenti quanto richiesto dal concerto con la BCE per la difesa dell'euro...”; l'art. 14 del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, in legge 3 agosto 2009, n. 102 istituiva, per il periodo d'imposta in corso alla data della sua entrata in vigore, un'“imposta sostitutiva” dell'IRRES e dell'IRAP, con l'aliquota del 6 per cento ed entro l'importo massimo di 300 milioni di euro, sulle plusvalenze contabili derivanti dalla valutazione in bilancio, ai corsi di fine esercizio, delle disponibilità in metalli preziosi per uso non industriale. Ai sensi del comma 4 dell'articolo in discorso, nel testo risultante dalla legge di conversione, “Con riferimento alle disponibilità auree della Banca d'Italia (...) le disposizioni del presente articolo si applicano previo parere non ostativo della Banca centrale europea e comunque nella misura

presenta aspetti di originalità sia perché introduce esplicitamente per la prima volta (a quanto consta) la questione della proprietà dell'oro sia perché essa fa il paio con un'altra coeva proposta di legge relativa alla modifica della titolarità delle quote della Banca d'Italia (la cd. nazionalizzazione della Banca centrale)⁵.

Di seguito, si proverà ad esaminare alcuni aspetti della questione, senza pretesa di esaustività, partendo necessariamente dalle origini della costituzione della riserva aurea.

2. *Origini della riserva e ruolo della Banca d'Italia.*

La Banca d'Italia è stata istituita nel 1893 a seguito della fusione – disposta dalla L. n. 449 del 10 agosto 1893 – della Banca Nazionale del Regno d'Italia con la Banca Nazionale Toscana e la Banca Toscana di Credito (art. 1). I tre istituti di emissione conferirono il loro patrimonio nella neocostituita banca, il cui capitale nominale sarebbe stato di 300 milioni di lire e, quanto alle riserve auree, per gran parte provenienti dalla Banca Nazionale del Regno, di 78 tonnellate di oro.

Con la stessa legge fu concessa alla Banca d'Italia la facoltà di emettere biglietti. La stessa facoltà fu confermata per il Banco di Napoli ed il Banco di Sicilia (art. 2, co. 1).

Per ciascun istituto fu individuato un limite massimo di circolazione, stabilito per quattro anni in 1.097.000.000 di lire così ripartiti:

Banca d'Italia: L. 800.000.000

Banco di Napoli: L. 242,000,000

Banco di Sicilia: L. 55,000,000

Dopo quattordici anni la circolazione avrebbe dovuto essere la seguente:

Banca d'Italia: L. 630 milioni

Banco di Napoli: L. 190 milioni

Banco di Sicilia: L. 44 milioni

I tre istituti avrebbero potuto eccedere detti limiti se i rispettivi biglietti

ideale a garantire l'indipendenza istituzionale e finanziaria della banca centrale; la predetta misura è stabilita con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, su conforme parere della Banca d'Italia”.

⁵ Il riferimento è alla proposta del 13 marzo 2018 presentata alla Camera (Meloni ed altri), seguita da quella proposta al Senato (Bertacco, ed altri) l'8 maggio 2018, secondo cui il (art. 1) “A decorrere dal 1° marzo 2019, le quote di proprietà della Banca d'Italia detenute da soggetti privati sono acquisite dal Ministero dell'economia e delle finanze al loro valore nominale, stabilito dall'articolo 20 del regio decreto-legge 12 marzo 1936, n. 375, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 marzo 1938, n. 141. Il Ministero dell'economia e delle finanze può cedere le proprie quote esclusivamente a soggetti pubblici; (art. 2) “Gli articoli 4, 5 e 6 del decreto-legge 30 novembre 2013, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 gennaio 2014, n. 5, sono abrogati”.

fossero stati rappresentati in cassa per intero da valuta metallica legale o da oro in verghe (*gold standard*: art. 2, co. 8).

La riserva degli istituti di emissione avrebbe dovuto essere portata entro un anno al 40% della circolazione e sarebbe stata composta per il 33% in moneta legale italiana metallica, in monete estere ammesse a corso legale nel regno e in verghe d'oro (art. 6 co. 1). La parte metallica della riserva avrebbe dovuto essere composta per almeno tre quarti in oro (art. 6, co. 2).

Quando nel 1926 alla Banca d'Italia fu attribuito il monopolio di emissione delle banconote, il Banco di Napoli ed il Banco di Sicilia cedettero a loro volta le proprie riserve auree pari a circa 70 tonnellate. Il 1926 viene segnalato come un anno importante anche perché alla Banca d'Italia, già sostanzialmente pubblica sin dall'inizio del secolo XX, viene affidata la vigilanza bancaria in aggiunta al monopolio dell'emissione: primi segnali del ruolo *super partes* ad essa riconosciuto e di innesto di una funzione pubblica in capo ad una struttura formalmente privata⁶.

Nel 1927, la funzione creditizia e quella della raccolta del risparmio vennero compiutamente disciplinate nella legge n. 1107 del 23 giugno 1927, recante provvedimenti per la tutela del risparmio. Il sensibile incremento del risparmio ed il conseguenziale sviluppo della produttività del Paese, resero necessaria la disciplina ed il controllo del credito nell'interesse del Paese⁷.

Si rese presto necessaria una legge che regolasse e legittimasse l'azione dello Stato nel campo del credito. Così, con la Legge Bancaria del 1936 di conversione del R.D. 12 marzo 1936, n. 375, la raccolta del risparmio fu dichiarata di interesse pubblico (art. 1) e la Banca d'Italia venne dichiarata "*istituto di diritto pubblico*" (artt. 3 e 20).

Tutte le aziende che avessero raccolto il risparmio tra il pubblico ed esercitato il credito sarebbero state sottoposte al controllo di un organo dello Stato: l'Ispettorato, a sua volta posto alle dipendenze di un Comitato di Ministri presieduto dal Capo del Governo e composto dei Ministri per le finanze, per l'agricoltura e le foreste e per le corporazioni.

La natura pubblicistica della Banca d'Italia, il suo essere individuata come ente strumentale dello Stato, venne palesato allorché le sue azioni furono sottratte alla circolazione fra enti privati⁸.

Il capitale della Banca –pari a 300 milioni di lire rappresentato da trecentomila quote di mille lire ciascuna– interamente versato, sarebbe potuto appar-

⁶ Cfr. A. GIGLIOBIANCO, *Via Nazionale*, Roma, 2006, 12 e ss.

⁷ Banca d'Italia, *Evoluzione storica delle riserve auree della Banca d'Italia*, in <https://www.bancaditalia.it/compiti/riserve-portafoglio-rischi/evoluzione-riserve/index.html>; cui addde *Riserva Aurea*, Enc. Treccani, *ad vocem*, II appendice, in http://www.treccani.it/enciclopedia/riserva-aurea_%28Enciclopedia-Italiana%29/

⁸ G. GUARINO-C. TONIOLO, *La Banca d'Italia e il sistema bancario: 1919-1936*, Bari, 1993.

tenere «*Ai fini della tutela del pubblico credito e della continuità di indirizzo dell'Istituto di emissione*», «*solamente a: a) Casse di risparmio; b) Istituti di credito e banche di diritto pubblico; c) Istituti di previdenza; d) Istituti di assicurazione*» (art. 20), costituiti, sotto la presidenza del governatore della Banca d'Italia, in un consorzio.

«*In conseguenza del nuovo ordinamento della Banca d'Italia, agli attuali azionisti [sarebbe stato] rimborsato, a partire dal 1° giugno 1936, il valore delle azioni in relazione con la situazione della banca al 31 dicembre 1935, nella misura fissa di lire 1.300 (milletrecento) per ciascuna azione, rappresentante il capitale versato e la quota di riserva afferente a ciascuna azione*» (art. 21).

Il carattere pubblicistico della Banca d'Italia venne quindi trasfuso nello statuto approvato con R.D. 1 giugno 1936, n. 1067 ove, fra le operazioni che la Banca avrebbe potuto compiere, vennero espressamente individuate «*l'acquisto e la vendita di oro e valute auree . . . in quei Paesi nei quali vige il cambio dei biglietti in oro*».

«*L'oro o valute auree, le divise e i crediti della Banca su l'estero, attribuiti alla riserva di garanzia dei biglietti e di altri debiti a vista, [avrebbero dovuto] essere considerati a parte, e non [avrebbero potuto] essere oggetto di operazioni, le quali non rispondono ai fini della garanzia*» (art. 41).

Gli utili netti sarebbero stati assegnati ai partecipanti per la distribuzione di un dividendo fino alla somma pari al 6% del capitale «*dopo aver da essi prelevata la somma che il Consiglio superiore crederà di stabilire per la graduale costituzione di un fondo di riserva ordinario di un importo non superiore al 20% degli utili netti. Col residuo, sempre su proposta del Consiglio superiore e con l'approvazione del Ministro per il tesoro, [avrebbero potuto] essere costituiti eventuali fondi speciali e riserve straordinarie . . . La restante somma [sarebbe stata] devoluta allo Stato*» (art. 54).

La natura pubblicistica della Banca d'Italia venne palesata, infine, dall'incompatibilità di senatori e deputati e delle «*altre persone che dedicano la loro attività al disimpegno di cariche a carattere politico*» a ricoprire il ruolo di Consiglieri della Banca.

Che i bilanci, gli utili, le spese e le perdite nonché le riserve fossero «*cosa pubblica*» è carattere ribadito da alcune riforme successive. Nel 1948, ad esempio, venne stabilito che del «*residuo*» sugli utili netti, «*la restante somma è devoluta allo Stato*» (art. 54 R.D. 1067/1936, ult. comma così sostituito dal d.P.R. 19 aprile 1948, n. 482).

Le riserve, inoltre, sarebbero state impiegate nei modi e nelle forme stabilite dal Consiglio superiore «*con l'approvazione del Ministro del tesoro*» (art. 55 anch'esso così sostituito dal d.P.R. 19 aprile 1948, n. 482).

Ancora nel 1992, quanto alle quote di partecipazione al capitale della Banca, venne specificato che le stesse «*possono essere cedute previo consenso del consiglio superiore, solamente da uno ad un altro ente compreso nelle categorie indicate nel comma precedente [i.e. a) Casse di risparmio; b) Istituti di credito di diritto pubblico e banche di interesse nazionale; c) società per azioni esercenti attività bancaria risultanti dalle operazioni di cui all'art. 1 del d. lgs 20 novembre 1990, n. 356; d) Istituti di pre-*

videnza; e) Istituti di assicurazione]. *In ogni caso dovrà essere assicurata la permanenza della partecipazione maggioritaria al capitale della Banca da parte di enti pubblici o di società la cui maggioranza delle azioni con diritto di voto sia posseduta da enti pubblici»* (art. 3, ult. comma aggiunto dal d.P.R. 6 marzo 1992)⁹.

3. *L'incidenza del diritto europeo*

La titolarità pubblica delle quote di partecipazione al capitale della Banca fu ribadita anche a seguito della riforma apportata al relativo Statuto con d.P.R. 24 aprile 1998. Il riferimento è stato conservato anche a seguito della modifica introdotta con d.P.R. n. 12 dicembre 2006.

Nondimeno, per la prima volta, nel 1998 venne stabilito che «*A partire dalla data indicata a norma dell'art. 11, comma 1, del decreto legislativo 10 marzo 1998, n. 43, la Banca d'Italia, banca centrale della Repubblica italiana, è parte integrante del Sistema europeo di banche centrali (SEBC). Svolge i compiti e le funzioni che in tale qualità le competono, nel rispetto dello statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea (statuto del SEBC). Persegue gli obiettivi assegnati al SEBC ai sensi dell'art. 105 del trattato che istituisce la Comunità europea (trattato)*» (art. 1, co. 2). Il Consiglio superiore delibera in conformità alle disposizioni legislative e regolamentari nonché nel rispetto dello statuto del SEBC e delle disposizioni stabilite dalla Banca centrale europea (BCE) (art. 20).

Sempre con il richiamato d.P.R. 24 aprile 1998, tra le operazioni che la Banca può compiere venne inserita la possibilità di implementare tutti gli atti e le operazioni consentiti dallo statuto del SEBC, nel rispetto delle condizioni stabilite in attuazione dello stesso «*per il perseguimento degli obiettivi e per lo svolgimento dei compiti propri del SEBC*»¹⁰.

A partire dal 1998 è scomparso, invece, qualsiasi riferimento all'oro, alle valute auree e all'impossibilità che queste siano oggetto di operazioni che non rispondano ai fini della garanzia.

Oggi, l'art. 127 del TFUE stabilisce che l'obiettivo principale del Sistema europeo di banche centrali (SEBC) è «*il mantenimento della stabilità dei prezzi*». Fatto salvo questo obiettivo, il SEBC sostiene le politiche economiche generali nell'Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione definiti nell'articolo 3 del Trattato sull'Unione europea e SEBC agisce «*in conformità del principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*». Pertanto, l'azione della Banca d'Italia deve rispondere agli obiettivi sopra indicati e la gestione del suo patrimonio è strumentale agli stessi.

Con d. l. 30 novembre 2013, n. 133 e con la successiva legge di conversione

⁹ Sul tema, cfr. S. ROSSI, *Oro*, Bologna, 2018.

¹⁰ A.M. GALLI (a cura di), *La Formazione e lo sviluppo del sistema bancario in Europa e in Italia*, 1992, Milano.

29 gennaio 2014, n. 5, venne stabilito che « *Le quote di partecipazione al capitale di cui al comma 2 possono appartenere solamente a:*

- a) *banche aventi sede legale e amministrazione centrale in Italia;*
- b) *imprese di assicurazione e riassicurazione aventi sede legale e amministrazione centrale in Italia;*
- c) *fondazioni di cui all'articolo 27 del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153;*
- d) *enti ed istituti di previdenza ed assicurazione aventi sede legale in Italia e fondi pensione istituiti ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252».*

La Banca d'Italia ha continuato ad essere qualificata quale “*Istituto di diritto pubblico*” (art. 4, co. 4). Quanto alla “*proprietà*”, è stato espressamente chiarito che «*Ai partecipanti possono essere distribuiti esclusivamente dividendi annuali, a valere sugli utili netti, per un importo non superiore al 6 per cento del capitale*» (art. 4. Co. 3). Non solo: «*L'Assemblea dei partecipanti e il Consiglio Superiore della Banca d'Italia non hanno ingerenza nelle materie relative all'esercizio delle funzioni pubbliche attribuite dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, dallo Statuto del SEBC e della BCE, dalla normativa dell'Unione Europea e dalla legge alla Banca d'Italia o al Governatore per il perseguimento delle finalità istituzionali*» (art. 5, co. 1, d. l. b. 133/2013). Del resto, «*La Banca d'Italia riferisce annualmente alle Camere in merito alle operazioni di partecipazione al proprio capitale*» (art. 4, co. 6 bis, d.l. n. 133/2013 aggiunto dalla legge di conversione 29 gennaio 2014, n. 5).

4. *Consistenza e destinazione della riserva aurea*

1. Il controvalore della riserva aurea italiana, ad oggi, è di circa 100 miliardi di euro. In totale si tratta di circa 2.452 tonnellate – delle quali 4,1 tonnellate sotto forma di moneta (il cosiddetto “oro monetato”) e le rimanenti sotto forma di lingotti. La riserva è iscritta al bilancio della Banca d'Italia ed è sottoposta a revisione contabile. La Banca d'Italia è il quarto detentore di riserve auree al mondo, dopo la Fed, la Bundesbank e il Fondo monetario internazionale. Poco più del 44%) di quell'oro è in Italia; il resto è detenuto nei caveau di altre banche centrali per ragioni storiche, legate ai luoghi in cui l'oro fu acquistato, ma anche a una strategia di diversificazione finalizzata alla minimizzazione dei rischi e dei costi di gestione: il 43,29% è negli Usa, il 6,09% in Svizzera e il 5,76% nel Regno Unito¹¹.

Nel 1998 la Banca d'Italia ha conferito 141 tonnellate delle sue riserve auree alla neocostituita BCE, per contribuire a formare la dotazione di riserve ufficiali di quest'ultima. L'art. 30, par. 1 del “Protocollo sullo statuto del sistema europeo di banche centrali e della banca centrale europea” che ha disciplinato il trasferi-

¹¹ Fonte: Il Sole 24 Ore dell'11 febbraio 2019.

mento di parte delle riserve valutarie delle banche centrali nazionali (BCN) alla stessa BCE, ha espressamente incluso l'oro fra le attività di riserva in valuta (art.1 dell'indirizzo della Banca Centrale Europea del 3.11.1998, modificato dall'indirizzo del 16.11.2000 (BCE/2000/15), nonché art. 1 del Regolamento (CE) del Consiglio n. 1010/2000 dell'8.5.2000).

Riserve ufficiali la cui “*detenzione e gestione*” attribuita con “*pieno diritto*” alla BCE (art. 30 Protocollo sullo statuto del SEBC) sono state individuate tra i “*compiti fondamentali da assolvere tramite il SEBC*” (art. 105 TCE, oggi art. 127 TFUE, par. 2, terzo alinea) per gli scopi indicati dallo Statuto stesso.

Tale conferimento non dovrebbe, comunque, attribuire la proprietà delle riserve alla BCE. In effetti, l'art. 30, par. 3 del predetto Protocollo chiarisce che «*Ogni banca centrale nazionale ha nei confronti della BCE un credito pari al proprio contributo*».

L'attribuzione è stata piuttosto intesa dalla Banca d'Italia come assegnazione della proprietà delle riserve ufficiali del Paese alla Banca d'Italia stessa¹². Non-dimeno, il terzo paragrafo dell'art. 127 TFUE (ex art. 105 TCE) sembra ancora riconoscere la titolarità della detenzione e gestione dei saldi operativi in valuta estera ai Governi degli Stati membri poiché il terzo paragrafo dell'art. 127 prevede espressamente che «*Il paragrafo 2, terzo trattino, non pregiudica la detenzione e la gestione da parte dei governi degli Stati membri di saldi operativi in valuta estera*».

Pertanto, nonostante la normativa nazionale non faccia più cenno all'oro, alle valute auree e alle operazioni cui queste possono essere devolute, il fatto che la Banca d'Italia abbia conferito alla BCE parte delle riserve non può scalfire un dato storico decisivo: il capitale della Banca d'Italia è stato interamente versato dallo Stato che ha rimborsato gli azionisti “privati” del 1936 sia del valore capitale che della quota di riserva afferente a ciascuna azione al solo fine di rendere pubblico – seppure per il tramite di un ente strumentale – un capitale destinato alla disciplina e al controllo del credito nell'interesse del Paese. Lo stesso Stato ha contribuito a creare la riserva. Quest'ultima, seppure devoluta alla BCE per nuovi fini istituzionali, cui l'Italia si è impegnata per suo stesso volere, non è stata né “ceduta” né, tantomeno, “donata” per spirito di liberalità.

Di conseguenza, essa può essere considerata della Banca d'Italia fintanto che la Banca d'Italia continua ad essere ente di diritto pubblico strumentale agli interessi dello Stato nel quadro degli impegni assunti con i Trattati. Il fatto che la riserva appartenga alla Banca d'Italia e non allo Stato, cioè che venga contabilizzata nel patrimonio della prima e non del secondo, non implica che gli interessi dello Stato siano disallineati rispetto a quelli della Banca d'Italia. L'interesse è convergente sia perché i fini pubblici che la Banca d'Italia persegue sono quelli previsti dai Trattati europei sia perché la stessa Banca d'Italia, quale ente pub-

¹² In “Cambi e riserve ufficiali” su www.bancaditalia.it

blico, persegue fini che non sono dei suoi azionisti o del suo Governatore ma sono della intera collettività e, quindi dello Stato che a sua volta dota di strumenti i suoi enti per il relativo conseguimento¹³. I fini pubblici, cioè, trascendono le persone e le strutture che operano all'interno dell'ente pubblico e coincidono, in questo caso, con quelli generali alla stabilità dei prezzi e degli scambi. Vi è poi un interesse finanziario puro, da parte dello Stato, coincidente con l'ammontare che ogni anno la Banca d'Italia corrisponde al Tesoro¹⁴.

5. *La riserva aurea è un "bene pubblico"?*

Lo Stato potrebbe con legge "requisire" l'oro della Banca d'Italia? Il tema è stato sollevato in questa legislatura¹⁵ e torna di attualità in momenti di difficoltà, come quello che stiamo vivendo oggi.

La più ovvia risposta sarebbe affermativa, se è vero che il legislatore è ritenuto onnipotente. Ma, sul piano finanziario e giuridico, quella risposta non appare scontata alla luce del diritto interno ed europeo.

Anzitutto, esiste una questione legata alla titolarità astratta della risorsa aurea. Assodato che l'oro di cui discutiamo non rientra nell'elenco dei beni demaniali (art. 822 c.c.) neppure in quello dei beni patrimoniali indisponibili (art. 823), lo Stato potrebbe rivendicarne diritti, quale patrimonio indisponibile, nella misura in cui la riserva aurea potesse rientrare nell'ambigua formula degli "*altri beni destinati a un pubblico servizio*" di cui all'ultimo comma dell'art. 823. Ma quest'affermazione, che riprendiamo in astratto perché è da escludere che la riserva aurea possa ritenersi collegata ad un "servizio pubblico", non risolverebbe il tema della proprietà, mancando comunque la manifestazione di volontà dell'ente titolare del diritto reale (qui la Banca d'Italia) di destinare quel determinato bene ad un pubblico servizio. Senza considerare che, se l'oro fosse patrimonio indisponibile, a norma dell'art. 828, comma 2, non potrebbe essere sottratto alla sua destinazione.

Piuttosto, alla luce del quadro normativo sopra esposto, la riserva aurea rientra nel novero del patrimonio disponibile dell'ente pubblico cui appartiene (in concreto, della Banca d'Italia) e viene gestito ed utilizzato per gli scopi previsti dalle leggi speciali e dal diritto europeo.

Quest'ultima circostanza, anzi, porta a ritenere che la titolarità del bene in questione all'ente pubblico, il cui utilizzo è pur sempre legato ad un fine di interesse pubblico, è giustificata dalla necessità di salvaguardare detto bene

¹³ In generale, su fini e sugli interessi pubblici, cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 26.

¹⁴ La super-cedola sarà, per l'anno in corso, di circa 8 miliardi di euro.

¹⁵ Si rinvia alla già illustrata proposta di legge n. 1064 (cfr. nota 3 che precede).

dall'applicazione di regole di diritto comune. Tutelando la riserva aurea ed i suoi scopi, quale bene che ha un valore a sé stante, si previene l'ovvia tentazione dello Stato e dello stesso ente proprietario di disfarsene all'occorrenza. In questo senso, è certamente utile il richiamo alla disciplina della proprietà pubblica¹⁶ e, avuto riguardo alla destinazione dell'oro, si può richiamare perciò la tesi per cui l'ente pubblico è proprietario non per godere del bene ma per permetterne il godimento ad altri¹⁷. In questo caso, il valore che viene in campo è la solidità del sistema monetario e finanziario, oltre che del mercato.

Se avesse visto la luce il lavoro della Commissione Rodotà sui beni comuni¹⁸, probabilmente le riserve auree avrebbero potuto trovare collocazione nella categoria residuale dei "beni pubblici fruttiferi", per tali intendendosi quelli che, secondo la stessa Commissione, non rientravano nelle categorie dei "beni ad appartenenza pubblica necessaria"¹⁹ e nella categoria dei "beni pubblici sociali"²⁰.

Precisamente, i "beni pubblici fruttiferi", secondo la Commissione, sarebbero stati alienabili e gestibili dalle persone pubbliche con strumenti di diritto privato. L'alienazione ne sarebbe stata consentita solo una volta dimostrati il venir meno della necessità dell'utilizzo pubblico dello specifico bene e l'impossibilità di continuarne il godimento in proprietà con criteri economici, con la significativa precisazione che i corrispettivi realizzati non avrebbero potuto essere imputati "a spesa corrente"²¹.

In realtà questi criteri possono oggi rappresentare una guida interpretativa, a legislazione vigente, anche per l'inquadramento delle riserve auree nel regime dei "beni pubblici" e del relativo vincolo di destinazione²².

¹⁶ V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, 1987. Dello stesso A.: *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983.

¹⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, p. 88 e ss., che evoca la figura dell'ente pubblico quale "amministratore per la collettività".

¹⁸ Istituita con D.M. 14 giugno 2007.

¹⁹ Sono quelli che soddisfano interessi generali fondamentali, la cui cura discende dalle prerogative dello Stato e degli enti pubblici territoriali, non usucapibili né alienabili (la Commissione forniva un elenco: le opere destinate alla difesa; le spiagge e le rade; le reti stradali, autostradali e ferroviarie; lo spettro delle frequenze; gli acquedotti; i porti e gli aeroporti di rilevanza nazionale ed internazionale).

²⁰ Quelli le cui utilità essenziali sono destinate a soddisfare bisogni corrispondenti ai diritti civili e sociali della persona, parimenti non usucapibili ma alienabili con mantenimento del vincolo di destinazione (la Commissione forniva un elenco: le case dell'edilizia residenziale pubblica, gli edifici pubblici adibiti a ospedali, istituti di istruzione e asili; le reti locali di pubblico servizio).

²¹ Sui lavori della Commissione Rodotà si rinvia al sito internet del Ministero di Giustizia: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?contentId=SPS47617

²² M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004.

6. *La disponibilità della riserva aurea e i vincoli al legislatore nazionale*

La potestà legislativa dello Stato, che in ipotesi si risolvesse in una nuova previsione normativa diretta a prelevare la riserva aurea per consentirne la diretta disponibilità da parte del Tesoro, dovrebbe superare il vaglio dell'interesse pubblico a modificarne la destinazione attuale. Il legislatore è meno onnipotente di quanto si possa credere e non è detto che una norma di legge possa di per sé soddisfare il fascio di interessi che sono presenti in questo specifico ambito²³.

Il primo vincolo è nella nostra Costituzione, che indica interessi da perseguire e indirizza ed obbliga il legislatore in tale direzione. Per effetto di tali interessi, ad esempio, si ritiene sia stata adottata una norma (l'art. 20 della legge 59/97²⁴) che, a tutela della concorrenza e del mercato e in adesione ad una nuova interpretazione dell'art. 41, comma 3, della Cost., impone *come regola* la riduzione significativa della sfera pubblica in vasti settori economici²⁵.

In teoria, si potrebbe affermare che gli artt. 81 e 97 della Cost., che obbligano lo Stato, rispettivamente, all'equilibrio di bilancio e alla sostenibilità del debito pubblico²⁶, possano spingere un legislatore responsabile ad adoperarsi con ogni mezzo per ridurre il volume di debito e, in tale contesto, legittimare una diversa destinazione della riserva aurea: dal bilancio della Banca d'Italia a quello statale. Si tratterebbe, così, di una legge avente lo scopo unico di abbattere una quota del debito pubblico tramite un'operazione puramente finanziaria²⁷.

Tuttavia, proprio avuto riguardo ai fini pubblici che lo Stato persegue, ove

²³ L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, 1997.

²⁴ Come modificato da ultimo dalla L. 28 novembre 2005, n. 246, che, ad esempio, prevede la eliminazione degli interventi amministrativi autorizzatori e delle misure di condizionamento della libertà contrattuale, ove non vi contrastino gli interessi pubblici alla difesa nazionale, all'ordine e alla sicurezza pubblica, all'amministrazione della giustizia, alla regolazione dei mercati e alla tutela della concorrenza, alla salvaguardia del patrimonio culturale e dell'ambiente, all'ordinato assetto del territorio, alla tutela dell'igiene e della salute pubblica; o che ancora prevede la "denuncia di inizio attività" in sostituzione degli atti di autorizzazione, licenza, concessione, nulla osta, etc.

²⁵ Sul tema, *amplius*, M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000.

²⁶ In argomento, P. DE IOANNA, *La nuova cornice costituzionale: economia, istituzioni e dinamica delle forze politiche*, *Il Filangieri*, 2011 – Quaderno, 45; M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it Rivista telematica della Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2012; M. MARÈ – M. SARCINELLI, *La regola del bilancio in pareggio: come assicurarla e a quale livello di governo?*, in *Atti del Seminario su Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012 – Corte Costituzionale*, Roma 22 novembre 2013; R. DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in www.federalismi.it, 2012; N. LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni*, in *Amministrazione In cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, 2011; e, se vuoi, G. PESCE, *La sostenibilità del debito pubblico delle pubbliche amministrazioni nella nuova Costituzione finanziaria*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, fasc. 2/2015.

²⁷ Non è immaginabile, per evidenti ragioni, l'ipotesi di vendita in blocco: il mercato dell'oro crollerebbe.

una norma di questo tenore fosse adottata, gli argomenti contrari sembrerebbero superiori a quelli favorevoli.

In primo luogo, lo Stato dovrebbe bilanciare l'entità della riduzione del volume di debito, a valle di questa operazione, con le conseguenze di quest'ultima. Considerato che attualmente il debito pubblico italiano supera il 134% del PIL e si aggira attorno ai 2.400 miliardi di euro²⁸, avuto riguardo al valore odierno dell'intera riserva sul mercato (100 miliardi circa), l'ordine di grandezza della manovra di riduzione sarebbe del 4-5%. A fronte di questo, invero trascurabile risultato, avremmo per converso il problema di coprire dell'importo corrispondente il bilancio della Banca d'Italia, rimasto "orfano" di 100 miliardi. Poiché la posta deve essere colmata lo Stato dovrebbe stampare banconote per un importo equivalente: operazione impensabile e comunque difficilmente ammessa dall'Eurosistema. Neppure appare plausibile, quasi si trattasse di una specie di esproprio senza indennizzo, che lo Stato non colmi la posta di bilancio: si tratta di patrimonio della Banca d'Italia e, pena la stessa verosimile liquidazione dell'ente, deve essere reintegrata. Perciò la legge dovrebbe prevedere comunque "un indennizzo", ricorrendo magari ad entrate straordinarie ed alla fiscalità generale o ad altro debito, vanificando la buona intenzione di ridurre la portata.

Se i vincoli costituzionali non bastano, il legislatore dovrebbe riflettere su quelli europei, ancor più definitivamente stringenti.

Nel ricordare che il diritto europeo penetra, senza limiti, in virtù dell'art. 117 Costituzione, occorre considerare che l'art. 123 del TFUE vieta la concessione di scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia, da parte della Banca centrale europea o da parte delle banche centrali degli Stati membri, a istituzioni, organi od organismi dell'Unione, alle amministrazioni statali, agli enti regionali, locali o altri enti pubblici, ad altri organismi di diritto pubblico o a imprese pubbliche degli Stati membri, così come l'acquisto diretto presso di essi di titoli di debito da parte della Banca centrale europea o delle banche centrali nazionali.

Il Trattato vieta, quindi, il finanziamento monetario del Tesoro. Lo scopo della norma è quello di evitare che il debito si converta in moneta all'emissione (il vecchio "scoperto di conto corrente in Banca d'Italia), creando inflazione. Se l'operazione di appropriazione della riserva aurea da parte dello Stato si ritenesse sostanzialmente equivalente, come pare (sia pure con la particolarità dello strumento), risulterebbe posta in violazione del Trattato stesso. Del resto, è un principio cardine dell'Eurosistema quello secondo cui la Banca nazionale non finanzia il debito²⁹.

²⁸ Ma le previsioni nel prossimo anno, per effetto delle misure di contenimento della pandemia, sono in forte aumento: 160%.

²⁹ Tutti ricordano il "divorzio" tra Tesoro e Banca d'Italia avviato nel 1981, sul quale cfr. di recente G. GALLI, *Il divorzio fra Banca d'Italia e Tesoro: teorie sovraniste e realtà*, 2018, in <https://www.giampaologalli.it/2018/11/3751/>.

7. *Il valore intrinseco dell'autonomia della Banca d'Italia e la rilevanza attuale delle riserve auree nell'Eurosistema*

Nell'attuale modello di organizzazione della pubblica amministrazione la funzione della tutela di interessi collettivi di particolare rilievo, in alcuni casi di rango costituzionale, viene affidata dalla legge alle Amministrazioni indipendenti³⁰. E' a tali organismi, dotati di particolare competenza tecnica, autonomia di gestione e di funzionamento, che il legislatore ha delegato ormai da molti anni la cura di interi settori economico-sociali di grande importanza per la vita comune: la tutela del risparmio, la tutela del pluralismo nell'informazione, la tutela del mercato e dell'iniziativa economica, la tutela della concorrenza, la tutela dei dati personali, la tutela degli utenti dei servizi pubblici, solo per citare i più importanti³¹. La vigilanza, prima esercitata dallo Stato, oggi spetta a tali organismi: sono nozioni ormai note³².

Che la Banca d'Italia sia considerata il prototipo delle autorità indipendenti è nozione altresì nota³³ e si ricava dalla legge³⁴. Si parla di "prototipo" proprio perché l'autonomia che caratterizza la Banca d'Italia precede e, per certi versi, si distingue da quella delle *Authorities* di moderna concezione, in coerenza con la natura di ordinamento sezionale assegnato al credito³⁵.

Oggi, alla luce del diritto europeo, può dirsi più chiaramente definito il concetto di autonomia della banca centrale, basato sull'obiettivo e sul mandato di assicurare la stabilità monetaria, che da noi si affaccia agli inizi degli anni '70 del secolo XX, per quanto fosse già tracciato il parallelismo tra la legge bancaria del 1936 e la protezione del "credito" indicata all'art. 47 della Costituzione³⁶.

³⁰ La letteratura è vastissima. A. MASSERA, "Autonomia ed indipendenza" nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, p. 499 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1991, 206; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino 1989; F. BASSI – F. MERUSI (a cura di), *Meriti ed amministrazioni indipendenti*, Milano 1993; F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI, *I Garanti delle regole*, Bologna, 1996, 25.

³¹ D. SORACE, *Il governo dell'economia*, in G. AMATO – A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, 925 e ss.

³² Sul significato della vigilanza, quale "strumento, o meglio complesso di strumenti, per realizzare la parte pubblicistica delle attività economiche", cfr. N. MARZONA, *Gli organi di vigilanza sull'attività di intermediazione finanziaria*, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 1994, I, 157 e ss.; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992.

³³ G. CORSO, *Manuale*, cit., 120.

³⁴ Cfr. l'art. 19 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 e l'art. 2 del d. lgs. 10 marzo 1998, n. 43.

³⁵ La letteratura è molto vasta. In sintesi, sull'ordinamento sezionale del credito si rinvia a M. S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti per Santi Romano*, II, Padova, 1939, 707; G. VIGNOCCHI, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, 1968, N. MARZONA, *Funzione monetaria*, Padova, 1993.

³⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 205.

In chiave storica, però, l'autonomia della Banca d'Italia può essere declinata in termini più ampi rispetto alla moderna nozione di "indipendenza".

Se l'autonomia della Banca d'Italia, di norma, viene messa in relazione alla necessità di prevenire interferenze dal potere politico, agli inizi della sua storia si è reso necessario in realtà proteggere Palazzo Koch dai suoi azionisti privati e dal settore industriale, allo scopo di proiettarne la missione verso una maggiore connotazione pubblicistica che avrebbe potuto assicurare l'obiettivo del sostegno alla produzione³⁷. Obiettivo, quest'ultimo, che divenne più incerto, con le relative incognite per lo sviluppo del Paese, sia in occasione dei periodici ritorni all'autarchia e della vivace contaminazione tra amministrazione ed economia in quell'epoca³⁸, sia, in generale, in ragione del più stretto collegamento tra il Tesoro (la politica) e la Banca centrale³⁹: un esempio fu il R.D.L. del 13 aprile 1933, n. 366, con il quale si autorizzava il Ministro delle Finanze a provvedere in deroga delle "vigenti disposizioni" alla sistemazione "*delle questioni pendenti fra il Tesoro dello Stato e l'Istituto di emissione*"⁴⁰. Ma la missione della Banca centrale, chiusa la parentesi autoritaria, divenne tanto più importante per gli interessi del Paese, quanto maggiore fu la consapevolezza nel corso degli anni che solo attribuendo alla Banca d'Italia una certa libertà di manovra si poteva procedere alla ricostruzione del Paese ed al suo sviluppo⁴¹. Libertà da non intendere in senso

³⁷ Cfr. in aggiunta al già citato saggio di Guarino e Toniolo, sempre di G. TONIOLO (a cura di), *Central Bank's Independence In Historical Perspective*, New York, 1988.

³⁸ Il regime amministrativo conquista nuovi ambiti, diventa davvero un regime di diritto comune: un ordinamento generale, reso inattaccabile anche dalla capacità di interpretare i percorsi della modernizzazione, di concettualizzare insieme comando e prestazione, atto unilaterale e prestazione materiale, autorità e servizio, oltre che di sostituire il contratto e la sua centralità nelle attività di scambio dei servizi: cfr. L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, 400 e ss.

³⁹ Si ricorda, ad esempio, l'antagonismo nel 1924 tra Bonaldo Stringher, governatore della Banca d'Italia, e il ministro delle Finanze di Stefani, con il secondo che chiede di attuare il ripristino della convertibilità e la deflazione ed il primo che si oppone sostenendo che l'economia reale "non era pronta", reclamando l'indipendenza della Banca centrale. Erano i prodromi della "bat taglia della lira" condotta senza remore da Mussolini, che rafforzò i poteri ministeriali sulla Banca centrale, il cui scopo era quello di rivalutare e riagganciare la moneta all'oro. Si pensi anche al duro scontro nel 1932 tra il ministro delle Finanze Mosconi ed il governatore Azzolini su tutti settori della politica monetaria, teso a far prevalere le ragioni dello Stato, culminato con il R.D.L. 21 luglio 1935, n. 1293 con il quale venne sospeso "temporaneamente" l'obbligo della Banca di tenere una riserva pari al 40% del circolante e con il DM 31 maggio 1936 con il quale la lira venne svalutata del 41%. Ne danno conto F. COTULA-L. SPAVENTA, *La Banca d'Italia e il sistema bancario*, Bari, 1993, 460 e ss. Dei tentativi di "ministerializzazione" della Banca d'Italia tra il 1931 ed il 1943 parla anche A. GIGLIOBIANCO, *Via Nazionale*, op. cit., 168.

⁴⁰ Per l'effetto, si intesero coprire perdite del bilancio statale a scapito di quello della Banca d'Italia.

⁴¹ Un accenno doveroso deve essere fatto al ruolo di Luigi Einaudi che, oltre ad adoperarsi per il recupero dell'oro asportato in Germania, costruì rete e relazioni con gli Alleati, contribuì

assoluto ma, proprio per dare significato al concetto di autonomia, come dialogo “tra pari”, sia pure nell’ovvio rispetto delle prerogative del Tesoro⁴², persino nei momenti di forte dissenso sulle decisioni politiche che portarono ad un aumento della spesa da finanziare con il debito⁴³.

Tornando alle moderne Autorità indipendenti, tra cui si può annoverare la Banca d'Italia, il fenomeno può inquadrarsi sia nel più generale processo di trasformazione dell’organizzazione amministrativa, cui si assiste da tempo⁴⁴, in linea con la ciclica rivisitazione che ha per oggetto l’organizzazione amministrativa, sia in ragione proprio delle modificazioni istituzionali dello Stato dovute al processo di integrazione europea⁴⁵.

Da qui la necessità (e opportunità) di affidare ad organi amministrativi, dotati di mezzi e personale che ne garantiscano l’indipendenza, il compito di provvedere alla cura di settori cruciali della vita economico-sociale attraverso l’attribuzione di poteri di intervento nell’economia al fine di regolare – per quan-

(con Menichella) a trasformare la riserva obbligatoria da strumento di vigilanza a strumento di politica monetaria: con l’obiettivo primario di ridurre le spese pubbliche ed il disavanzo. Nella sua relazione della Banca relativa all’esercizio 1946, Einaudi affermava: “... *Con i giochetti scritti sulla carta, con il cambiar nome alle cose ed ai pezzi di carta non si ottiene alcun risultato sostanziale. La sostanza ha due soli nomi: imposte e prestiti*”: Banca d’Italia, Relazione per l’anno 1946, 201 e ss.

⁴² Nella Relazione del Governatore della Banca d’Italia (Guido Carli) Considerazioni finali, 1962, 514, si trova un buon esempio del connubio che dovrebbe esserci tra Banca centrale e Tesoro: “*A noi spetta... difendere la nostra indipendenza dal potere politico, senza che ciò implichi in alcuna circostanza insubordinazione; indipendenza intesa nel senso di contrapposizione dialettica fra gli organi dello Stato...*”: fermo, proseguirà Carli, il mantenimento della stabilità monetaria. Su questi temi cfr. G. MELIS, *Due modelli di amministrazione tra liberalismo e fascismo, Burocrazie tradizionali e nuovi apparati*, Roma, 1988, 137 e ss.

⁴³ Ben nota, di nuovo, la posizione di Guido Carli nella caotica situazione degli anni ‘70: “*Risale al 1928 l’abrogazione delle disposizioni, contenute nel testo unico sugli istituti di emissione, concernenti le limitazioni degli impieghi della Banca d’Italia in titoli di Stato o garantiti dallo Stato. Ci siamo posti e ci poniamo l’interrogativo se la Banca d’Italia avrebbe potuto o potrebbe rifiutare il finanziamento del disavanzo del settore pubblico astenendosi dall’esercitare la facoltà attribuita dalla legge di acquistare titoli di Stato. Il rifiuto porrebbe lo Stato nella impossibilità di pagare stipendi ai pubblici dipendenti dell’ordine militare, dell’ordine giudiziario, dell’ordine civile e pensioni alla generalità dei cittadini. Avrebbe l’apparenza di un atto di politica monetaria; nella sostanza sarebbe un atto sedizioso, al quale seguirebbe la paralisi delle istituzioni. Occorre assicurare la continuità dello Stato, anche se l’economia debba cadere in ristagno; d’altronde le conseguenze del caos amministrativo sarebbero più gravi. Non possiamo impedire la caduta con i soli strumenti della politica monetaria; possiamo adoperarci affinché sia meno profonda.... I mezzi per ottenere ciò sono noti; non esistono in materia rimedi miracolosi: occorre restringere la creazione di moneta destinata al finanziamento del settore pubblico*”. Cfr. Banca d’Italia, Relazione per l’anno 1973, Considerazioni finali, 1974.

⁴⁴ Per un interessante ricostruzione, anche storica, dello “Stato multi organizzativo” v. S. CASSESE, *Le trasformazioni dell’organizzazione amministrativa*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, 1988, 374 ss.; G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comun.*, 1991, 351 ss.

⁴⁵ Su quest’ultimo aspetto v., soprattutto, G. GUARINO, *Verso l’Unione economica e monetaria. Di alcune rilevanti modificazioni degli assetti istituzionali interni*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1993, vol. II, 1359 ss.

to possibile secondo parametri non legati a scelte di natura politica – i rapporti giuridici tra privati, da un lato, e tra privati e P.A. dall'altro⁴⁶.

Non sfugge a tale paradigma teorico la Banca d'Italia⁴⁷ ed anzi il valore dell'indipendenza è rafforzato dal diritto europeo. L'art. 130 TFUE stabilisce che nell'esercizio dei poteri e nell'assolvimento dei compiti e dei doveri loro attribuiti dai trattati e dallo statuto del SEBC e della BCE, né una banca centrale nazionale né un membro dei rispettivi organi decisionali possono sollecitare o *accettare istruzioni dalle istituzioni*, dagli organi o dagli organismi dell'Unione, dai governi degli Stati membri né *da qualsiasi altro organismo*. Le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione nonché i governi degli Stati membri si impegnano a rispettare questo principio e a non cercare di influenzare i membri degli organi decisionali della Banca centrale europea o delle banche centrali nazionali nell'assolvimento dei loro compiti.

Quello che un tempo lontano era un potere esclusivo e tipico della Banca d'Italia, vale a dire emettere moneta (la lira) in modo da rispettare di regola la dimensione delle riserve auree, spetta ora alla BCE. Compito delle BCE è quello di salvaguardare il valore della moneta (l'euro), evitando processi inflazionistici e squilibrio finanziario. Ma questo compito non è assolto dalla *sola* BCE. L'art. 282 del TFUE chiarisce che il Sistema europeo delle banche centrali (SEBC) si compone della Banca centrale europea e del "banche centrali nazionali". La Banca centrale europea e le banche centrali nazionali degli Stati membri, la cui moneta è l'euro, "conducono la politica monetaria dell'Unione". Questo spiega il conferimento dell'oro alla BCE e la perdurante funzione delle riserve auree, spostata dal livello nazionale a quello europeo.

In definitiva, tra vincoli interni e vincoli europei, la strada che porta l'oro dalla Banca centrale allo Stato è molto in salita e il suo irto percorso presupporrebbe un "decisionismo giuridico" ed una riconfigurazione della teoria della sovranità⁴⁸: almeno, al lume della legislazione attuale e dei Trattati.

⁴⁶ A tal proposito, G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare (contributo allo studio delle funzioni regolative)*, Padova, 1993, p. 3 ss.; L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI, *I Garanti delle regole*, *op. cit.*, 55 e ss.

⁴⁷ Come conferma da tempo anche la giurisprudenza: ad es. Cass., Sez. II, 3 gennaio 2019, n. 4.

⁴⁸ Non sembri azzardato, nel contesto ed alla luce delle proposte di legge da cui si è partiti, il rinvio a C. SCHMITT, *Politische Theologie: vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München, 1934 (trad. it. *Teologia politica*, in *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. MIGLIO, P. SCHIERA, Bologna, 1972).

Abstract

The ownership of the Italian gold reserves

by Giovanni Pesce

Moving from an analysis of the recent bills which provide that the Italian gold reserves shall be deemed to be owned by the State, the Article discusses the legal issues concerning the ownership of the Italian gold reserves. After reviewing, also in historical terms, the main elements which lead to identify the Bank of Italy as the legal entity which holds the reserves and manages them in order to guarantee monetary stability, the Article starts with a reflection on the meaning of “public goods”, and suggests to frame legal issues concerning the ownership of the gold reserves within the concept of the public goods. The Article emphasizes the value of the autonomy of the Bank of Italy and its independence in relations with the Treasury, and argues in favour of a dialogue on an equal footing between the independent Bank and the political realm. The Author further argues that that the general interest underlying the management of the gold reserves cannot but be coincident with that of the State. This means that both the State and the Bank of Italy have the task to pursue the general interest of monetary stability, and, in order to comply with the current framework of the European Treaties, shall make available the gold reserve to the European Central Bank.

Parole chiave: Banca d'Italia, riserva aurea, beni pubblici

Keywords: Bank of Italy, gold reserves, public goods

C'era una volta il carattere libero ed indipendente del sapere accademico

di Beatrice Rabai

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La natura poliedrica del concetto di valutazione. – 3. La Società della conoscenza e l'introduzione di meccanismi di assicurazione della qualità nei sistemi di istruzione superiore – 4. Il sistema attuale di valutazione della ricerca scientifica in Italia, tra autonomia universitaria e controllo statale. – 5. L'importanza della motivazione intrinseca nella valorizzazione del sapere accademico. – 6. Osservazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive*

Dalle politiche europee legate alla c.d. «*Società della conoscenza*» emerge una certa tendenza a considerare le Università come strutture che erogano un determinato servizio secondo logiche concorrenziali e aziendalistiche¹.

Le spinte provenienti dal contesto internazionale e lo stesso processo di costituzione di un quadro europeo dell'istruzione superiore hanno, infatti, favorito il diffondersi nel tempo di una visione manageriale del “sapere”, che si è

* Il presente contributo costituisce rielaborazione e ampliamento della relazione, dal titolo «*C'era una volta...il carattere libero ed indipendente del sapere accademico? (ovvero sulla valutazione nel sistema universitario italiano)*», presentata al Convegno annuale AIPDA 2019 – Pisa, 10-12 ottobre 2019, «*Quali saperi servono alla pubblica Amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica*».

¹Un simile orientamento si rinviene, per esempio, nella Comunicazione della Commissione europea del 5 febbraio 2003, dal Titolo «Il ruolo delle Università nell'Europa della conoscenza» [COM(2003) 58 def.], nella quale si afferma che «de università europee si sono a lungo definite secondo alcuni grandi modelli, in particolare il modello ideale d'università ideato, quasi due secoli fa, da Wilhelm von Humboldt con la sua riforma dell'università tedesca, che mette la ricerca al centro dell'attività universitaria e ne fa la base dell'insegnamento. Oggi la tendenza è ad allontanarsi da questi modelli, e a muovere verso una maggiore differenziazione [...]. Dal punto di vista della concorrenzialità è vitale che il sapere dalle università si avvii verso le imprese e la società». Questa impostazione è tuttavia molto discussa, poiché sembra non corrispondere a quella visione, protetta e garantita dalla Costituzione, tesa a concepire le Università quali comunità di persone dedite liberamente alla formazione e alla ricerca. In dottrina, tale aspetto risulta particolarmente presente nella riflessione di U. POTOTSCHNIG, *l'Università come società*, in *Rivista Giuridica della Scuola*, 1976, 269 ss., ora in *Scritti scelti*, Padova, 1999, 817-834 e Id., *Insegnamento istruzione scuola*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1961 361 ss., sempre in *Scritti scelti*, cit., 665-776. Più di recente, v. anche E. M. MADAMA, F. RIGANO, *Appunti sul diritto costituzionale delle università all'autonomia*, 204- 230, in G. MATUCCI, F. RIGANO (a cura di), *Costituzione e istruzione*, Milano, 2016. Diversamente, sostiene come il compito svolto da chi lavora in università sia espletamento di un servizio pubblico, ispirato ai canoni della efficienza, della imparzialità e della sostenibilità dei bilanci degli atenei, R. CALVANO, *L'organizzazione del sistema universitario*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione. Atti del Convegno di Roma, 23-24 gennaio 2014*, Napoli, 2014, 448 ss. Per una ricostruzione delle diverse posizioni, v. F. MIDIRI, *L'istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale*, Torino, 2004.

tradotta in una progressiva implementazione di metodologie, strumenti e tecniche gestionali, tipici del settore privato, all'interno delle istituzioni universitarie².

Anche il sistema universitario italiano, come si vedrà nel prosieguo, è stato fortemente influenzato da questa impostazione, con evidenti ricadute sull'equilibrio dei rapporti intercorrenti tra Stato e Università e sulla misura e l'ampiezza della autonomia di queste ultime³.

Occorre, tuttavia, sin da subito rilevare come l'adesione ad un approccio manageriale delle Università, anziché essere funzionale al perseguimento degli obiettivi posti a livello europeo in vista della costruzione di un sistema universitario competitivo, efficiente e di qualità, ha offerto al nostro legislatore l'occasione per attuare nel settore universitario una politica di riduzione della spesa pubblica.

La previsione di sistemi di *accountability* e di concorrenza tra atenei, del resto, è stata giustificata non solo con riferimento alle esigenze di trasparenza derivanti dall'utilizzo di fondi pubblici⁴, ma anche alla luce della scarsità di risorse presenti

² *Ranking, spin off, performance, networking, joint ventures, governance* sono solo alcuni dei termini divenuti di uso più comune all'interno degli Atenei e che rimandano ad una dimensione semantica manageriale ed economicistica.

³ La legge 30 dicembre 2010, n. 240, in particolare, ha operato un ripensamento generale dell'impianto tradizionale delle istituzioni universitarie, che ha interessato non solo l'organizzazione interna (organi di governo e articolazione delle strutture didattiche e di ricerca), ma anche lo stato giuridico dei docenti e dei ricercatori e il sistema di valutazione. Per un approfondimento relativo ai profili di novità introdotti dalla legge Gelmini v., tra i più recenti, A. MARRA (a cura di), *L'autonomia universitaria del nuovo millennio*, Roma, 2020; C. BARBATI, *Il sistema delle autonomie universitarie*, Torino, 2019; R. FONTANA, D. BORRELLI, M. CASSELLA, *Come ci cambia l'Università che cambia. Le conseguenze del sistema di valutazione sugli aspetti organizzativi e istituzionali*, in *Sociologia e ricerca sociale*, 2019, 1, 29-50; D. BORRELLI, M. STAZIO, *La «grande trasformazione» dell'università italiana*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 2018, 1, 1-19; G. VESPERINI, *L'ANVUR nella governance del sistema universitario*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2017, 4, 431-435; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, C. BARBATI (a cura di), *Il reclutamento universitario in Europa*, Napoli, 2016; D. BORRELLI, *Contro l'ideologia della valutazione. L'Anvur e l'arte della rottamazione dell'università*, Milano, 2015; A. IANNUZZI (a cura di), *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, Napoli, 2015; G. PIPERATA (a cura di), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, Napoli, 2014; F. ROVERSI MONACO, G. CALA (a cura di), *Università e riforme*, Bologna, 2014; S. CASSESE, *L'Anvur ha ucciso la valutazione. Viva la valutazione!*, in *Il Mulino*, 2013, 1, 73-79; E. PICOZZA, A. POLICE (a cura di), *Competizione e governance del sistema universitario*, Torino, 2013; A. SANDULLI, M. COCCONI, *Riforma universitaria*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2012, 370-375; S. BATTINI, *La nuova governance delle università*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2011, 359-379; V. GASPARINI CASARI, *Appunti in tema di valutazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2011, 3/4, 591-635; E. CARLONI, P. FORTE, C. MARZUOLI, G. VESPERINI (a cura di), *Il sistema universitario in trasformazione*, Napoli, 2011; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di), *Concorrenza e merito nelle Università. Problemi, prospettive e proposte*, Torino, 2009.

⁴ Nelle intenzioni del legislatore i sistemi di *accountability* dovrebbero stimolare i componenti della comunità scientifica a tenere comportamenti sempre più virtuosi, al fine di migliorare la qualità di ricerca all'interno dei propri atenei. È tuttavia da rilevare che, sebbene la valutazione si sia resa necessaria anche a seguito delle distorsioni derivanti da comportamenti inefficienti posti in essere da alcuni membri della comunità scientifica (si pensi per esempio al tema dei ricercatori inattivi o parzialmente inattivi), è altrettanto vero che un sistema così formulato rischia di penalizzare l'intera struttura di appartenenza, la quale verrebbe

nel nostro Paese, determinando la necessità di sviluppare forme di incentivazione e disposizioni premiali legate al sistema di finanziamento statale⁵.

In tale prospettiva la legge Gelmini ha riservato un ruolo di rilievo all'Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (Anvur)⁶, cui è stata attribuita la funzione di «*valutazione esterna della qualità delle attività delle Università*»⁷.

L'emersione di un sistema di finanziamento strettamente connesso ad una valutazione (di qualità) delle prestazioni offerte e dei risultati ottenuti dalle singole università in termini di didattica e di ricerca pone, tuttavia, il duplice rischio di indebolire l'autonomia di cui godono le istituzioni universitarie e di minare alla radice la libertà di ricerca e di insegnamento del singolo docente.

Il presente lavoro si propone dunque di verificare se l'attuale modello di

sanzionata, come è stato osservato anche da A. BANFI, *Prima che la nave affondi: un rapido bilancio della riforma della Università e qualche possibile intervento correttivo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 5, 551, «per una sorta di responsabilità collettiva».

⁵ La c.d. «quota premiale» è stata introdotta dal d.l. 10 novembre 2008, n. 180, convertito con modificazioni dalla legge 9 gennaio 2009, n. 1. La disciplina è stata successivamente integrata dall'art. 13, legge 30 dicembre 2010, n. 240, il quale ha stabilito che gli incrementi della quota siano stabiliti annualmente con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, «in misura compresa tra lo 0,5 per cento e il 2 per cento del fondo di finanziamento ordinario di cui all'articolo 5 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, determinata tenendo conto delle risorse complessivamente disponibili e dei risultati conseguiti nel miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza nell'utilizzo delle risorse». Con riferimento all'ultimo schema di decreto, recante i criteri per il riparto del fondo di finanziamento ordinario delle Università per l'anno 2019, si v. il parere espresso dal Cun nella Adunanza del 31 luglio 2019, nel quale si lamenta l'insufficienza complessiva delle risorse pubbliche destinate al sistema universitario. Per un'analisi relativa ai cambiamenti avvenuti negli ultimi anni nei flussi di finanziamento del sistema universitario, nonché per un approfondimento su i dati relativi all'andamento dello stesso, v. A. BANFI, G. VIESTI, *Meriti e bisogni nel finanziamento del sistema universitario italiano*, Working Papers RES, 2015, 3, 2 ss.

⁶ Art. 1, comma 138, lett. a, b, c, legge 24 novembre 2006, 286, che ha istituito l'Agenzia (diventa, tuttavia, operativa solo nel 2011). Successivamente l'articolo 5, comma 1, lett. a), della legge Gelmini ha previsto una delega al Governo finalizzata alla «valorizzazione della qualità e dell'efficienza delle università e conseguente introduzione di meccanismi premiali nella distribuzione delle risorse pubbliche sulla base di criteri definiti ex ante, anche mediante previsione di un sistema di accreditamento delle università». Il d.lgs. 27 gennaio 2012, n. 19, che ha dato attuazione alla delega in parola, ha infine previsto tre forme di valutazione, ed in particolare: 1) l'accREDITamento iniziale e periodico di corsi di studio e di sedi; 2) la valutazione periodica relativa alla qualità, all'efficienza ed ai risultati della attività universitaria; 3) la valutazione di carattere interno, svolta dai nuclei di valutazione delle università ma trasmessa annualmente, mediante relazione, al Miur e all'Anvur.

⁷ Art. 1, comma 4, legge 30 dicembre 2010, n. 240, il quale, nello specificare che l'agenzia ha la funzione di sovrintendere al sistema pubblico nazionale di valutazione delle qualità delle Università e degli enti di ricerca, precisa anche che la medesima è tenuta a trasmettere l'esito dei risultati delle proprie attività al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (Miur), deputato a valutare «i risultati secondo criteri di qualità, trasparenza e promozione del merito», al fine di garantire «una distribuzione delle risorse pubbliche coerente con gli obiettivi, gli indirizzi e le attività svolte da ciascun ateneo».

valutazione sia funzionale a mantenere e promuovere quella particolare professionalità, frutto della fusione di didattica e libera ricerca scientifica, cui l'articolo 33 della Costituzione affida lo sviluppo e la trasmissione del sapere in una società pluralistica.

Per fare questo, nel secondo paragrafo ci si soffermerà sulla natura poliedrica del concetto di valutazione e sulle sue molteplici finalità; nel terzo si analizzerà il contesto all'interno del quale hanno cominciato ad emergere i meccanismi di assicurazione della qualità nei sistemi di istruzione superiore, nonché il ruolo assunto dal Processo di Bologna nella diffusione del *performance management* nel sistema universitario italiano; nel quarto si indicheranno, alla luce di quanto emerso in precedenza, gli aspetti più controversi della attuale formulazione della valutazione della ricerca scientifica in Italia, con particolare riferimento alle garanzie riconosciute a livello costituzionale alle Università e al singolo docente; nel quinto paragrafo, valendosi anche dei risultati delle ricerche di sociologia della conoscenza e degli studi economici in tema di motivazione estrinseca ed intrinseca dell'individuo, si offrirà una lettura critica dell'attuale sistema di valutazione; nel sesto si svolgeranno, infine, alcune considerazioni conclusive.

2. *La natura poliedrica del concetto di valutazione*

L'atto del valutare è un'operazione che viene svolta da ogni essere umano, pressochè quotidianamente, in qualunque ambito o settore.

La gran parte delle nostre azioni, dalle più elementari alle più complesse, comporta infatti l'esercizio di un'attività intellettuale, finalizzata all'assunzione di una decisione o di un comportamento sulla base di un personale (e, dunque, soggettivo) criterio valoriale di giudizio⁸.

Riuscire, tuttavia, a definire in termini generali che cosa sia la "valutazione" – al di là della mera analisi etimologica, che rinvia all'idea di attribuire un valore, dare un peso, stimare⁹ – non è compito semplice, dal momento che la medesima assume sfumature e significati differenti a seconda del contesto preso a riferimento, del fenomeno esaminato, del criterio-guida assunto¹⁰.

⁸ Si veda sul punto A. VERGANI, *Valutazione e sociologia: qualche nota introduttiva*, in *Studi di sociologia*, 2005, 3, 212, il quale intende la valutazione come il «risultato di un processo sociale specifico le cui principali tappe sono suscettibili di osservazione», e dunque come «un atto deliberato e socialmente organizzato orientato alla produzione di un giudizio di valore».

⁹ Cfr. la voce «Valutare», in *Vocabolario Treccani*, Roma, attualmente disponibile anche on line all'indirizzo <http://dizionario.internazionale.it>.

¹⁰ Al riguardo, si distingue tra sistemi di valutazione *ex ante* (che comportano un'osservazione dei fenomeni, preparatoria all'assunzione di una decisione), in *itinere* (idonei a verificare l'andamento degli interventi in corso di realizzazione), o *ex post* (funzionali a verificare la rispondenza degli obiettivi prefissati ai risultati raggiunti). È poi possibile distinguere tra valutazione interna (o *internal accountability*, con funzione di monitoraggio) e valutazione esterna (con funzione di control-

Se il minimo comun denominatore di qualsiasi pratica valutativa è infatti rappresentato dall'esercizio di una attività cognitiva, strumentale alla formulazione di un giudizio su determinati fatti, oggetti, processi o soggetti, ciò che tuttavia rende non univoca, e dunque dinamica, l'attività del valutare è la variabilità di elementi che vengono ad essere, di volta in volta, interessati (soggetti coinvolti, oggetto della valutazione, parametri adottati, finalità perseguita).

La natura poliedrica del concetto in parola fa sì che l'atto del valutare possa avere ad oggetto situazioni molto diverse tra loro, sia dal punto di vista tecnico sia da quello relativo alla concreta applicazione, con la (quasi) naturale conseguenza che difficilmente un sistema di valutazione, astrattamente efficace per un contesto o ambito, lo sarà per altro (contesto o ambito), così come un abito di sartoria, cucito su misura, raramente calzerà a pennello su persona diversa da quella per la quale è stato confezionato.

“Ogni” attività valutativa rappresenta, dunque, un fenomeno complesso, in relazione al quale risulta fondamentale la preliminare individuazione di tutti quegli elementi idonei a rendere “quel” particolare modello valutativo adeguato al contesto reale esaminato e conforme alla finalità perseguita.

Del resto, solo una valutazione ben concepita può aspirare a realizzare il “senso” ultimo e più nobile dell'atto del valutare, che è quello di apprendere per migliorare, garantendo che «*certe condizioni positive [...] siano confermate[...] e certe condizioni e certi passi negativi vengano individuati, ridotti, smentiti*»¹¹.

Il mondo giuridico conosce una varietà di istituti nei quali vengono in rilievo attività di valutazione con finalità differenti.

Con particolare riferimento al diritto amministrativo si possono citare, a mero titolo esemplificativo, l'AIR (Analisi di impatto della regolazione), la VIR (Valutazione dell'impatto della regolazione), il *rating* di impresa, la valutazione della *performance* della pa.

AIR e VIR, come noto, sono strumenti funzionali alla implementazione della qualità della normazione. In particolare, mentre la AIR si traduce in una valutazione *ex ante* che non interferisce in alcun modo con il potere decisionale, costituendo «*un supporto alle decisioni dell'organo politico di vertice dell'amministrazione in ordine all'opportunità dell'intervento*», la VIR si traduce in una «*valutazione, anche periodica, del raggiungimento delle finalità e nella stima dei costi e degli effetti prodotti da atti normativi sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni*»¹².

Si tratta di strumenti pensati al fine di prevedere (l'AIR) e verificare (la VIR) l'effettivo impatto di una data disciplina sulla realtà concreta ma che, allo stato attuale, faticano ancora ad affermarsi nel nostro Paese, a causa di una non sem-

lo dei risultati ottenuti). Per un approfondimento sul tema, v. M. PALUMBO (a cura di), *Il processo di valutazione: decidere, programmare, valutare*, Milano, 2015.

¹¹ A. VERGANI, *Valutazione sociologica*, cit., 212.

¹² Art.14, commi 2 e 4, legge 28 novembre 2005, n. 246.

pre adeguata formazione del personale deputato e da pratiche, il più delle volte, eccessivamente burocratiche o formalistiche¹³.

Il *rating* d'impresa rappresenta, invece, un indice di misurazione della reputazione di un operatore economico aspirante aggiudicatario, ottenuto valutando le sue pregresse *performance* lavorative. In detto caso, la finalità della valutazione è quella di aumentare il tasso di efficienza del mercato dei contratti, rendendo maggiormente controllabile il rischio della esecuzione.

Più interessante ai nostri fini risulta, tuttavia, l'ultimo esempio citato, relativo alla valutazione (*ex post*) della *performance* organizzativa ed individuale della pa.

Al riguardo, occorre osservare come quello legato alle *performance* sia un modello di gestione del settore pubblico relativamente recente nel nostro ordinamento, che risente fortemente dell'influsso del paradigma del *New Public Management*, di matrice anglosassone¹⁴.

A partire dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso, in particolare, i governi della maggior parte dei Paesi europei hanno avviato processi di “*governance*” ispirati all'efficienza, efficacia e alla logica di risultato, funzionali ad introdurre nel settore pubblico modelli aziendali e manageriali tipici del settore privato¹⁵.

¹³ Cfr. F. FRACCHIA, *Legistica, AIR e VIR: tecnica legislativa, effetti invalidanti e diritti dei cittadini*, in *Diritto dell'economia*, 2016, 1, 24.

¹⁴ Le riforme ispirate al NPM sono state adottate inizialmente da governi conservatori, come quello guidato da Margaret Thatcher, successivamente anche da governi di altra ispirazione politica, quali per esempio le amministrazioni Clinton negli Stati Uniti e Blair in Inghilterra (cfr., sul punto G. REBORA, *Public management: una prospettiva di scienza dell'amministrazione*, in *Rivista italiana di Public Management*, 2018, 1, 70-71). Per un approfondimento sulla genesi del NPM, v. C. HOOD, *A public management for all seasons?*, in *Public Administration*, 69, 1991, 3-4, il quale chiarisce che «NPM, like most administrative labels, is a loose term. Its usefulness lies in its convenience as a shorthand name for the set of broadly similar administrative doctrines which dominated the bureaucratic reform agenda in many of the OECD group of countries from the late 1970s» e S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2001, 1, 84-85, il quale osserva come sotto l'etichetta di *New Public Management* si facciano rientrare «un insieme unitario, ma non coerente, di politiche, che coniugano al loro interno l'insieme di più elementi, quali: a) *agenification*, e cioè tendenza ad affidare ad appositi organismi/agenzie o autorità indipendenti compiti prima svolti da apposite unità inserite nell'organizzazione statale [...]; b) *process re-engineering*, e cioè revisione delle procedure interne alle pubbliche amministrazioni allo scopo di semplificarle e di ridurre, quindi, il peso dell'amministrazione sui cittadini; c) *value for money*, e cioè introduzione di contabilità commerciali nelle pubbliche amministrazioni [...]; d) *result-oriented budget*, e cioè redazione di conti delle amministrazioni pubbliche meno orientati ai processi e più orientati a massimizzare il prodotto; e) *public-private partnership*, e cioè collaborazione dei privati alla gestione di servizi pubblici [...]; f) *marketization*, e cioè apertura di servizi pubblici alla concorrenza, ottenuta in vari modi, ma per lo più affidando la gestione dei servizi pubblici a più gestori, tra di loro in competizione; g) *customer orientation*, e cioè identificazione di indicatori di qualità e di *standards* di produttività, controllo del loro rispetto e misurazione della soddisfazione degli utenti dei servizi pubblici». Sul tema, v. anche P. ADINOLFI, *Il mito dell'azienda, L'innovazione gestionale ed organizzativa nelle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2005; G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2015, 1, 611-640; M. SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in ID., 641-690.

¹⁵ Come ricorda M.R. FERRARESE, *La parola Governance*, in *Parole chiave*, 2016, 56, 3-5, il

Negli anni Novanta del secolo scorso tale corrente di pensiero si è diffusa anche in Italia, dando vita ad una stagione di riforme dell'organizzazione amministrativa¹⁶.

Tra le misure adottate dal legislatore al fine di soddisfare le esigenze di *accountability* e contenimento della spesa pubblica assumono un ruolo centrale i sistemi di valutazione della *performance* organizzativa ed individuale delle pubbliche amministrazioni, basati su formule manageriali che valorizzano gli incentivi economici e il perseguimento di obiettivi prefissati.

In detti contesti, l'atto del valutare assume la funzione di verificare non solo i risultati raggiunti in correlazione agli obiettivi prefissati ma la loro stessa qualità, nell'ottica di favorire il «*miglioramento della qualità dei servizi offerti*», nonché la «*crescita delle competenze professionali*»¹⁷.

Valutare le *performance* di un'amministrazione pubblica si è, tuttavia, rivelata all'atto pratico un'operazione tutt'altro che semplice, in considerazione dell'ontologica differenza che intercorre tra un'impresa privata e una pubblica amministrazione¹⁸.

termine *governance* va considerato come «una sorta di key-word per penetrare nell'odierno mondo istituzionale plasmato dal processo di globalizzazione» che agisce «nel concreto, attuando policies in specifici contesti» e che si «propone anche e soprattutto come una diversa teoria del governo, come un inedito disegno istituzionale, con nuovi soggetti e strumenti, che modificano significativamente lo scenario politico e giuridico cosiddetto moderno». La stessa a., precisa inoltre (p. 8) che «se l'avvento dello stato nazionale aveva siglato il compimento di una concezione unitaria e pubblica del potere, la *governance* agisce in uno spettro largo di opzioni di governo, con un coinvolgimento a geometria variabile di istituzioni pubbliche e private, che possono mescolarsi variamente. Accostando le proprie modalità a quelle tradizionali, la *governance* conduce ad un percorso di desovranizzazione, attraverso un progressivo svuotamento di consolidate prerogative e di tradizionali spazi operativi del *government*». Per un approfondimento, v. anche A. DENEAULT, *Governance. Il management totalitario*, Vicenza, 2018.

¹⁶ La c.d. «età delle riforme amministrative» (così come definita da S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, cit., 79 e richiamata da A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, 2018, 166), nella quale si afferma il principio di separazione tra politica e amministrazione. In tal senso, si pensi, ad esempio, alla introduzione della legge 7 agosto 1990, n. 241, alla nascita delle autorità indipendenti e delle agenzie, alle c.d. riforme Bassanini.

¹⁷ Art. 3, comma 1, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150. Preme rilevare come, inizialmente, con d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, sono stati introdotti sistemi di controllo interni, articolati in quattro tipologie: controllo strategico, controllo di gestione, controllo di regolarità e controllo di valutazione dirigenziale; successivamente, con il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (Riforma Brunetta) e la legge 7 agosto 2015, n. 124 (Riforma Madia) è stato definito il sistema di valutazione della performance organizzativa ed individuale della pubblica amministrazione.

¹⁸ Osserva L. TORCHIA, *Valutazione e amministrazione pubblica*, in G. GARDINÌ (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna, 2012, 210-211, come «il processo di produzione all'interno dell'amministrazione si svolge sulla base di competenze e attribuzioni formalmente attribuite e il cui esercizio è oggetto a sua volta di regolazione, di modo che il nesso fra procedimento e prodotto... è più complesso di quanto non accada in una organizzazione privata». In tema, v. anche S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dei pubblici dipendenti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, 1, 53-67.

Rebus sic stantibus, la valutazione potrebbe realmente assurgere a strumento in grado di supportare il livello qualitativo dei servizi offerti dalle pubbliche amministrazioni solo laddove la medesima venisse «*acquisita e resa endogena nelle pratiche e nelle strategie interne all'amministrazione stessa e non praticata in forma meramente procedurale e burocratica*»¹⁹. Ma per fare questo, come è stato parimenti osservato, sarebbe prima di tutto necessaria «*una nuova cultura della amministrazione, strada su cui è necessario insistere, non soltanto con nuove normative, ma anche con altri fondamentali strumenti, quali la formazione e il monitoraggio*»²⁰.

Dato atto di quanto sopra, occorre rilevare come le logiche di competizione e di concorrenza e l'attenzione alla qualità dei risultati sono elementi che, del resto, si rinvencono anche nell'attuale modello di valutazione della ricerca scientifica e della didattica²¹, e che rivelano il tentativo del legislatore italiano di introdurre il modello di *New public management*, già previsto in altri ambiti, anche in detto settore, sulla scia di un processo di riforma di *governance* universitaria che affonda le radici nel contesto sovranazionale²², di seguito esaminato.

3. *La Società della conoscenza e l'introduzione di meccanismi di assicurazione della qualità nei sistemi di istruzione superiore*

Occorre preliminarmente rammentare che gli anni Novanta del secolo scorso hanno rappresentato per l'Unione Europea un periodo di profondi cambiamenti.

Il quasi compiuto raggiungimento dell'obiettivo del mercato europeo, la globalizzazione, l'affacciarsi di nuovi antagonisti economici sulla scena mondiale spingono l'Unione europea a individuare un nuovo *asset* strategico preordinato al rafforzamento della competitività dei propri mercati.

In risposta alle forti sollecitazioni provenienti dal contesto internazionale, il fattore di rilancio dell'economia europea viene individuato nell'alta formazione e nella ricerca scientifica, ambiti fino a quel momento ritenuti di marginale interesse nel processo di integrazione europea²³.

¹⁹ REDAZIONE RIV, *La formazione della pa in materia di valutazione*, in *Rassegna italiana di valutazione*, 2008, 42, 142.

²⁰ Parere del Consiglio di Stato, Comm. Spec. 11 aprile 2017, n. 917, così come richiamato da A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, cit., 165.

²¹ Nel presente scritto non si approfondirà, invece, la tematica della valutazione della *performance* delle strutture e dell'Ateneo nel suo complesso.

²² Non essendo possibile in tale sede soffermarsi adeguatamente sull'evoluzione dei sistemi di *governance* universitaria in Europa, si rinvia agli studi in materia ed, in particolare, C. CAPANO, M. REGINI (a cura di), *Come cambia la governance. Università italiane ed europee a confronto*, Roma, 2015; C. BARONE, S. BAFFO, F. DI PIETRO, R. MOSCATI, *Le trasformazioni dei modelli di governance nelle università europee*, in *Inchiesta*, 2009, 3, 1 ss.

²³ Sul tema, v. M. COCCONI, *Il Diritto europeo dell'istruzione. Oltre l'integrazione dei mercati*, Milano, 2006.

In particolare, il Libro Bianco su *«Insegnare ed apprendere: verso la società conoscitiva»* varato nel 1995 dalla Commissione Delors chiarisce per la prima volta come lo sviluppo *«della istruzione e della formazione professionale»* debba costituire *«una delle condizioni da soddisfare per rendere possibile l'instaurarsi di un nuovo modello di crescita maggiormente foriero di occupazione»*.

L'idea che comincia, dunque, a formarsi in seno alle istituzioni europee è quella di creare uno spazio europeo dell'istruzione, se pur nei limiti e con le forme rese possibili dal diritto europeo.

Le basi giuridiche contenute nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) consentono, infatti, all'Unione di esplicitare esclusivamente un'azione di incentivazione alla cooperazione degli Stati, mediante il sostegno e il coordinamento degli interventi statali in materia di istruzione (anche quella superiore di livello universitario) nonché attraverso una politica complementare ed integrativa (che contempla l'uso di strumenti quali le raccomandazioni, le comunicazioni e il metodo aperto di coordinamento) funzionale al raggiungimento dell'obiettivo individuato nello sviluppo di una *«istruzione di qualità»* (art. 165 TFUE)²⁴.

In questa prospettiva, la Raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea del 24 settembre 1998 contiene un invito esplicito agli Stati membri ad *«istituire sistemi trasparenti di valutazione della qualità»*, incoraggiando la cooperazione fra istituti di istruzione superiore in tale settore.

L'ambizioso progetto di *«fare dell'Europa l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo»* viene formalizzato in occasione del Consiglio di Lisbona del 2000²⁵ ed inteso quale *«obiettivo strategico»* per il decennio successivo, unitamente all'idea – già prospettata dalla Commissione nella Comunicazione *«Verso uno spazio europeo della ricerca»* del 18 gennaio 2000 – di creare uno *«Spazio Europeo della ricerca»*²⁶.

L'azione europea in materia si intreccia al quasi parallelo processo di coo-

²⁴ L'Unione Europea può pertanto svolgere mere «azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, senza tuttavia sostituirsi alla loro competenza» (art. 2, comma 5 e 6, TFUE). Come chiarisce F. CORTESE, *L'istruzione tra diritto europeo e diritto nazionale*, in *Munus*, 2015, 3, 4, «affermare che l'Unione si può occupare dell'output dell'istruzione in termini di qualità equivale a stabilire a) che quell'output è misurabile e valutabile secondo criteri che sono esterni agli Stati membri, e che avranno inevitabilmente a che fare con gli obiettivi di sistema dell'Unione; b) che tale verifica sarà rilevante sia ai fini dello specifico supporto sovranazionale, laddove di volta in volta previsto, sia nella prospettiva di agevolare o rendere ancor più effettivo il raggiungimento dei suddetti obiettivi generali».

²⁵ Consiglio europeo straordinario di Lisbona, tenutosi nei giorni 23-24 marzo 2000.

²⁶ I medesimi obiettivi verranno rilanciati dalla Commissione Europea in occasione della Strategia Europa 2020, che si propone di fronteggiare la nuova crisi economico-finanziaria attraverso la promozione di un nuovo modello di crescita *«intelligente»* (incentrata, cioè, *«sullo sviluppo di un'economia basata sulla conoscenza e sulla innovazione»*), *«sostenibile»* ed *«inclusiva»*.

perazione intergovernativa, noto come “Processo di Bologna”, preordinato ad un graduale avvicinamento dei sistemi universitari degli Stati ad esso aderenti, in vista della creazione di uno Spazio europeo dell’istruzione superiore, al cui interno *«le identità nazionali e gli interessi comuni possano interagire e rafforzarsi l’un l’altro a beneficio dell’Europa, dei suoi studenti e più generalmente dei suoi cittadini»*²⁷.

Detto processo di riforma, che si inserisce nel quadro della c.d. Agenda di Lisbona, si basa in particolare sull’affermazione politica secondo cui l’Europa della conoscenza rappresenta un *«insostituibile fattore di crescita sociale ed umana ed elemento indispensabile per consolidare ed arricchire la cittadinanza europea»*²⁸ e che le Università rivestono un ruolo di primo piano nella realizzazione dei preminenti obiettivi di crescita economica e coesione sociale dell’Unione.²⁹

Al fine di soddisfare gli indirizzi fissati nell’ambito sia della strategia di Lisbona sia del Processo di Bologna, la Commissione europea ha sottolineato in diverse occasioni il necessario sforzo comune che deve essere compiuto dai Paesi membri verso il raggiungimento di livelli di eccellenza nelle proprie università, rappresentato dal bisogno di reperire risorse sufficienti – da impiegare in maniera efficace – nei *«settori nei quali le varie università hanno raggiunto o potrebbero raggiungere un livello di eccellenza ritenuto necessario a livello europeo o mondiale per attirare fondi a sostegno della ricerca accademica»*³⁰.

L’orientamento delle istituzioni europee sembra dunque essere quello di creare un canale competitivo tra linee di ricerca pubbliche e private. Tale scelta di liberalizzazione, benché legittima, rischia tuttavia di privilegiare la ricerca applicata a scapito di quella di base, con tutte le conseguenze che l’adesione a una siffatta opzione comporta.

²⁷ Dichiarazione della Sorbona del 25 maggio 1998. Per un approfondimento sul tema si rimanda a R. CALVANO, *L’organizzazione del sistema universitario*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell’istruzione*, Napoli, 2014, 435-446.

²⁸ Dichiarazione congiunta dei Ministri Europei dell’Istruzione Superiore, intervenuti al Convegno di Bologna il 19 Giugno 1999. Con specifico riferimento al tema della valutazione, giova sottolineare che la dichiarazione di Bologna rappresenta un momento cruciale di detto processo, poichè promuove con decisione la cooperazione europea sul tema della valutazione della qualità, con il fine dichiarato di definire criteri e metodologie comparabili all’interno di tale spazio. È, tuttavia, con la Dichiarazione di Bergen del 2005 che questa tendenza a focalizzarsi sempre più sulla qualità è stata ulteriormente rafforzata, passando così ad un concreto impegno da parte degli Stati di pervenire all’elaborazione di metodologie di valutazione rispondenti a criteri comuni, idonee a perseguire due obiettivi imprescindibili: la responsabilità verso l’esterno (*accountability*) e il miglioramento delle attività (*enhancement*). Con riferimento a tale ultimo aspetto, un momento centrale è rappresentato dall’adozione del documento *Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Standards and Guidelines*, inizialmente elaborati dall’ENQA e successivamente fatti propri dai Ministri di Bergen nel 2005. Il testo aggiornato è stato, invece, approvato dal BFUG e adottato dai Ministri nella Conferenza di Yerevan del 14-15 maggio 2015.

²⁹ Da raggiungere mediante l’offerta ai giovani di una formazione culturale e professionale adeguata alle richieste del mondo del lavoro.

³⁰ Comunicazione della Commissione del 5 febbraio 2003, dal titolo *«Il ruolo delle Università nell’Europa della conoscenza»*, cit.

Dal quadro così ricostruito emerge allora come gli indirizzi europei sottendano una precisa linea politica, funzionale ad addivenire ad un modello comune in materia di istruzione superiore e come gli strumenti di c.d. *soft law* – ed in particolare il Processo di Bologna – stiano in realtà favorendo, secondo quanto rilevato dai critici di questo sistema, il passaggio «dalla formazione di capitale umano alla creazione di capitale intellettuale»³¹, contribuendo alla progressiva metamorfosi del ruolo rivestito dalle Università all'interno della società moderna.

4. *Il sistema attuale di valutazione della ricerca scientifica in Italia, tra autonomia universitaria e controllo statale*

Le sollecitazioni provenienti dal livello europeo si sono tradotte, sul piano interno, in un ripensamento generale della struttura del sistema universitario, che ha coinvolto non solo l'organizzazione interna, ma anche lo stato giuridico dei docenti e dei ricercatori e il sistema di valutazione della didattica e della ricerca scientifica.

Sin dal suo ingresso, tuttavia, la disciplina contenuta nella legge 30 dicembre 2010, n. 240 ha posto qualche problema di compatibilità con i principi sanciti nell'articolo 33 della Costituzione³².

L'ultimo comma dell'articolo richiamato consacra, come noto, il valore dell'autonomia universitaria, prevedendo espressamente che le «*istituzioni di alta cultura, università ed accademie*» hanno il diritto di «*darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato*».

Strettamente connessa all'autonomia di cui al comma sesto è la regola, di pari rango, di cui al primo comma del medesimo articolo, il quale sancisce la libertà dell'arte e della scienza e la libertà del loro insegnamento.

La dottrina, soprattutto costituzionalistica, che si è trovata a riflettere sul significato da attribuire alla succitata disposizione, ha osservato come autonomia e libertà siano principi tra loro intimamente connessi, nel senso che «*la prima acquista significato e ragione dalla seconda e questa si realizza pienamente proprio nell'autonomia universitaria*»³³.

³¹ E. FERONE, *Regole e comunicazione del capitalismo accademico*, Napoli, 2013, 49, la quale utilizza l'espressione «capitale umano» in senso marxiano, quale sinonimo di «sfruttamento».

³² Sulle disposizioni costituzionali in tema di Università, v. S. CASSESE, A. MURA, *Commento agli artt. 33-34*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1976, 210 s.; L. MAZZAROLLI, *L'autonomia universitaria nella Costituzione*, in *Diritto societario*, 1980, 229 ss.; A.M. SANDULLI, *L'autonomia delle università statali*, ora in *Scritti giuridici*, IV, Napoli, 1994, 441 ss.; L. MAZZAROLLI, *Professori universitari, Università e garanzia costituzionale dell'autonomia universitaria*, in *Quaderni Costituzionali*, 1997, 1, 77 ss.; A. D'ATENA, *Profili costituzionali dell'autonomia universitaria*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, 3332.

³³ F. MODUGNO, *Riserva di legge e autonomia universitaria*, in *Diritto e società*, 1978, 757.

Si tratta, dunque, di diritti che si abbracciano l'un l'altro, funzionali a sottrarre alla possibile ingerenza, soprattutto del potere politico, l'attività di chi la svolge nonché a favorire il progresso della conoscenza, così come ricordato nella *Magna Charta* delle Università europee, sottoscritta a Bologna il 18 settembre 1988³⁴.

In una sentenza piuttosto risalente ma con considerazioni ancora del tutto attuali, anche la Corte Costituzionale non ha mancato di sottolineare la «*diretta correlazione funzionale*» dell'autonomia universitaria con le libertà di ricerca e di insegnamento, precisando come tale valore non possa «*non contrassegnare al massimo livello l'attività delle istituzioni di alta cultura*»³⁵.

Nonostante la Costituzione riconosca espressamente l'autonomia universitaria, occorre precisare che i rapporti tra Stato e Università si sono spesso basati sulla costruzione di equilibri precari, il più delle volte sbilanciati a favore di una certa tendenza accentratrice dello Stato nei confronti delle istituzioni universitarie, a detrimento della valorizzazione di quei requisiti di indipendenza e libertà di pensiero che dovrebbero costituire l'essenza stessa delle Università³⁶. Tendenza accentratrice che, a ben vedere, è rinvenibile anche nella legge 30 dicembre 2010, n. 240.

Traendo ispirazione da modelli di valutazione stranieri, la legge succitata, infatti, ha affidato il complesso meccanismo di misurazione dell'attività didattica e di ricerca all'Anvur, agenzia il cui carattere di indipendenza è stato in diverse occasioni posto in discussione a causa dello stretto collegamento con l'organo politico di riferimento (il Miur), il quale riveste al contrario un ruolo da protagonista sia nella scelta dei membri della stessa agenzia, sia nella predeterminazione dei criteri da utilizzare ai fini della valutazione³⁷.

³⁴ Nella quale si afferma che «per essere aperta alle necessità del mondo contemporaneo», l'Università «deve avere, nel suo sforzo di ricerca e d'insegnamento, indipendenza morale e scientifica nei confronti di ogni potere politico ed economico».

³⁵ Corte Costituzionale, sentenza 9 novembre 1988, n. 1017, punto 3 in *diritto*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1988, I, 4860.

³⁶ Per lungo tempo, infatti, il sistema universitario è stato caratterizzato da una impostazione centralista e da uno scarso spazio di manovra in capo ai singoli atenei. La legge Ruberti 9 maggio 1989, n. 168, che sembrava rispondere pienamente al dettato costituzionale (avendo concesso ampia autonomia didattica e statutaria alle università), è stata superata dalla legge Gelmini 30 dicembre 2010, n. 240, che ha nuovamente limitato gli spazi di autonomia riconosciuti in capo alle istituzioni universitarie. Sul punto v. R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'autonomia universitaria*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile. Volume I – Studi introduttivi (muovendo dalle opere di Fabio Roversi Monaco)*, Bologna, 2018, 151-165.

³⁷ Si v., per esempio, il d.m. 15 luglio 2011, n. 17, che ha precisato non solo le metodologie, ma anche gli aspetti più controversi, relativi ai giudici di qualità, ai livelli di merito e ai relativi pesi. Per un approfondimento sul ruolo dell'Anvur, v., tra i più recenti, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Valutazione della ricerca, valutazione delle riviste e cooptazione universitaria*, in *Federalismi*, 2017, 4, 1-10; G. VESPERINI, *L'ANVUR nella governance del sistema universitario*, cit., 431 ss.; A. MARRA, *La valutazione del sistema universitario e il ruolo dell'ANVUR*, in G. PIPERATA (a cura di), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, Napoli, 2014, 87 ss.; M. RAMAJOLI, *Stato valutatore, autonomia universitaria e libertà di ricerca*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2014, 3, 313- 321.

Con particolare riferimento a tale ultimo aspetto, occorre del resto rilevare come la scelta metodologica di ricorrere all'uso di metriche quantitative non solo per gli esercizi di valutazione della ricerca (VQR), ma anche per la classificazione delle riviste scientifiche³⁸, la qualificazione dei candidati alla abilitazione scientifica nazionale (ASN), le procedure di assicurazione della qualità della didattica (AVA) nonché la selezione e progressione di carriera del personale accademico presti il fianco a critiche sotto molteplici punti di vista, sia in relazione all'attendibilità degli strumenti bibliometrici ad attribuire in maniera oggettiva il valore dei risultati di una ricerca scientifica³⁹, sia con riferimento al rischio di incisione della libertà del singolo docente a sviluppare una propria personalità critica all'interno della comunità scientifica, atteso che il sistema di valutazione, così come concepito, incoraggia l'omologazione del sapere⁴⁰.

In vista del raggiungimento degli obiettivi europei in materia, l'introduzione di formule competitive all'interno degli Atenei si è infatti accompagnata alla predisposizione di una disciplina in materia avente non tanto un obiettivo di riforma universitaria bensì di contenimento dei costi (in netta contrapposizione con l'orientamento europeo che, come si è già avuto modo di dire in precedenza, incentiva gli Stati membri a finanziare maggiormente la ricerca scientifica).

È chiaro allora che l'emersione di un sistema di valutazione strettamente connesso ad un procedimento di distribuzione delle risorse reca con sé l'adesione ad un modello che si allontana considerevolmente da quella visione, garantita

³⁸ Il 20 febbraio 2019 il Consiglio Direttivo dell'Anvur ha approvato una nuova versione del Regolamento per la classificazione delle riviste scientifiche nelle aree non bibliometriche per l'abilitazione scientifica nazionale, che presenta diverse criticità, così come rilevato nell'articolo di C. Rocca, pubblicato sul *Roars* il 12 luglio 2019. Circa l'approvazione delle liste scientifiche di area giuridica incluse nella classe A, ai fini dell'abilitazione scientifica nazionale e della formazione delle Commissioni nazionali di cui al D.M. 76/2012, occorre osservare come il giudice sia intervenuto in più occasioni a rilevare l'illegittimità della valutazione espressa dall'Anvur nei confronti di una rivista, in quanto effettuata ricorrendo a criteri non oggettivamente predeterminati nel D.M. n. 7 giugno 2012, n. 76 o comunque in atti regolamentari non adeguatamente esternati e pubblicizzati. Si v., tra le più recenti, TAR Lazio, Roma, Sez. III, 11 febbraio 2019, n. 1724; Corte di Cassazione, Sez. Unite, 28 febbraio 2017, n. 5058; TAR Lazio, Roma, Sez. III bis, 20 dicembre 2016, n. 12632; Id., 14 dicembre 2016, n. 12506; Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3046.

In dottrina, v. A. SANDULLI, *La classificazione delle riviste scientifiche e revisione tra dispari*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2017, 4, 436-440.

³⁹ Posto che la metodologia utilizzata per valutare la ricerca scientifica è ontologicamente idonea a consentire esclusivamente un conteggio dei risultati, senza poter attribuire alcuna valenza qualitativa a questi ultimi.

⁴⁰ Cfr., in tal senso, F. DENOZZA, *La ricerca scientifica e le tecniche di valutazione*, in *Giornata di Studio "Autonomia universitaria e rappresentanza delle comunità accademiche, dei saperi e delle discipline"*, Roma, 19 settembre 2011, 2, il quale rileva come «il tentativo di elaborare criteri in grado di misurare direttamente e in maniera oggettiva il valore dei risultati di una ricerca scientifica, muove in una direzione non di progresso, ma di regresso verso concezioni medioevalescenti, in cui si pensa che esista una Verità rivelata e che qualcuno possa esserne il depositario».

dalla Costituzione, di Università come organizzazione sociale ai sensi dell' articolo 2 della Costituzione stessa, al cui interno è assicurato il pluralismo dei saperi ed incoraggiato lo sviluppo di un pensiero critico scevro da condizionamenti politici ed economici⁴¹.

La società della conoscenza, come già detto in precedenza, spinge a ripensare le istituzioni universitarie in termini di produttività e competitività, favorendo il dilagare di un meccanismo perverso che la letteratura straniera non ha faticato a ribattezzare, con un'accezione negativa, «*academic capitalism*»⁴². Espressione che, del resto, sintetizza efficacemente il pericolo a cui sono oggi esposte non solo le istituzioni universitarie ma gli stessi docenti universitari, fagocitati in un circuito che rischia di condizionarli persino nella scelta dei campi di ricerca da esplorare, in vista delle classifiche stilate dal Ministero ai fini della ripartizione dei fondi premiali statali⁴³.

Alla luce di quanto fino ad ora detto, il sistema di valutazione introdotto dalla legge Gelmini pare basarsi su una contraddizione, spingendo ad avanzare qualche dubbio in punto di ragionevolezza della disciplina complessivamente considerata in relazione al quadro costituzionale di riferimento.

Da un lato, infatti, la legge 30 dicembre 2010, n. 240, nonostante li richiami solennemente, non garantisce quel corretto e pieno esplicarsi dei diritti di autonomia e di libertà di ricerca scientifica e di insegnamento espressamente sanciti in Costituzione; dall'altro, delinea un sistema di valutazione che, pur ponendo quale obiettivo la «*valorizzazione della qualità e dell'efficienza delle università*»⁴⁴, persegue chiaramente finalità di finanza pubblica, incidendo negativamente sull'attività didattica e di ricerca e favorendo un processo di progressiva standardizzazione del sapere⁴⁵.

⁴¹In dottrina, tale aspetto risulta particolarmente presente, come già ricordato, nella riflessione di U. POTOTSCHNIG, *L'Università come società*, cit., ed una riscoperta di tale pensiero appare ancora più necessario oggi che sono state minate le radici di quel modello.

⁴²Cfr. E. FERONE, *Regole e comunicazioni del capitalismo accademico*, cit., e ID., *Il Capitalismo accademico nell'università europea della conoscenza*, in *Scienza dell'amministrazione*, 2018, 1, 6, nel quale l'a. chiarisce come i primi a definire il fenomeno del capitalismo siano stati S. SLAUGHTER, L. LESLIE *Academic Capitalism*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1997, 11, esprimendosi in tali termini «*academic capitalism deals with market and marketlike behaviors on the part of universities and faculty. Marketlike behaviors refer to institutional and faculty competition for money, whether these are from external grants and contracts, endowment funds, university-industry partnerships, institutional investment in professors' spinoff companies, or student tuition and fees. What makes these activities marketlike is that they involve competition for funds from external resource providers*».

⁴³Critico nei confronti dell'Università-impresa A. DENEULT, *La mediocrazia*, Vicenza, 2017, 29, il quale osserva che «*basando la propria autorità su qualcosa di diverso dalla facoltà della mente di generare significato e pensiero, è l'università stessa ad annunciare il proprio travimento. Per esempio, quando trasforma i suoi professori in sensali che vendono i risultati della ricerca ai loro finanziatori. Accade che alcuni ricercatori superino se stessi rivolgendo il sapere verso l'impresa di pervertimento di cui quest'ultimo è oggetto, ma senza l'ombra di una distanza critica*».

⁴⁴ Art. 1, comma 1, lett. a), legge 30 dicembre 2010, n. 240.

⁴⁵ Sul punto, cfr. S. CASSESE, *L'Annun ha ucciso la valutazione. Viva la valutazione!*, cit., 74, il quale afferma

5. *L'importanza della motivazione intrinseca nella valorizzazione del sapere accademico*

L'analisi fino ad ora condotta ha consentito di evidenziare come l'introduzione di metodologie, strumenti e tecniche gestionali proprie delle realtà privatistico-aziendali all'interno degli atenei sia da ricondursi in parte a fattori derivanti da politiche dell'Unione europea – legati alla globalizzazione dei mercati e alla necessità dell'Europa di riaffermare la propria posizione sulla scena internazionale – ed in parte ad elementi prettamente nazionali e di finanza pubblica, riconducibili principalmente ad una progressiva politica di contenimento dei costi e di graduale contrazione della spesa pubblica nei confronti dell'istruzione superiore.

In questo quadro, la previsione di sistemi di *accountability* e di concorrenza tra atenei si è accompagnata alla predisposizione di meccanismi di finanziamento dei sistemi universitari di tipo *performance-based*, ovvero condotti sulla base della valutazione delle *performance* ottenute dagli atenei.

L'attenzione del legislatore agli schemi incentivali riflette l'adesione a quelle teorie economiche che ritengono necessaria la previsione di vantaggi individuali misurabili dal singolo, in vista del raggiungimento di determinati livelli di efficienza all'interno di contesti lavorativi complessi⁴⁶.

Dette teorie tendono, in particolare, a valorizzare la c.d. motivazione estrinseca dell'individuo, stimolata dalla previsione di riconoscimenti esterni (di natura premiale o monetaria), funzionali ad indurre ciascun individuo a collaborare attivamente – mettendo in campo le proprie competenze e professionalità – in vista del raggiungimento di un risultato di natura collettiva.

Studi di psicologia e di sociologia evidenziano, tuttavia, come un sistema esclusivamente basato su incentivi esterni sia in grado di incidere negativamente sulla c.d. motivazione intrinseca del soggetto, intesa come «*the inherent tendency to seek out novelty and challenges, to extend and exercise one's capacities, to explore, and to learn*»⁴⁷,

come il sistema di valutazione disegnato dalla Legge Gelmini sia «un errore di concezione» che sta «uccidendo la [stessa] valutazione e imponendo sull'università italiana un peso eccessivo per le sue scarse forze».

⁴⁶ Secondo la teoria *principal-agent*, la relazione tra il primo e il secondo si configura come un contratto in base al quale un soggetto (*the principal*) delega ad un altro soggetto (*the agent*) il perseguimento di obiettivi contrattualmente determinati, da conseguire nell'interesse del delegante. Il modello descritto è incentrato sulla strutturazione di incentivi, i quali sono considerati l'unico fattore in grado di influenzare le scelte dell'*agent* in relazione al raggiungimento degli obiettivi del *principal*. Per un approfondimento sul tema, fra i tanti, v. C. ALTHAUS, *The application of agency theory to public sector management*, in G. DAVIS, B. SULLIVAN, A. YEATMAN, *The New Contractualism?*, Centre for Australian Public Sector Management, 1997, 137-153; D.E.M. SAPPINGTON, *Incentives in principal-agent relationship*, in *Journal of economic perspectives*, 1991, V, 2, 45-66.; J. STIGLITZ, *Principal and agent*, in J. EATWELL, M. MILGATE, P. NEWMAN (eds), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, vol. 3, London: Macmillan, 1987, 966-971; J. PRATT, R. ZECKHAUSER, *Principals and agents: The structure of business*, Boston, 1985; S.J. GROSSMAN, O.D. HART, *An Analysis of the principal-agent problem*, in *Econometrica*, 1983, vol 51, 7-46; S. ROSS, *The economic theory of agency. The principal's problem*, in *American Economic Review*, 1975, 63 (2), 134-139.

⁴⁷ R. M. RYAN-E. L. DECI, *Self-Determination Theory and the Facilitation of Intrinsic Motivation, Social Development, and Well-Being*, in *American Psychologist*, 2000, 70, i quali affermano, inoltre, che «extrinsic

annullando quella tendenza umana ad uscire da sentieri già battuti per inseguire lidi sconosciuti, in un'ottica di ampliamento delle proprie conoscenze e capacità.

In questa prospettiva, suscitano un particolare interesse quei recenti studi economici che, affrancandosi dalla tradizionale teoria c.d. economica degli incentivi, avvalorano la tesi delineata dalle scienze sociali sostenendo che l'utilizzo di premi o punizioni legati alle *performance* lavorative apportano solo nel breve periodo benefici all'*agent*, causando nel lungo periodo effetti deleteri nella sfera motivazionale interna dello stesso⁴⁸.

L'idea sottesa a tali studi è che le «*external regulation*» non sempre sono efficaci nel migliorare la *performance* degli individui, laddove non accompagnate da un adeguato coinvolgimento di tutte le parti coinvolte e da una comune condivisione di valori, elementi entrambi funzionali ad accrescere la fiducia reciproca tra i singoli⁴⁹.

La tentazione di privilegiare gli aspetti aziendalistici nella definizione delle finalità istituzionali della università ha dunque indotto il nostro legislatore a delineare un modello di valutazione che non contribuisce al miglioramento delle *performance* accademiche almeno per due ordini di ragioni.

In primo luogo, la fisionomia stessa della valutazione, «*centralizzata e calata dall'alto*»⁵⁰, incoraggia la diffusione di un'idea negativa e punitiva della valutazio-

motivation is a construct that pertains whenever an activity is done in order to attain some separable outcome. Extrinsic motivation thus contrasts with intrinsic motivation, which refers to doing an activity simply for the enjoyment of the activity itself, rather than its instrumental value». Sono diversi gli studi di psicologia e di sociologia che, ricorrendo a ricerche teoriche ed empiriche, hanno individuato le differenti motivazioni che guidano la condotta dei lavoratori. Per un approfondimento sul tema, v. anche R. DESSI, A. RUSTICHINI, *Strong intrinsic motivation*, IDEI Working Papers 847, Institut d'Économie Industrielle (IDEI), Toulouse, 2015, 1-23; R. M. RYAN-E. L. DECI, *Intrinsic and extrinsic motivations: classic definitions and new direction*, in *Contemporary educational psychology*, 2000, 25 (1), 56-67; S. IYENGAR, M. LEPPER, *Rethinking the Value of Choice: A Cultural Perspective on Intrinsic Motivation*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1999, 76, 349-366; B. FREY, *On the Relationship Between Intrinsic and Extrinsic Work Motivation*, in *International Journal of Industrial Organization*, 1997, 15, 427-439; D. KREPS, *Intrinsic Motivation and Extrinsic Incentives*, in *American Economic Review*, 1997, 87 (2), 359-364; J.M. HARACKIEWICZ, *The effects of reward contingency and performance feedback on intrinsic motivation*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1979, 37, 1352-1363.

⁴⁸ Il riferimento va, in particolare, agli studi condotti da J. Tirole, premio Nobel per l'Economia nel 2014, unitamente a R. Bénabou. In particolare, v. R. BÉNABOU, J. TIROLE, *Intrinsic and Extrinsic Motivation*, in *The Review of Economic Studies* Vol. 70, No. 3 (Jul., 2003), 489-520; Id., *Self confidence and Social Interactions*, Working Papers 151, Princeton University, 1999.

⁴⁹ R. M. RYAN-E. L. DECI, *Intrinsic motivation and self-determination in human behaviour*, New York, 1985, individuano diverse tipologie di motivazione estrinseca, distinguendo tra «*external regulation*», in cui il comportamento attivato è funzionale ad ottenere ricompense o ad evitare punizioni; «*introjected regulation*», in cui il comportamento è guidato da dinamiche di ricerca dell'approvazione propria o altrui; «*identified regulation*», in cui gli incentivi sono accettati consapevolmente e trasformati in elementi della propria sfera decisionale; «*integrated regulation*», che si avvicina in parte alla motivazione intrinseca, pur essendo perseguita per motivi esterni.

⁵⁰ M. RAMAJOLI, *Stato valutatore, autonomia universitaria e libertà di ricerca*, cit., 314.

ne stessa, alimentando un clima generalizzato di sfiducia e sconforto all'interno della comunità accademica⁵¹.

In secondo luogo, la scelta di legare la valutazione ad un sistema di finanziamento premiale è destinata, come si è visto, a condurre nel lungo periodo ad un indebolimento della motivazione intrinseca dei soggetti valutati, rendendo ancora più concreto il rischio di una omologazione del sapere.

6. Osservazioni conclusive

Nel corso del presente lavoro è stato chiarito come il “senso” ultimo della valutazione dovrebbe consistere nell'offrire ai soggetti sottoposti all'attività valutativa l'occasione per migliorare sé stessi e il proprio lavoro.

Il modello di valutazione delineato dalla legge Gelmini, alla luce di quanto si è detto in precedenza, pare allontanarsi in maniera considerevole da questo obiettivo.

In questa prospettiva sarebbe allora auspicabile che il Governo, anziché continuare su una linea che si è già dimostrata fallimentare⁵², avviasse un serio e proficuo

⁵¹ Sulle “colpe” della comunità scientifica, che talvolta ha mostrato un atteggiamento autoreferenziale e poco aperto al dialogo, con un atteggiamento che non ha certo giovato all'Università complessivamente intesa, si rimanda alle riflessioni di G. REBORA, M. TURRI, *La governance del sistema universitario in Italia: 1989-2008*, in *Liuc Papers* n. 221, 2008, 1-26.

⁵² Nel discorso pronunciato in occasione del voto di fiducia al Senato il 10 settembre 2019, il Presidente incaricato Conte ha richiamato l'esigenza di mettere nuovamente mano alla disciplina universitaria. In particolare, senza ulteriori spiegazioni, ha fatto cenno ad «*un'agenzia nazionale per rendere più competitivo il nostro sistema*». Successivamente, la legge di bilancio 2020 (art. 1, commi 240-253, legge 27 dicembre 2019, n. 160) ha istituito l'Agenzia Nazionale della Ricerca, dotata di autonomia statutaria, organizzativa, tecnico-operativa e gestionale, «*sottoposta alla vigilanza della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero...dell'università e della ricerca*», cui è stato attribuito il compito di promuovere «*il coordinamento delle attività di ricerca di università, enti e istituti di ricerca pubblici, incrementando la sinergia e la cooperazione tra di essi e con il sistema economico-produttivo, pubblico e privato, in relazione agli obiettivi strategici della ricerca e dell'innovazione nonché agli obiettivi di politica economica del Governo funzionali alla produttività e alla competitività del Paese. L'ANR favorisce altresì l'internazionalizzazione delle attività di ricerca, promuovendo, sostenendo e coordinando la partecipazione italiana a progetti e iniziative europee e internazionali*» (art. 1, comma 241, legge succitata). La neonata Agenzia pare tuttavia essere destinata a complicare ulteriormente il quadro nel quale si inserisce. La medesima, infatti, va ad affiancarsi all'Anvur (agenzia che non è stata soppressa), mantenendo un forte legame con l'organo politico di riferimento (mentre sarebbe stato forse più saggio prevedere l'istituzione di una Autorità amministrativa indipendente, come da tempo auspicato da più parti, al fine di preservare l'autonomia dell'Università). A ciò deve aggiungersi che, da una mera lettura delle linee indicate nella legge di bilancio per l'individuazione delle ricerche da finanziare, pare emergere come le risorse a disposizione dovranno essere indirizzate dall'ANR principalmente verso alcune aree della ricerca, prediligendo la ricerca applicata a quella di base, così confermando quei timori già espressi nel corso del presente lavoro. Per una prima lettura critica, v. i contributi di A. VILLA, *La nuova Agenzia per la ricerca*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2020, 2, 182-187 e A. SANDULLI, *L'agenzia nazionale per la ricerca italiana: un pasticcio italiano*, in Id., 187-189.

dialogo con la comunità scientifica, funzionale all'individuazione di correttivi idonei a garantire al sistema di valutazione di assurgere ad effettivo strumento di miglioramento del sapere e della conoscenza, assicurando in questo modo, e al contempo, alla comunità che anima l'Università di poter continuare a svolgere la propria missione, che è e deve rimanere quella di coltivare e trasmettere all'interno di una società democratica *«una scienza che è fatta per l'uomo, per la sua crescita e per la crescita della società intera»*⁵³.

Diversamente, laddove si dovesse anteporre la logica del profitto al progresso della conoscenza, si correrebbe il rischio, come efficacemente osservato dalla filosofa statunitense Martha Nussbaum, di produrre *«generazioni di docili macchine anziché cittadini a pieno titolo, in grado di pensare da sé, criticare la tradizione e comprendere il significato delle sofferenze e delle esigenze delle altre persone»*⁵⁴.

⁵³ U. POTOTSCHNIG, *L'Università come società*, cit., 819.

⁵⁴ M. C. NUSSBAUM, *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*, Bologna 2010, 21-22.

Abstract

Once upon a time the free and independent nature of academic knowledge

by Beatrice Rabai

This paper aims to outline the profound changes taking place in the Italian university system, in order to verify whether (also making use of the results of sociology and economic studies in terms of extrinsic and intrinsic motivation of the individual) the evaluation model of teaching and scientific research is functional to maintain particular professionalism of university teachers to which art. 33 of the Constitution entrusts the development and transmission of knowledge in a pluralistic society.

Parole chiave: sapere accademico, sistema universitario, ricerca scientifica

Keywords: academic knowledge, university system, scientific research

L'informativa trasparente nel trattamento dei dati personali da parte della pubblica amministrazione

di Simone Franca

SOMMARIO: 1. Note introduttive: l'impatto del GDPR sulla protezione dei dati personali. – 2. Dalla correttezza alla trasparenza nel trattamento dei dati personali. – 3. La nozione giuridica di trasparenza fra conoscibilità e comprensibilità. – 4. Gli obblighi informativi *ex artt.* 12 e ss. GDPR. – 4.1. Portata e limiti del principio di trasparenza in alcuni modelli di informativa. – 4.2. L'*enforcement* degli obblighi informativi – 5. Conclusioni: per un bilanciamento tra esigenze di conoscibilità e obiettivi di comprensibilità.

1. Note introduttive: l'impatto del GDPR sulla protezione dei dati personali

L'esigenza di protezione dei dati personali rappresenta un tratto caratteristico degli ordinamenti giuridici moderni. Tale diritto è stato infatti al centro di un processo di giuridificazione¹ che lo ha condotto ad identificarsi «nella pretesa che il trattamento dei dati si realizzi nell'osservanza di un complesso di regole che ne disciplinano i presupposti di diritto e le modalità, nonché impongono una serie di diritti ed obblighi «funzionali» al corretto utilizzo delle informazioni»², emancipandosi progressivamente dal diritto alla riservatezza (*privacy*)³.

L'interesse per il diritto alla protezione dei dati personali è stato poi più recentemente ravvivato in seguito all'adozione del regolamento europeo del 27 aprile 2016, n. 679 sulla tutela dei dati personali (di qui in avanti, GDPR)⁴, il quale ha rinnovato la disciplina della materia almeno da quattro punti di vista.

In primo luogo, esso ha rappresentato una significativa svolta verso un

¹ In generale, sulla portata dei processi di giuridificazione v. B. MARCHETTI, M. RENNA, *I processi di giuridificazione: soggetti, tecniche, limiti*, in *La giuridificazione*, a cura di B. Marchetti, M. Renna, Firenze, 2016, 9 ss.

² Così, F. MIDIRI, *La giuridificazione della protezione dei dati personali*, in *La giuridificazione*, a cura di B. Marchetti, M. Renna, cit., 366.

³ In tema, oltre al già citato studio di F. MIDIRI, *La giuridificazione della protezione dei dati*, cit., 355 ss., v. pure, in part., R. GELLERT, S. GUTWIRTH, *The legal construction of privacy and data protection*, in *Computer Law and Security Review*, 2013, 5, 524- 526 e F. MOLNÁR-GÁBOR, *Data Protection*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2017. Da queste analisi, si evince il ruolo significativo assunto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto alla progressiva enucleazione di significati differenti ai due concetti. Se, inizialmente, il diritto alla protezione dei dati personali si poneva come meramente strumentale alla tutela della riservatezza (in un'ottica sostanzialmente proprietaria), si è passati a concepire la *data protection* come quell'insieme di regole di trattamento in grado di garantire un equo contemperamento fra interessi contrapposti.

⁴ Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, n. 679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE.

approccio uniforme rispetto alla regolazione⁵ delle forme e delle modalità di gestione e tutela dei dati personali nell'ambito di trattamenti per cui sia rinvenibile un collegamento, pure indiretto, con l'ordinamento eurounitario⁶. Rispetto al processo di armonizzazione avviato con la direttiva europea del 24 ottobre 1995, n. 95/46/CE⁷, il GDPR dà luogo ad un processo di uniformazione⁸ della materia che intende assicurare un livello omogeneo di regolamentazione⁹.

In secondo luogo, il GDPR ha rappresentato l'occasione opportuna non solo per fissare un livello di regolazione della protezione dei dati personali uniforme e in grado di limitare le divergenze tra i singoli ordinamenti, ma anche per garantire un bilanciamento tra tutela e circolazione dei dati personali nel mercato interno¹⁰.

⁵ Forma di regolazione che viene inquadrata entro il modello della *enforced self-regulation* in A. SPINA, *Alla ricerca di un modello di regolazione per l'economia dei dati. Commento al Regolamento (UE) 2016/679*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016. Sempre sul tema della regolazione dei dati personali cfr., più approfonditamente, F. MIDIRI, *Il diritto alla protezione dei dati personali. Regolazione e tutela*, Napoli, 2017.

⁶ Così D. RECCIA, sub art. 3, *GDPR e normativa privacy. Commentario*, a cura di G.M. Riccio, G. Scorza, E. Belisario, Milano, 2018, 19. In relazione alla determinazione della sfera applicativa del GDPR, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha affermato il *target principle* in base a cui la sfera applicativa della disciplina europea della *privacy* non si limita ai trattamenti collocati territorialmente nel perimetro dell'UE, dato che l'applicazione del GDPR si estende anche a soggetti stabiliti al di fuori dell'Unione, qualora questi offrano beni o servizi agli individui ivi residenti oppure ne controllino il comportamento. Il *target principle* è stato accolto all'art. 3 GDPR.

⁷ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995, n. 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

⁸ Sulla distinzione tra i processi di armonizzazione e uniformazione cfr., in part., G. BENACCHIO, *Diritto privato della Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2016, 14-19; M. RONDINELLI, *L'armonizzazione nel diritto delle società: evoluzione e prospettive, i Percorsi di diritto societario europeo*, a cura di E. Pederzini, Torino, 2016, 43-46.

⁹ Se si accoglie il rilievo di G. BENACCHIO, *op. cit.*, 17, secondo cui «l'uniformazione del formante legislativo ha senso solo a condizione che esista una uniformità di interpretazione» ed «è necessario, prima, che si formi, lentamente e spontaneamente, una consapevolezza e una coscienza giuridica comune in capo ai giudici, alla dottrina, agli operatori di tutti gli Stati interessati», può porsi in dubbio che l'opera di uniformazione del GDPR sia riuscita dal momento che, come afferma F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. I. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016, 150, per un verso, molte disposizioni del regolamento sono suscettive di interpretazioni molto differenti e, per altro verso, altre disposizioni paiono dettate con rigore tale da apparire più come affermazioni di principio, che come norme in senso tecnico. Il medesimo A. giunge peraltro a rilevare come il GDPR si fondi su due approcci, l'uno basato sull'uniformazione e l'altro, più flessibile, fondato sul contemperamento tra le esigenze eurounitarie e gli elementi tradizionali degli ordinamenti nazionali (F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. II. Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016, 101-102).

¹⁰ N. ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi Galgano, Padova, 2019, 35 ss. la quale, soffermandosi sulla contrapposizione tra il diritto alla *privacy* dell'interessato e il diritto alla circolazione dei dati che lo riguardano, enfatizza come entrambe le prospettive siano sempre bilanciate nel GDPR. Cfr. sul

In terzo luogo, l'adozione del GDPR segna anche il culmine del percorso evolutivo nell'ordinamento eurounitario cui si è già fatto cenno, che ha determinato una sempre più profonda emancipazione del diritto alla protezione dei dati personali dal diritto alla *privacy*¹¹, pur se si continua ad utilizzare in modo tutto sommato onnicomprensivo il termine *privacy*¹².

In quarto luogo, con il GDPR si afferma l'approccio di *privacy by design* e *privacy by default*¹³, ossia, rispettivamente l'idea per cui la tutela del dato avvenga sin dal momento della progettazione (*by design*) e che tale tutela avvenga per impostazione predefinita (*by default*). Per dare attuazione a tale approccio, il titolare del trattamento¹⁴ è pertanto tenuto ad adottare misure tecniche e organizzative adeguate (alcune già previste dal GDPR come il registro dei trattamenti e le analisi di impatto), riducendo l'invasività del trattamento rispetto alla sfera giuridica dell'interessato, ma favorendo anche la creazione di prodotti e servizi innovativi¹⁵. L'adempimento al modello *privacy by design* e *by default* si riflette, inoltre, in uno specifico dovere in capo al titolare del trattamento non solo di adottare misure efficaci e adeguate, ma anche di dimostrare la conformità dei singoli trattamenti a quanto disposto dal GDPR, così come stabilito dal principio di responsabilizzazione (*accountability*)¹⁶.

punto anche F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare i dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018, 188 ss.; A. PISAPIA, *The Harmonization of the Data Protection Law: Critical remarks on the new general European regulation*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 247; M.G. STANZIONE, *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, 1254-1255, nonché il considerando n. 10 del GDPR. Rileva però G. ALIPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contratto e Impr.*, 2017, 726 come «proprio la funzione del Regolamento consiste nel rafforzare i presidi della persona e dei suoi dati rispetto ad un mercato (non solo europeo, ma globalizzato) che ne postula la libera circolazione e appropriazione al fine di poterne sfruttare l'utilità commerciale». Già da prima del GDPR la preminenza dei diritti della personalità rispetto a quelli degli operatori economici era stato affermato nel noto caso *Google Spain* (CGUE, 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain SL/Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*): a tale riguardo cfr., *ex multis*, G. RESTA, *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in *Dir. Inf.*, 2014, 171.

¹¹ A. PISAPIA, *op. cit.*, 243 ss., spec. 247.

¹² Sul piano terminologico, V. CUFFARO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati*, in AA. VV., *Trattamento dei dati personali e Regolamento UE n. 2016/679*, in *Corr. Giur. speciali digitali*, 2018, 3 rileva che «[s]e anche si continua ad usare il termine *privacy* come eponimo della disciplina, è certo che il termine ben poco ha a che fare con la nozione di riservatezza qual era stata elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza per individuare il particolare atteggiarsi del diritto della personalità, mentre l'espressione «protezione dei dati» è formula che riassume ed unifica tutte le regole sul trattamento dei dati». In senso analogo cfr. pure G. FINOCCHIARO, *Riflessioni sul poliedrico Regolamento europeo sulla privacy*, in *Quaderni cost.*, 2018, 895 ss.

¹³ Tale principio è scolpito all'art. 25 GDPR.

¹⁴ Il titolare del trattamento (*data controller*) è «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali» (art. 4. par. 1, n. 7 GDPR).

¹⁵ Per tutti, cfr. E. FACCIOLI, M. CASSARO, *Il "GDPR" e la normativa di armonizzazione nazionale alla luce dei principi: accountability e privacy by design*, in *Dir. Industriale*, 2018, 563-564.

¹⁶ Come si rileva in F. RESTA, *sub art. 5*, in *GDPR e normativa privacy. Commentario*, a cura di G.M. Riccio, G. Scorza, E. Belisario, cit., 62-63, il principio di responsabilizzazione è sostanzialmente concretizzato nell'art. 24 GDPR. Tale articolo impone, in primo luogo, una valutazione *ex*

In tale misura, il paradigma della *privacy by design e by default*, segna il ripensamento della protezione dei dati personali in senso maggiormente proattivo, nonché l'inizio di una stagione di adeguamenti – resa più agevole anche dal differimento della diretta applicabilità del regolamento¹⁷ – che ha un significativo impatto sul piano organizzativo.

Prendendo le mosse da questo quadro ricostruttivo, il presente scritto intende cercare di indagare l'impatto di un gruppo specifico di misure attuative del GDPR, ossia gli obblighi informativi imposti in conformità al principio di trasparenza nel trattamento dei dati, per gli enti pubblici, quali soggetti titolari dei trattamenti. Si tratta, in altri e più espliciti termini, degli obblighi sanciti agli artt. 12 e ss. GDPR, che impongono al titolare del trattamento di informare i soggetti interessati in ordine agli elementi caratteristici del trattamento (finalità, basi giuridiche, etc.) e ai diritti che ciascun interessato vanta rispetto a tale trattamento. Tali obblighi rappresentano un corollario del principio di trasparenza del trattamento dei dati personali (art. 5 GDPR), principio che richiede, in sintesi, la conformità dell'informazione fornita a criteri di facile accessibilità, completezza, chiarezza e comprensibilità.

Assumendo la prospettiva degli enti pubblici, è chiaro che gli adeguamenti hanno avuto un significativo impatto in punto di organizzazione amministrativa¹⁸.

Benché l'adozione di misure adeguate ed efficaci per una trasparente gestione degli obblighi informativi concernenti i singoli trattamenti di dati personali compete a qualsiasi soggetto titolare del trattamento, non va trascurata la delicatezza che tale compito assume nella misura in cui è attribuito ad enti pubblici. Infatti, la peculiare posizione istituzionale di questi ultimi e, in particolare, la loro funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico, fa sì che l'adempimento agli obblighi di informativa in ottemperanza ai canoni della trasparenza debba essere considerato con particolare cautela, onde garantire che, anche in questo ambito, l'attività amministrativa risulti conforme ai principi generali che la regolano e che il costo dell'adeguamento organizzativo sia proficuamente investito¹⁹. Più in particolare, il corretto inquadramento degli obblighi informa-

ante e in concreto in capo al titolare del trattamento in ordine alla adeguatezza delle misure tecniche e organizzative da adottare. In secondo luogo, esso individua alcuni strumenti come i codici di condotta (art. 40 GDPR) e i sistemi certificazione (art. 42 GDPR), dal cui adempimento discende quasi presuntivamente l'adempimento al principio di responsabilizzazione. La conformità al principio di responsabilizzazione, inoltre, è particolarmente rilevante in quanto consente di escludere ipotesi di responsabilità risarcitoria in capo al titolare di trattamento.

¹⁷ Come noto, il regolamento è direttamente applicabile dal 25 maggio 2018.

¹⁸ La speciale rilevanza dell'adeguamento al GDPR nel quadro organizzativo della pubblica amministrazione è stato peraltro posto in luce in L. FIORENTINO, *Il trattamento dei dati personali: l'impatto sulle amministrazioni pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 690 ss. e in D. GIORIO, *Il GDPR negli enti pubblici fra opportunità e difficoltà operative*, in *Cyberspazio e diritto*, 2018, 141 ss.

¹⁹ Peraltro, come è stato rilevato in D. GIORIO, *op. cit.*, 157, l'adempimento al GDPR costituisce non solo un costo rilevante, ma anche una significativa opportunità per aggiornare il proprio

tivi in relazione ai trattamenti di dati si rivela anche funzionale ad assicurare il necessario coordinamento della disciplina in materia di dati personali con quella in materia di trasparenza amministrativa²⁰, dato che entrambi i sistemi richiedono la predisposizione di misure sul piano organizzativo²¹.

Considerata dunque l'importanza degli obblighi informativi per gli enti pubblici, nonché la già rilevata riconducibilità di tali obblighi al generale principio di trasparenza nel trattamento dei dati personali, risulta imprescindibile muovere da un corretto inquadramento del suddetto principio.

2. Dalla correttezza alla trasparenza nel trattamento dei dati personali

Una prima osservazione da cui non si può prescindere nel delineare i contorni del principio di trasparenza nel trattamento dei dati personali consiste nel rilevare la progressiva esplicitazione dei suoi contenuti avvenuta nel succedersi del GDPR alla direttiva 95/46/CE e alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 38 gennaio 1981, n. 108²².

A ben vedere, infatti, le origini del principio di trasparenza sono riconducibili al principio di correttezza (*fairness*) di cui all'art. 5, lett. a) della Convenzione n. 108 e all'art. 6, lett. a) della direttiva 95/46/CE: come noto, tale principio regola il rapporto tra titolare del trattamento e soggetto interessato, imponendo al primo di rispettare i diritti del secondo nel corso del trattamento dei suoi dati²³.

Anzitutto, occorre precisare come il principio di correttezza sia da tenere

sistema organizzativo, modernizzare la propria immagine e dotazione e per rendere un buon servizio a tutti i cittadini.

²⁰ In tema v. G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018, 144 ss.

²¹ Il parallelismo tra la disciplina della trasparenza nel trattamento dei dati personali e la disciplina della trasparenza amministrativa è stato peraltro posto in luce in E. CARLONI, M. FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 727. Secondo i due A., con l'adozione del GDPR, si assiste «ad un allineamento dei due sistemi, nei quali appare prevalere una dimensione anzitutto organizzativa, con una costruzione di meccanismi di privacy/trasparenza basati su soluzioni preventive, analisi dei rischi, predefinitezza delle modalità di funzionamento, regole di condotta, responsabilità: l'approccio normativo si concentra, in entrambi i sistemi, sui doveri delle organizzazioni e dei responsabili (oltre che, per la protezione dei dati personali, dei "titolari")». La trasparenza nel GDPR rappresenta un obiettivo che l'amministrazione è chiamata a raggiungere adottando opportuni modelli organizzativi analogamente a quanto avviene per la trasparenza amministrativa. Su tale idea della trasparenza amministrativa cfr., in part., M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 117 ss.; in termini, anche M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in *Studi sui principi di diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2011, 142.

²² Convenzione del Consiglio d'Europa del 38 gennaio 1981, n. 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale.

²³ Cfr. in tema F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. I. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, cit., 266 ss., ove si pone in luce anche il progressivo raccordo tra correttezza e trasparenza dal punto di vista dell'evoluzione normativa.

ben distinto dal principio di liceità (*lawfulness*) – *i.e.* il principio che richiede la conformità del trattamento alle norme e, inoltre, la sussistenza di una base giuridica per il trattamento²⁴ –, benché fosse ad esso accostato in entrambi i succitati riferimenti normativi. Il principio di correttezza e il principio di liceità, lungi dal rappresentare un'endiadi, sono sempre stati considerati espressione di esigenze differenti sebbene tra loro interrelate. In particolare, come è stato osservato ponendosi sul piano patologico, relativo cioè alla violazione dei suddetti principi, una violazione del principio di correttezza non determina una violazione del principio di liceità, mentre, al contrario, è difficile individuare una illiceità che non comprenda anche la violazione del principio di correttezza²⁵; al tempo stesso, il principio di correttezza attiene al rapporto tra titolare e interessato, mentre quello di liceità concerne la conformità al diritto del trattamento dei dati personali, nel suo non essere *contra ius*²⁶.

Soffermandosi dunque sul principio di correttezza, si osserva come il progressivo affermarsi della logica della trasparenza sia sostanzialmente determinato dal diffondersi di una maggiore sensibilità rispetto a trattamenti di dati personali relativi alle comunicazioni elettroniche e, più in generale, ai servizi digitali²⁷. In tali settori, nell'ambito della società dell'informazione, si registra una maggiore incentivazione rispetto alla circolazione delle informazioni riguardanti le persone fisiche e la loro vita privata: in particolare, gli sviluppi tecnologici hanno non tanto e non solo consentito una più agevole raccolta di singoli dati individualmente considerati, quanto favorito la possibilità di integrare le informazioni raccolte, così da ricostituire la trama di rapporti tra le singole sfere private degli individui che costituiscono oggetto di "riservatezza"²⁸. Il fatto che si diffondano

²⁴ Le diverse basi giuridiche per il trattamento sono elencate all'art. 6, par. 1 GDPR e, nella specie, sono il consenso dell'interessato; l'esecuzione di un contratto; l'obbligo legale per il titolare del trattamento; la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare; il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi.

²⁵ F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. I. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, cit., 267.

²⁶ In tema cfr. F. RESTA, *op. cit.*, 53, ove si aderisce all'impostazione di F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, a cura di G. Finocchiaro, Bologna 2017, 123.

²⁷ Su tale profilo cfr. F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. I. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, cit., 268-270.

²⁸ In questa prospettiva, G. ARENA, voce *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, 1995, 9 e, più recentemente, F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. Inf.*, 2015, 237. Cfr. anche quanto sostenuto da R. TONIATTI, *Tutela della privacy ed efficienza della Pubblica Amministrazione*, in AA. VV., *Il progetto di direttiva comunitaria sulla tutela dei dati personali: quale lettura per l'impresa e la società italiana. Un incontro tra Università, Pubblica amministrazione e mercato per un'esplorazione comune: Trento, 11-12 giugno 1992*, Roma, 1992, 15, il quale mette in luce come la facilitazione dei trasferimenti di informazioni rende di fatto illusoria l'idea di attenuare la domanda di informazioni e come la *information intensive society* «non ha fatto che trovare – anzi, generare – la tecnologia ad essa più congeniale, la quale ha accelerato, intensificato e contribuito a palesare il rapporto fra informazione e potere e a "denudare" il cittadino sino a minacciare di farne un "uomo di vetro"».

trattamenti informatici sempre più sofisticati di dati personali, oltreché caratterizzati da un maggior grado di opacità²⁹, conduce alla piena affermazione della trasparenza come modello di regolazione dei dati nel GDPR.

Nell'architettura del GDPR, il principio di trasparenza assume una propria autonomia (in quanto dotato di un proprio valore sul piano assiologico), pur rimanendo intrecciato con gli altri principi: si pensi, a titolo esemplificativo, che la conformità di un trattamento al principio di trasparenza si riannoda senza dubbio al principio di responsabilizzazione, che, come già rilevato, impone al titolare del trattamento l'onere di dimostrare di adempiere a quanto previsto dal GDPR e, laddove letto congiuntamente al principio di trasparenza, impone di dimostrare l'ottemperanza ai requisiti di trasparenza³⁰.

Rispetto al contenuto del principio di trasparenza, già dai Considerando si evince che esso richiede la facile accessibilità e comprensibilità delle informazioni fornite, la loro comunicazione tramite un linguaggio semplice e chiaro, nonché la completezza del quadro informativo fornito³¹.

Tentando dunque di pervenire all'individuazione di ciò che è il *proprium* del principio di trasparenza, tenendo conto di come esso è modellato in relazione agli altri principi dettati dall'art. 5 GDPR, nonché di quanto già indicato nei Considerando, può rinvenirsi che la trasparenza nel GDPR si muove nella dialettica tra due poli dell'informazione fornita, ossia quello della sua accessibilità e completezza, da un lato, e quello della sua chiarezza e comprensibilità, dall'altro lato. Tale binomio non è nuovo e, anzi, caratterizza le riflessioni relative alla trasparenza in altri settori del diritto che si rende necessario richiamare.

3. La nozione giuridica di trasparenza fra conoscibilità e comprensibilità

Nel tentativo di delineare la portata precettiva del principio di trasparenza nel trattamento dei dati personali può rivelarsi proficuo confrontare il significato del termine trasparenza in diversi settori disciplinari quali quelli del diritto ammi-

²⁹ Il problema dell'opacità diviene poi ancora più rilevante nell'ambito dei procedimenti algoritmici, giacché gli algoritmi si atteggiavano spesso come *blackboxes*, secondo l'ormai nota espressione desunta da F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard, 2015. In tema cfr. pure B. PONTI, *La mediazione informativa nel regime giuridico della trasparenza: spunti ricostruttivi*, in *Dir. Inf.*, 2019, 389 ss., spec. 392 ss., nonché l'ampio studio di M. MARTINI, *Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz*, Berlin, 2019.

³⁰ Sul rapporto tra i principi di trasparenza e responsabilizzazione v. F. RESTA, *op. cit.*, 54.

³¹ Ai sensi del Considerando n. 39 del GDPR, il principio di trasparenza nel trattamento dei dati personali «*impone che le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento di tali dati personali siano facilmente accessibili e comprensibili e che sia utilizzato un linguaggio semplice e chiaro*»; inoltre, il principio di trasparenza «*riguarda, in particolare, l'informazione degli interessati sull'identità del titolare del trattamento e sulle finalità del trattamento e ulteriori informazioni per assicurare un trattamento corretto e trasparente con riguardo alle persone fisiche interessate e ai loro diritti di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che li riguardano*».

nistrativo e del diritto bancario, nonché, più in generale, nel diritto eurounitario, così da isolare un significato “comune” del termine trasparenza. Nel momento in cui si guarda alla trasparenza amministrativa³² come oggetto di raffronto, non si può non constatarne la natura prismatica³³. In particolare, possono essere distinti due livelli semantici del termine trasparenza.

³² In tema di trasparenza amministrativa la bibliografia è amplissima. Senza pretesa di esaustività si richiamano AA. VV., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza. Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione – Varenna 1989*, Milano, 1991; G. ARENA, *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *L'accesso ai documenti amministrativi*, a cura di G. Arena, Bologna, 1991, 25 ss.; ID., voce *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., 1 ss.; ID., *Trasparenza amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 5945 ss.; M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istit. Fed.*, 2013, 657 ss.; A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari, 2012; E. CANNADA BARTOLI, *A proposito di tutela della riservatezza e trasparenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 725 ss.; F. CARAMAZZA, *Dal principio di segretezza al principio di trasparenza: profili di una riforma*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 941 ss.; E. CARLONI, *La “casa di vetro” e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 779 ss.; ID., *La trasparenza “totale” delle amministrazioni pubbliche: caratteri, finalità, potenzialità*, in *Rass. Astrid*, 2011, 1 ss.; ID., *L'amministrazione aperta. Regole, strumenti, limiti dell'open government*, Rimini, 2014; R. CHIEPPA, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 1994, 613 ss.; F. MANGANARO, *Evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in *www.astridonline.it* e ora in *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, 3 ss.; *La trasparenza amministrativa*, a cura di F. Merloni, Milano, 2008; R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416 ss.; M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, cit.; S. PIRAINO, *La trasparenza dell'azione amministrativa: diafanità di un concetto*, in *Nuova Rass.*, 1991, 3-4, 263 ss.; M.A. SANDULLI, voce *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. Dir., Agg. IV*, 2000, 1 ss.; A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, 749 ss.; ID., *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Dir. amm.*, 2018, 311 ss.; M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, cit., 117 ss.; F. TRIMARCHI, *In tema di trasparenza amministrativa e di diritto alla riservatezza*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Casetta*, I, Napoli, 2001, 343 ss.; R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 528 ss.

³³ In generale, è comunque opportuno osservare la natura polisemica del concetto di trasparenza, già posta in luce da più parti della dottrina. Cfr. in tema G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, cit., 5945 ss., il quale considera che la configurazione della trasparenza amministrativa come obiettivo, modo d'essere dell'amministrazione (su cui v. R. VILLATA, *op. cit.*, spec. 528-529) finisce col renderla un concetto dai plurimi significati. Su tali profili cfr. pure S. VACCARI, *L'evoluzione del rapporto tra la pubblica amministrazione e le persone nel prisma dello sviluppo della «trasparenza amministrativa»*, in *Jus-online*, 2015, ss. Più recentemente, cfr. A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore*, cit., 749 ss. che affronta il tema della polisemia della trasparenza in relazione all'entrata in vigore del d.lgs. 33/2013 parlando di una polisemia sopravvenuta. Cfr. pure ID., *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa*, cit., 316 ss., dove l'A. pone in luce come la polisemia della trasparenza sia un dato emergente anche all'esito di un'analisi di stampo comparatistico. Con riferimento alla trasparenza in chiave comparata si vedano anche B. MARCHETTI, *Searching for the fundamentals of administrative law*, Torino, 2019, 113 ss. e, con particolare riferimento alla comparazione tra sistema italiano e sistema austriaco, i contributi contenuti in *Die transparente Verwaltung in Österreich und Italien*, a cura di M. Bertel, E. Happacher, A. Simonati, Wien, 2019, mentre, anche nel quadro della disciplina eurounitaria, v. D.U. GALETTA, *La trasparenza per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1019 ss.

Un primo livello fa coincidere la trasparenza con il concetto di pubblicità, determinando una sostanziale sovrapposizione fra i due concetti³⁴. In conformità a tale prospettiva – seguita con l'adozione del d.lgs. 33/2013³⁵ e accentuata con il cd. FOIA italiano (*Freedom of Information Act*), previsto nel d.lgs. 97/2016³⁶ – la trasparenza coincide, in sostanza, con la messa a disposizione delle informazioni e rappresenta «un mero stato di fatto dell'atto, dell'organizzazione o del procedimento»³⁷.

A mente di un secondo livello di significato, la trasparenza può invece essere definita come «il principio che impone alla p.a. di rendere la propria attività conoscibile nel suo dinamico dispiegarsi e controllabile nei suoi effetti finali»³⁸. Tale opzione semantica valorizza il dato qualitativo dell'informazione, cosicché la trasparenza diviene una qualità che assicura la conoscenza effettiva di una determinata informazione, garantendo che essa non sia solo acquisita o resa disponibile, ma anche compresa³⁹.

³⁴ Cfr. in part. M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione*, cit., 657 ss., spec. 681 ss.; P. MARSOCCI, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, in *Istit. Fed.*, 2013, 687 ss., spec. 688 ss.

³⁵ Sulla portata del d.lgs. 33/2013 si vedano fra i commenti a ridosso della riforma, oltre ai contributi già citati, *ex multis* A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico*, in *Nuove Auton.*, 2014, 563 ss.; D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.Lgs. n. 33/2013*, in *www.federalismi.it*, 2016; F. MANGANARO, *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, in *Nuove Auton.*, 2014, 553 ss.; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 123 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della Pubblica Amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *www.federalismi.it*, 2013; *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, a cura di B. Ponti, Santarcangelo di Romagna, 2013; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2013, 795 ss.; M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in *Nuove Auton.*, 2015, 63 ss.; V. TORANO, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Dir. amm.*, 2013, 789 ss. Cfr. pure i diversi contributi raccolti in *Il big bang della trasparenza*, a cura di A. Natalini, G. Vesperini, Napoli, 2015.

³⁶ Con particolare riferimento al d.lgs. 97/2016, si vedano E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 2016, 579 ss.; ID., *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Dir. amm.*, 2019, 497 ss.; F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 743 ss.; A. MOLITERNI, *La via italiana al "FOIA": bilancio e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 1, 23 ss.; M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 593 ss.; ID., *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, 2019, 453 ss.; A. SIMONATI, *I principi in materia di accesso*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, cit., 1208 ss.; *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, a cura di G. Gardini, M. Magri, Santarcangelo di Romagna, 2019; N. VETTORI, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, in *Dir. amm.*, 2019, 539 ss.; S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *www.federalismi.it*, 2016.

³⁷ Così F. MANGANARO, *Evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, cit., 4.

³⁸ Così secondo A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore*, cit., 757, la quale combina le definizioni riconducibili a Turati e Chardon.

³⁹ In questa prospettiva v., *ex multis*, G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*,

Il riferimento a questi due differenti significati illustra in modo incisivo la sussistenza di due valori, rispettivamente di conoscibilità e comprensibilità, che sono in grado di convivere, ma anche di entrare in conflitto fra loro. Uno sbilanciamento eccessivo in favore della logica della conoscibilità e coincidente con la pubblicazione di una grande quantità di informazioni, è infatti suscettibile di determinare una “opacità per confusione”⁴⁰, ossia il fenomeno per cui una mole eccessiva di informazioni messe a disposizione ne compromette la comprensibilità⁴¹.

in *La trasparenza amministrativa*, a cura di F. Merloni, cit., 33; F. MANGANARO, *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, cit., 557; R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, cit., 417 ss.; B. PONTI, *La mediazione informativa nel regime giuridico della trasparenza: spunti ricostruttivi*, cit., 389 ss.; A. SIMONATI, *Transparency as a Tool to Combat Corruption in Italy*. in L. CAROLE JURKIEWICZ (edited by), *Global corruption and ethics management. Translating Theory into Action*, Plymouth, 2020, 224; M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, cit., 66 ss. V. pure G. ARENA, M. BOMBARDELLI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 411, ove si pone in luce come la pubblicità costituisca uno stadio intermedio nel passaggio dalla logica del segreto a quella della trasparenza (su tale passaggio sul piano storico cfr., in part. A. BARTOLINI, *Pubblicità delle informazioni e diritto di accesso*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. Cavallo, Torino, 2000, 201-206 e F. CARAMAZZA, *op. cit.*, 941 ss., nonché, sul piano concettuale, con riferimento al passaggio dal segreto alla comunicazione come regola, G. ARENA, *Il segreto amministrativo. Profili teorici*, Padova, 1984, 26 ss. e 239 ss.). Un'impostazione maggiormente critica si rinviene in M. OCCHIENA, *op. cit.*, spec. 143 ss., il quale ravvisa che tra trasparenza e pubblicità sussisterebbe un rapporto di *genus a species*, con la conseguenza che la pubblicità si identificherebbe con la pubblicazione intesa come strumento della trasparenza (144).

⁴⁰ Cfr. E. CARLONI, *La “casa di vetro” e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, cit., 806 ss., ove l'A. afferma che un eccesso di trasparenza può generare opacità per confusione. Va peraltro rilevato che anche la Corte costituzionale con la recente sentenza del 21 febbraio 2019, n. 20, esprimendosi con riferimento alla portata di alcuni obblighi di pubblicazione, ha chiaramente posto in luce questo rischio, aderendo, peraltro, all'impostazione dell'ANAC e dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali. Sulla portata del giudizio in esame in relazione ai profili di bilanciamento tra trasparenza e *privacy* si vedano: I.A. NICOTRA, *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in www.federalismi.it, 2019; F. PIZZETTI, *Sentenza n. 20/2019 della Consulta e riordino degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni della PA: il legislatore non trascuri il “riuso” delle fonti pubbliche. Nota a sent. C. Cost. 21 febbraio 2019 n. 20*, in *Rivista di diritto dei media*, 2019, 11 ss.; B. PONTI, *Il luogo adatto dove bilanciare. Il posizionamento del diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali vs il diritto alla trasparenza nella sentenza n. 20/2019*, in *Istit. Fed.*, 2019, 525 ss., nonché A. CORRADO, *Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte Costituzionale*, in www.federalismi.it, 2019.

⁴¹ Come osserva A. MOLITERNI, *op. cit.*, 34, in riferimento al sistema attuale degli obblighi di pubblicazione, esso «oltre a costituire allo stato uno dei più rilevanti “oneri” per le amministrazioni, appare eccessivamente sbilanciato verso la logica dell'anticorruzione e, al contempo, poco utile a favorire l'effettiva comprensibilità e intelleggibilità delle scelte operate dalle amministrazioni». In senso piuttosto critico rispetto al rapporto tra finalità anticorruzione e trasparenza cfr. S. CASSESE, *Evoluzione della normativa sulla trasparenza*, in questa *Giorn. dir. amm. speciali digitali*, 2018, spec. 2 e N. RANGONE, *Quale trasparenza*

Il punto è significativo e, peraltro, appare sottolineato anche in relazione ad un altro tipo di “trasparenza”, ossia quella regolata dal diritto bancario⁴².

Dal dibattito che ha interessato la dottrina in relazione a tali obblighi di trasparenza emerge una situazione analoga a quella già vista nell'ambito della trasparenza dei trattamenti e della trasparenza amministrativa, situazione contraddistinta, per un verso, dalla facilità nell'adempiere alla trasparenza laddove si guardi unicamente al valore della conoscibilità, dell'ostensione dell'informazione e, per altro verso, dalla difficoltà di compiere il passo successivo, consistente nel garantire altresì la comprensibilità del dato da parte del soggetto su cui grava l'obbligo di trasparenza⁴³.

Accanto a questo profilo, va rilevato che l'analisi svolta in relazione a queste problematiche ha permesso di isolare un profilo specifico, talvolta considerato connesso, ma distinto rispetto alla trasparenza⁴⁴ e, talaltra, ricondotto nell'alveo della trasparenza⁴⁵: la chiarezza. Come si ricorderà, tale concetto affiora pure nel GDPR. A tale riguardo, è stato rilevato come la chiarezza dell'informazione bancaria costituisca un elemento costitutivo della trasparenza bancaria e si raccordi anche alla completezza dell'informazione, giacché una informazione incompleta non può essere chiara, ma una informazione sovrabbondante risulta inevitabilmente priva di chiarezza⁴⁶.

Va poi aggiunto come il concetto di trasparenza debba essere letto anche alla luce del diritto eurounitario, in considerazione della afferenza del GDPR al sistema di fonti del diritto dell'Unione Europea.

I riferimenti al concetto di trasparenza sono molto numerosi in ambito

per rendere il cittadino consapevole?, in *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, a cura di M. D'Alberti, Soveria Mannelli, 2016, 195 ss.

⁴² In tema cfr., *ex plurimis*, G. ALPA, *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, Quaderno n. 210, Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa, 2004; E. BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far «comprendere»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 246 ss.; G. LIACE, *La nozione di chiarezza nel diritto bancario e dei mercati finanziari*, in *Giur. Comm.*, 2017, 967 ss.; F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011, spec. 41 ss.; A. URBANI, *La “trasparenza” nello svolgimento dell'attività*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2019, 527 ss.

⁴³ Cfr. E. BRODI, *op. cit.*, 246 ss. che coglieva già nella direttiva 29/2005/CE un cambio di passo da parte del legislatore eurounitario, maggiormente consapevole della *behavioral economics literature*, verso una progressiva considerazione del profilo della comprensibilità nella prospettiva della trasparenza.

⁴⁴ Segue questa impostazione G. LIACE, *op. cit.*, 967 ss.

⁴⁵ In questo senso cfr. G. ALPA, *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, cit., spec. 40.

⁴⁶ Così G. LIACE, *op. cit.*, 973 ss., che si oppone all'idea di sovrapporre i concetti di trasparenza e chiarezza, rilevando che «la chiarezza, nel diritto bancario, è un termine tecnico al pari della trasparenza e costituisce una nozione ad essa collegata, ma distinta. La chiarezza si pone all'interno della trasparenza, come in un cerchio concentrico, dato che hanno il medesimo centro di simmetria. Essa non deve essere intesa come sinonimo della trasparenza né tanto meno come antitesi, ovvero assenza di opacità».

eurounitario e hanno consentito nel tempo di delinearne i contorni in modo preciso e circostanziato⁴⁷. In particolare, si è compreso come tale principio, applicabile a qualsiasi istituzione, organo e organismo, imponga a tali soggetti di agire in modo da garantire la conoscibilità della propria attività, senza trascurare la chiarezza del proprio linguaggio in funzione della maggiore comprensibilità dei propri atti⁴⁸, dimostrando così un tratto comune con la trasparenza amministrativa e la trasparenza bancaria.

Ciò che però risulta di particolare interesse, è il riconoscimento della natura strumentale della trasparenza rispetto alla partecipazione dei soggetti privati al *decision making* dell'Unione, per garantire la struttura aperta dell'amministrazione europea e, potenzialmente, l'*accountability* dell'intero sistema organizzativo⁴⁹.

In tale misura, l'approccio eurounitario illustra un dato fondamentale, ossia quello della funzionalizzazione della trasparenza alla generale *accountability* del sistema, che si attua attraverso un raccordo con i meccanismi partecipativi dei cittadini all'attività pubblica e, pertanto, in una prospettiva cooperativa tra amministrazione e cittadini.

⁴⁷ Da un punto di vista storico, occorre sottolineare l'importanza di alcuni passaggi rispetto all'affermazione del principio di trasparenza. Anzitutto, può essere individuata una prima fase che va da inizio anni '90 all'adozione del regolamento europeo del 30 maggio 2001, n. 1049, dove il diritto eurounitario riconosce nell'accesso il mezzo privilegiato della trasparenza. Dal 2001, in particolare con l'adozione del Libro bianco della Commissione sulla Governance europea – COM (2001) 428 def. del 5 agosto 2001 – sino ad oggi, passando per la Carta di Nizza e il Trattato di Lisbona, si comincia ad affermare un intreccio tra trasparenza e apertura, come strumenti per rinsaldare la *governance* europea. In tale atto di *soft law*, infatti, la Commissione ha posto in luce l'importanza dei concetti di trasparenza e apertura per lo sviluppo e il consolidamento della *governance* europea. Sulla portata di tali passaggi si vedano in part. C. ALBERTI, *La disciplina del diritto di accesso nel post Amsterdam tra consacrazione e limitazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 55 ss.; A. ALEMANNI, *Unpacking the principle of openness in EU law: Transparency, Participation and Democracy*, in *Eur. Law Review*, 2014, 72 ss.; D. CURTIN, *Executive Power of the European Union*, Oxford, 2011, 204 ss.; D.U. GALETTA, *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 265 ss.

⁴⁸ L'impostazione relativa alla natura poliedrica della trasparenza, come concetto comprensivo di esigenze di conoscibilità e comprensibilità è ormai consolidata: in tema, cfr., le ancora attuali considerazioni contenute in C. ALBERTI, *op. cit.*, 64. Più recentemente cfr. D. CURTIN, *op. cit.*, 205.

⁴⁹ Tanto si comprende nel momento in cui si individua la differenza tra trasparenza (*transparency*) e apertura (*openness*). L'art. 15, co. 1 TFUE, infatti, fa espresso riferimento al concetto di apertura, come emerge nella traduzione ufficiale in numerose lingue dei Paesi membri, ad esempio, in lingua inglese (*openness*), tedesca (*Öffenheit*), francese (*ouverture*) e spagnola (*apertura*). In questo modo, la trasparenza e la partecipazione rappresenterebbero le due facce del principio di apertura. Per maggiori dettagli su tale impostazione cfr. su tale distinzione cfr., per tutti, A. ALEMANNI, *op. cit.*, 72 ss., che pure mette in guardia – riferendosi peraltro a J. MENDES, *Participation in EU rulemaking*, Oxford, 2011, 292 – dal riporre una eccessiva fiducia sui soli meccanismi di trasparenza e partecipazione ritenendo che di per sé stessi siano in grado di garantire una maggiore *accountability*, giacché tali elementi possono incidere solo in misura marginale sul risultato di una ipotetica procedura decisionale.

Alla luce delle riflessioni sinora svolte, appare dunque evidente che il GDPR costituisce una svolta significativa sul piano della tutela dei dati personali, giacché lo strumento della trasparenza non viene più contemplato unicamente quale valore contrapposto a quello della riservatezza e con esso bilanciabile⁵⁰, bensì come nuovo paradigma per una tutela più completa dei dati personali. In particolare, attraverso il riferimento alla trasparenza si riescono ad isolare dei profili problematici comuni in relazione alla chiarezza e alla comprensibilità del dato reso conoscibile, la cui soluzione è strumentale alla generale *accountability* del sistema di gestione dei dati personali.

In tale prospettiva dunque e aldilà della modalità attraverso cui si rende disponibile l'informazione – attraverso una informativa contenuta in un documento cartaceo, attraverso una comunicazione orale oppure mediante la pubblicazione su piattaforme *online* –, la trasparenza nei trattamenti porta a considerare la necessità di tenere in considerazione i due profili della conoscibilità e della comprensibilità dell'informazione fornita.

4. *Gli obblighi informativi ex artt. 12 e ss. GDPR*

Alla luce della ricostruzione sopra operata del principio di trasparenza nel trattamento dei dati personali si può ora giungere ad analizzare nello specifico uno dei suoi corollari, ovvero gli obblighi informativi sanciti dagli artt. 12 e ss. del GDPR⁵¹, cercando, in particolare, di verificare in che misura essi si mostrino

⁵⁰ Sul problema del bilanciamento tra riservatezza e protezione dei dati personali, per un verso, e trasparenza amministrativa, per altro verso, specialmente alla luce dell'adeguamento al GDPR, cfr. G. BERNABEI, *Privacy e trasparenza amministrativa: un equilibrio possibile?*, in *Il FOLA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, a cura di G. Gardini, M. Magri, cit., 309 ss.; E. CARLONI, M. FALCONE, *op. cit.*, 723 ss.; E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole, strumenti, limiti dell'open government*, cit., 90 ss.; E. D'ALTERIO, *Protezione dei dati personali e accesso amministrativo: alla ricerca dell'"ordine segreto"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 9 ss. V. pure B. MARCHETTI, *op. cit.*, 118-119, che rileva la consapevolezza del legislatore eurounitario della delicatezza del bilanciamento, affidato, nei singoli casi, ai titolari del trattamento. Nella sentenza Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20 cui si è fatto già *supra* (nt. 40) riferimento, si rileva esplicitamente come la portata troppo estesa di taluni obblighi di pubblicazione sia suscettiva di pregiudicare proprio il valore della riservatezza. Il punto è posto in luce anche in A. CORRADO, *op. cit.*, 10; F. PIZZETTI, *Sentenza n. 20/2019 della Consulta riordino degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni della PA*, cit., 13.

⁵¹ Sulla portata di tale articolo cfr. G. DI GENIO, *Trasparenza e accesso ai dati personali*, in *La nuova disciplina europea della privacy*, a cura di S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio, Assago, 2016, 163 ss.; D. GENTILINI, V. GASPERINI, *I diritti dell'interessato e i ricorsi*, in *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali*, a cura di G. Busia, L. Liguori, O. Pollicino, Ariccia, 2016, 266 ss.; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. I. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, cit., 270 ss.; E. PELINO, *I diritti dell'interessato*, in L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI, *Il regolamento privacy europeo: commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016, 180 ss.; A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, a cura di G. Finocchiaro, cit., 181.

come attuativi del principio di trasparenza, con particolare riferimento agli elementi – già individuati – della conoscibilità e della comprensibilità.

La collocazione sistematica degli articoli dedicati agli obblighi informativi è già di per sé indicativa della funzionalizzazione delle informazioni fornite a garantire la possibilità per l'interessato di tutelarsi rispetto a trattamenti che possano essere per questi pregiudizievoli: gli artt. 12-23 trovano infatti la loro *sedes* all'interno del Capo III, rubricato "Diritti dell'interessato"⁵². Invero, lungi dal contenere una elencazione di soli diritti spettanti all'interessato, il Capo III può idealmente ripartirsi in tre parti relative agli obblighi informativi, ai diritti e alle limitazioni rispetto all'esercizio di tali diritti.

Ciò che più interessa sul piano della trasparenza è evidentemente la parte relativa alle informazioni, disciplinata dagli artt. 12, 13 e 14 GDPR: dalla lettura della disciplina è infatti possibile isolare profili inerenti alla conoscibilità e profili inerenti alla comprensibilità delle informazioni, che vanno letti alla luce delle linee guida sulla trasparenza dettate dal Gruppo di lavoro articolo 29⁵³ (*Working Party article 29*, WP29), le quali sono state considerate un necessario riferimento anche dall'Autorità Garante per la protezione dei dati personali⁵⁴.

Con riferimento al profilo della conoscibilità dell'informazione, esso emerge chiaramente in relazione alla portata dei contenuti degli obblighi informativi come disciplinati agli artt. 13 e 14 GDPR.

Con riferimento agli artt. 13 e 14 GDPR essi sviluppano, in sostanza, la distinzione già contenuta negli artt. 10 e 11 della direttiva 95/46/CE, tra dati raccolti presso l'interessato e dati non raccolti presso questi⁵⁵, prevedendo due regimi solo parzialmente differenziati: come è stato osservato, la distinzione non incide solo sugli elementi sopra illustrati (contenuti e tempi), ma «*reca implicitamente l'idea che la trasparenza debba essere assicurata indipendentemente dalla base giuridica del trattamento*»⁵⁶.

⁵² Enfatizza la strumentalità degli obblighi informativi rispetto all'esercizio dei diritti dell'interessato anche F. PIRAINO, *GDPR tra novità e discontinuità. i "diritti dell'interessato" nel regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 2777 ss.

⁵³ È d'uopo osservare come il WP29, denominato così in ragione del fatto che tale gruppo era previsto dall'art. 29 dir. 95/46 è stato sostituito da un nuovo organismo, ossia il Comitato europeo per la protezione dei dati (*European Data Protection Board*).

⁵⁴ Si rinvia alla visione del sito *web* del Garante per la protezione dei dati personali alla pagina <https://www.garanteprivacy.it/regolamentoue/trasparenza>.

⁵⁵ In E. PELINO, *op. cit.*, 180 ss. si ravvisa una sostanziale tripartizione in dipendenza del momento in cui il titolare del trattamento adempie al suo obbligo informativo nei confronti dell'interessato: in primo luogo, si ha un'informativa diretta quando l'obbligo è adempiuto con la raccolta diretta dei dati presso l'interessato; in secondo luogo, si ha un'informativa indiretta o successiva, quando la raccolta dei dati è svolta presso un altro titolare del trattamento; infine, si ha un'informativa ulteriore quando i dati erano già stati raccolti e trattati per una finalità differente.

⁵⁶ G. DI LORENZO, *Spunti di riflessione su taluni «diritti dell'interessato»*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi Galgano, cit., 244.

Anzitutto si può osservare un sostanziale parallelismo⁵⁷ tra le due tipologie di informativa rispetto alla gran parte dei contenuti, come attesta pure il WP29⁵⁸. Volendo schematicamente⁵⁹ individuare i contenuti delle due tipologie di informative si possono isolare cinque parti: *a*) una parte relativa ai dati di contatto (con il titolare, il suo eventuale rappresentante, il responsabile per la protezione dei dati); *b*) una parte relativa alle finalità e alle modalità del trattamento; *c*) una parte relativa alle fonti e alle categorie di dati⁶⁰; *d*) una parte relativa al periodo di conservazione dei dati; *e*) una parte relativa ai diritti degli interessati.

Sul fronte della conoscibilità, dunque, gli obblighi informativi previsti all'interno del GDPR impongono al titolare del trattamento di confrontarsi con una ingente mole di dati che vanno necessariamente organizzati prima di essere resi conoscibili: si pensi solo a quanto sia differente in base alla disciplina normativa applicabile il regime di conservazione dei dati detenuti da una pubblica amministrazione o la base giuridica di un determinato trattamento.

Per favorire la conoscibilità di tali informazioni, il WP29 ha poi avanzato alcune proposte che valorizzano, in particolare, l'utilizzo di diverse applicazioni

⁵⁷ In primo luogo, nel caso dell'informativa *ex art. 13* GDPR vanno anche indicate la natura obbligatoria o facoltativa del trattamento e le eventuali conseguenze in caso di rifiuto nel comunicare i dati da parte dell'interessato, *ex art. 14* GDPR vanno pure indicate le categorie di dati personali, nonché la fonte da cui provengono tali dati; in secondo luogo, un ulteriore profilo di distinzione emerge in relazione alle tempistiche entro cui rendere le due tipologie di informative: con riferimento all'informativa *ex art. 13*, infatti, è disposta la necessaria comunicazione già dal momento di raccolta del trattamento (art. 13, par. 1 GDPR); con riferimento, invece, all'informativa *ex art. 14* è previsto che essa debba essere fornita entro un mese dall'ottenimento dei dati personali (art. 14, par. 3 GDPR). L'art. 14, par. 3 GDPR specifica anche che il termine non va oltre la prima comunicazione con l'interessato se i dati sono destinati alla comunicazione con l'interessato oppure se è prevista la comunicazione ad altro destinatario.

⁵⁸ *Guidelines on transparency*, cit., 14.

⁵⁹ A livello analitico, le informazioni da indicare sono le seguenti: i dati di contatto del titolare e, se nominato, del Rappresentante del titolare (art. 13 e 14, par.1, lett. a) GDPR); i dati di contatto del DPO (art. 13 e 14, par.1, lett. b) GDPR); le finalità e la base giuridica del trattamento (art. 13 e 14, par.1, lett. c) GDPR); gli eventuali destinatari (art. 13, par.1, lett. d) e art. 14, par. 2, lett. d) GDPR); ove applicabile, l'intenzione di trasferire i dati a Paesi terzi o organizzazioni internazionali (art. 13 e 14, par.1, lett. f) GDPR); il periodo di conservazione dei dati o i criteri per determinarlo (art. 13 e 14, par. 2, lett. a) GDPR); il diritto alla portabilità dei dati, il diritto di accesso, il diritto di rettifica, cancellazione, limitazione del trattamento dei dati personali, il diritto di opporsi al trattamento (art. 13, par. 2, lett. b) e art. 14, par. 2, lett. c) GDPR); il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, qualora il trattamento sia basato sull'art. 6, par. 1, lett. a) o sull'art. 9, par. 2, lett. a) GDPR (art. 13, par. 2, lett. c) e art. 14, par. 2, lett. d) GDPR); il diritto di proporre reclamo ad un'autorità di controllo (art. 13, par. 2, lett. d) e art. 14, par. 2, lett. e) GDPR); l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione, di cui all'articolo 22 (1) e (4) e, almeno in tali casi, le informazioni significative sulla logica utilizzata (art. 13, par. 2, lett. f) e art. 14, par. 2, lett. g) GDPR).

⁶⁰ Come spiegato *supra* alla nt. 57 questa parte dovrebbe essere presente, a norma del GDPR, nelle informative *ex art. 14* GDPR.

informatiche come le informative multi-livello – che consentono all’interessato di accedere tramite un *link* ai gruppi di informazioni che concernono singole modalità o finalità di trattamento, invece che collegarsi ad un’informativa unica – o le notifiche *push and pull*, ossia notifiche che consentono la trasmissione *just-in-time* di informazioni sulla trasparenza (*push*) e notifiche che permettono l’accesso alle informazioni tramite *privacy dashboards* o ambienti *web (pull)*⁶¹.

Con riferimento, invece, al profilo della comprensibilità, l’art. 12, par. 1 GDPR dispone, anzitutto, che le informative rilasciate ai sensi degli artt. 13 e 14 GDPR – e cioè, rispettivamente, nel caso in cui i dati personali siano o meno raccolti presso l’interessato –, nonché le comunicazioni relative ai diversi diritti sanciti negli articoli successivi e alle violazioni dei dati personali devono presentare alcuni caratteri specifici.

In primo luogo, la forma delle informazioni fornite deve essere “*concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile*”. I diversi aggettivi utilizzati consentono di conferire un contenuto specifico al generale principio di trasparenza che grava sui titolari del trattamento attraverso differenti specificazioni. Così, la concisione, in particolare, va ad indicare un generale dovere di sinteticità rispetto alle informazioni fornite; l’intelligibilità si realizza solo nella misura in cui l’informazione fornita sia comprensibile anche all’interessato inteso come “uomo medio”; infine, la facile accessibilità attiene alla possibilità di reperire facilmente l’informazione in questione⁶².

Inoltre, per dare attuazione al dovere di concisione, trasparenza, intelligibilità e facile accessibilità, il WP29 suggerisce alcuni accorgimenti: in primo luogo, le informazioni relative al trattamento dei dati personali devono essere tenute separate da ogni altra informazione (come, ad esempio, le condizioni generali di contratto)⁶³; in secondo luogo, con riferimento ai trattamenti svolti *online*, l’uso di informative stratificate, ossia che consentono all’interessato di navigare verso la sezione dell’informativa immediatamente piuttosto che dover scorrere grandi quantità di testo⁶⁴; in terzo luogo, l’uso di *test* per verificare che le informazioni siano davvero intellegibili per gli utenti⁶⁵; infine, richiamando il disposto del Considerando n. 39 del GDPR, l’esigenza che fin dagli inizi del trattamento gli interessati siano resi edotti delle finalità e dei rischi riconducibili ai trattamenti⁶⁶.

Oltre a quanto finora rilevato, il GDPR richiede che le informazioni siano fornite “*con un linguaggio semplice e chiaro*”. È il caso di osservare come la semplicità

⁶¹ In questo senso, v. le *Guidelines on transparency under Regulation 2016/679*, 19 ss. redatte dal WP29.

⁶² *Guidelines on transparency under Regulation 2016/679*, 7.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Guidelines on transparency*, cit., 19-20.

⁶⁵ *Guidelines on transparency*, cit., 14.

⁶⁶ *Guidelines on transparency*, cit., 16.

e la chiarezza sul piano del linguaggio costituiscano un *prius* rispetto ai requisiti sopra richiamati, in particolare di quello dell'intelligibilità. Come è stato rilevato, questa previsione finisce col vietare formule lessicali e sintattiche di natura complessa, nonché termini o formulazioni eccessivamente tecnici, oscuri, ambigui, etc.⁶⁷ Il legislatore eurounitario si premura poi di sottolineare la più forte valenza del requisito di chiarezza e semplicità linguistica nel caso di informative destinate ai minori: in questi casi, evidentemente, il linguaggio adottato deve essere adattato alle esigenze dei minori interessati.

Orbene, guardando a questo complesso di obblighi informativi, cercando di comprendere come attuino il principio di trasparenza, non si può non rilevare una tensione tra i due elementi costitutivi della trasparenza, ossia la conoscibilità e la comprensibilità, elementi che si trovano, entro certi limiti, in un rapporto di proporzionalità inversa (pur sempre contingente e nient'affatto necessaria), giacché all'aumento dell'uno può (e non deve) conseguire una riduzione dell'altro. Il profilo critico emerge in particolare con riferimento alle informative da rilasciare al momento della raccolta dei dati personali, giacché in questo caso, come visto, il titolare del trattamento non solo deve rendere tutte le informazioni relative al trattamento, ma deve altresì rendere edotto l'interessato nell'immediatezza della raccolta della finalità e dei rischi del trattamento, favorendo dunque la comprensibilità rispetto alla mera completezza dell'informazione fornita.

4.1. Portata e limiti del principio di trasparenza in alcuni modelli di informativa

Al fine di verificare come si articoli la dialettica tra conoscibilità e comprensibilità con maggiore precisione può essere utile focalizzare l'analisi sugli obblighi informativi relativi a specifici trattamenti dei dati personali che, come noto, sono disciplinati all'interno del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (cd. Codice Privacy)⁶⁸, come novellato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101⁶⁹ e che talune amministrazioni pubbliche possono trovarsi a dover svolgere. Da questo punto di vista, può essere interessante tenere in particolare considerazione le informative relative a trattamenti che, tipicamente, sono svolti da parte di amministrazioni pubbliche, come trattamenti per finalità sanitarie, di statistica e ricerca scientifica e di istruzione.

⁶⁷ Cfr. in part. G. DI LORENZO, *Spunti di riflessione su taluni «diritti dell'interessato»*, cit., 241 ss. Su tali profili cfr. anche O. SESSO SARTI, sub art. 12, in *GDPR e normativa privacy. Commentario*, a cura di G.M. Riccio, G. Scorza, E. Belisario, cit., 127 ss.

⁶⁸ D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 recante il «Codice in materia di protezione dei dati personali».

⁶⁹ D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 recante «Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)».

Prescindendo dalle questioni relative alla liceità di tali trattamenti, concernenti dunque il rilievo del consenso degli interessati, conviene concentrarsi sulle norme relative alla strutturazione delle informative.

In generale, la disciplina non presenta notevoli differenze rispetto a quella già illustrata e contenuta negli artt. 12 e ss. GDPR, ma vi sono diversi elementi che rilevano ai fini della presente trattazione.

Anzitutto, si può osservare come il legislatore nazionale riconosca la complessità e la mole di trattamenti svolti da organizzazioni più complesse e articolate (come le amministrazioni) e, pertanto, stabilisca un sostanziale temperamento fra le esigenze di conoscibilità e quelle di comprensibilità. A titolo esemplificativo, può essere utile raffrontare, con riferimento ai trattamenti in materia sanitaria, il diverso tenore contenutistico dell'informativa del medico di base (art. 78 d.lgs. 196/2003) e dell'informativa delle strutture sanitarie (art. 79 d.lgs. 196/2003). Nel primo caso, pur se non si prescinde dal riferimento alla chiarezza e alla comprensibilità dell'informativa⁷⁰, è previsto che le informative evidenzino «*analiticamente eventuali trattamenti di dati personali che presentano rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali*»⁷¹. Al contrario, tenendo conto del fatto che alcuni trattamenti svolti in strutture sanitarie pubbliche o private possono rivelarsi più articolati, ma, evidentemente, non per tutti gli utenti, è prevista la possibilità di fornire le informazioni relative a particolari modalità di trattamenti in un secondo momento agli interessati⁷². In tal modo, dunque, pare prevalere l'esigenza di comprensibilità su quella *stricto sensu* di conoscibilità dell'attività amministrativa.

Va poi soggiunto che la trasparenza nel trattamento dei dati personali trova un ulteriore temperamento con riguardo a trattamenti, per così dire, “di secondo grado”, ovvero trattamenti che hanno ad oggetto il riutilizzo di dati già raccolti e trattati. In questa prospettiva, può essere utile riferirsi alle informative per finalità di istruzione e di ricerca scientifica e statistica⁷³.

Quanto alle informative per finalità di istruzione, infatti, è previsto che alcuni soggetti preposti a mansioni di formazione (fra cui scuole e università) possano trasmettere dati già trattati «*anche a privati e per via telematica*» per «*agevolare l'orientamento, la formazione e l'inserimento professionale, anche all'estero*» senza bisogno di rilasciare una nuova informativa, purché il trasferimento di dati sia richiesto

⁷⁰ L'art. 78 co. 1 d.lgs. 196/2003 prevede infatti che «[i]l medico di medicina generale o il pediatra di libera scelta informano l'interessato relativamente al trattamento dei dati personali, in forma chiara e tale da rendere agevolmente comprensibili gli elementi indicati negli articoli 13 e 14 del Regolamento».

⁷¹ Art. 78, co. 5 d.lgs. 196/2003.

⁷² Cfr. art. 79 d.lgs. 196/2003.

⁷³ In generale, sui caratteri di queste informative cfr. R. CIPPITANI, *Finalità di ricerca scientifica ed eccezioni alla disciplina della protezione dei dati personali*, in *Cyberspazio e diritto*, 2019, 161 ss.; M.L. MANIS, *The processing of personal data in the context of scientific research. The new regime under the EU-GDPR*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 2017, 325 ss.

dagli interessati e purché l'informativa rilasciata originariamente agli studenti recasse già l'indicazione delle finalità di orientamento e inserimento lavorativo⁷⁴.

Ancora più significativo è il caso dei trattamenti per motivi di ricerca scientifica e statistica, in base a quanto disposto dagli artt. 105 e 110-*bis* del d.lgs. 196/2003.

Ai sensi dell'art. 105, co. 4 d.lgs. 196/2003, anzitutto, si prevede una deroga rispetto al generale obbligo di comunicare ogni informazione relativa a ciascun trattamento, laddove l'adempimento all'obbligo informativo comporti uno sforzo sproporzionato per il titolare del trattamento.

Ai sensi dell'art. 110-*bis* d.lgs. 196/2003 è prevista altresì la possibilità di richiedere al Garante per la protezione dei dati personali l'autorizzazione rispetto al riutilizzo di dati già raccolti. Tale possibilità è offerta nella misura in cui siano adottate forme preventive di minimizzazione e di anonimizzazione dei dati che possano risultare idonee a tutelare gli interessati. Il caso dell'informativa in materia di ricerca scientifica è dunque di ausilio anche per specificare i limiti del principio di trasparenza.

In entrambi i casi di trattamento (*i.e.* finalizzati all'istruzione o alla ricerca scientifica e statistica), laddove dei dati già raccolti vengano riutilizzati, l'ordinamento riconosce come l'interessato sia stato già sottoposto alla copertura del principio di trasparenza e, pertanto, ci si preoccupa maggiormente delle esigenze del titolare del trattamento. In quest'ottica va letta la disciplina in merito ai dati trasferiti per motivi di orientamento o inserimento lavorativo, ma anche l'art. 105, co. 4 che limita l'obbligo informativo a quanto sia "proporzionato" alla situazione del titolare del trattamento o l'art. 110-*bis* che prevede la possibilità di stabilire una disciplina derogatoria⁷⁵.

Oltre a ciò, il riferimento alle misure di minimizzazione e anonimizzazione consente di pervenire anche ad un diverso tipo di equilibrio tra le esigenze del titolare e quelle dell'interessato, che passa attraverso la "personalizzazione" del dato e circoscrive il perimetro applicativo della trasparenza. Nel momento in cui il dato perde il carattere della personalità, giocoforza gli obblighi di trasparenza perdono la loro pregnanza.

4.2. *L'enforcement degli obblighi informativi*

Anche sul fronte della giustiziabilità degli obblighi informativi è opportuno svolgere alcune riflessioni, alla luce delle regole contenute nel GDPR e nel Codice Privacy.

⁷⁴ Cfr. art. 96, co. 1 d.lgs. 196/2003.

⁷⁵ D'altronde, in ipotesi di trattamenti in materia di ricerca scientifica, adempiere ad obblighi informativi particolarmente approfonditi potrebbe rivelarsi anche pregiudizievole per l'esito di alcune ricerche che necessitano di mantenere gli interessati in situazione di asimmetria informativa rispetto a chi conduce la ricerca.

Anzitutto, un ruolo fondamentale è previsto in capo all'autorità di controllo (*i.e.*, nella generalità dei casi riguardanti l'ordinamento italiano, l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali), la quale dispone di ampi poteri di indagine, avendo la possibilità di richiedere informazioni ai titolari e ai responsabili del trattamento, di ottenere l'accesso a tutti i dati personali a disposizione di tali soggetti e altresì di svolgere ispezioni⁷⁶; all'esito dell'istruttoria spetterà all'autorità di controllo l'emanazione delle conseguenti misure correttive o sanzionatorie⁷⁷.

Non va poi trascurato il sistema di tutela dell'interessato mediante l'attivazione di rimedi in via giustiziale o giurisdizionale.

Sul piano giustiziale, la disciplina attuale, oltre alla possibilità di rivolgere una segnalazione all'autorità di controllo⁷⁸, consente all'interessato di presentare un reclamo all'autorità di controllo competente, qualora ritenga che il trattamento che lo riguarda violi il GDPR⁷⁹.

Sul piano giurisdizionale, è previsto che la decisione sul reclamo possa essere contestata tramite azione giurisdizionale oppure che possa essere proposto direttamente un ricorso al giudice ordinario, senza la previa proposizione di un reclamo, laddove si lamenti la violazione di un diritto fornito dal GDPR⁸⁰.

Ricostruito così sinteticamente il quadro dei controlli e dei rimedi proponibili, è possibile provare a individuare quale di questi sia esperibile per fronteggiare una violazione degli obblighi informativi.

Anzitutto, l'autorità di controllo potrà agire d'ufficio come sopra indicato. Per quanto concerne i rimedi a disposizione dell'interessato, è opportuno precisare come l'interesse alla trasparenza del trattamento non sia qualificato dal GDPR come un diritto, come al contrario avviene per i diritti previsti agli artt. 15-22 del GDPR (si pensi al diritto di accesso o al diritto alla portabilità dei dati). Pertanto, l'interessato non potrà esperire direttamente e immediatamente l'azione giurisdizionale, dovendo prima tentare la via del reclamo (o della segnalazione) dinanzi all'autorità di controllo. Più che un limite, tale circostanza può però rivelarsi una risorsa, in quanto consente di favorire un maggiore dialogo fra l'autorità di controllo e l'amministrazione che, eventualmente, non ottemperi

⁷⁶ Tali poteri sono elencati all'art. 58 GDPR. Il sistema dei poteri va poi integrato tanto alla luce del Codice Privacy. Aldilà dei poteri di *enforcement* attribuiti all'Autorità Garante per la protezione dei dati personali italiana, va poi rimarcato il progressivo accrescersi dei poteri di *advocacy* ad opera del GDPR. In tema, cfr. le riflessioni contenute in M. MACCHIA, C. FIGLIOLIA, *Autorità per la privacy e comitato europeo nel quadro del general data protection regulation*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2018, 423 ss.

⁷⁷ Si osserva che per la regolazione delle procedure interne finalizzate all'emanazione di atti a rilevanza esterna da parte dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, l'Autorità medesima ha provveduto ad adottare un regolamento interno con deliberazione del 4 aprile 2019, n. 1.

⁷⁸ La possibilità di presentare una segnalazione è prevista dall'art. 144 del Codice Privacy.

⁷⁹ Cfr. art. 77 GDPR.

⁸⁰ Cfr. rispettivamente gli artt. 78 e 79 GDPR.

in modo adeguato agli obblighi informativi. Non va trascurato, infatti, come, in sede giustiziale, l'autorità di controllo goda di poteri correttivi tramite i quali può segnalare all'amministrazione le iniziative di assumere in caso di violazione del GDPR⁸¹. Peraltro, l'approccio cooperativo del titolare del trattamento è anche valutato ai fini dell'erogazione di una sanzione⁸².

In questi termini, dunque, la strutturazione dell'apparato rimediale rafforza la coerenza degli obblighi informativi, favorendo però, al tempo stesso, soluzioni che non si concludono necessariamente con l'emanazione di una sanzione.

5. *Conclusioni: per un bilanciamento tra esigenze di conoscibilità e obiettivi di comprensibilità*

L'analisi che precede ha permesso di porre in luce alcuni snodi problematici che conviene qui riassumere e poi sussumere entro un quadro regolativo in grado di offrire anche alcuni spunti agli operatori impegnati nell'attuazione della disciplina in materia di trattamento di dati personali e nel costante aggiornamento delle informative.

Come visto, il GDPR rappresenta il culmine del processo di affermazione del principio di trasparenza nell'ambito dei trattamenti di dati personali. Attraverso il riferimento alle riflessioni riferite alla trasparenza nel diritto amministrativo, nel diritto bancario, nonché, più in generale, nel diritto eurounitario, si è riusciti a conferire una precisa portata prescrittiva al principio di trasparenza, come principio che impone non solo la conoscibilità delle informazioni, ma anche e soprattutto la loro comprensibilità. Il punto è stato rimarcato prendendo poi in considerazione alcuni modelli di informative. Dall'analisi è emerso come anche in tali informative il riferimento alla trasparenza non implichi unicamente la mera ostensione delle modalità di trattamento dei dati personali, ma pure la considerazione di elementi relativi alla comprensibilità, benché le esigenze di trasparenza possano subire anche un significativo temperamento nel caso di riutilizzo dei dati.

Alla luce di quanto sinora esposto, se si vuole far sì che la svolta del GDPR per la trasparenza sia considerata nella giusta prospettiva da parte delle amministrazioni occorre porre in luce alcuni aspetti problematici della comprensibilità relativi al linguaggio e al modo di costruire l'informativa.

⁸¹ Fra quelli elencati all'art. 58 GDPR è opportuno richiamare il potere di rivolgere avvertimenti e ammonimenti ai titolari e ai responsabili del trattamento, nonché il potere di ingiungere la conformazione del trattamento al disposto del GDPR.

⁸² Ai sensi dell'art. 83 GDPR le sanzioni sono inflitte in aggiunta alle misure correttive o in luogo delle medesime tenendo conto delle circostanze del caso concreto. In particolare, ai sensi dell'art. 83, co. 2 GDPR si tiene conto del grado di cooperazione con l'autorità di controllo per la riparazione della violazione.

Anzitutto, occorre riflettere sul profilo della chiarezza del linguaggio⁸³. Da questo punto di vista, non è certo una novità che il linguaggio delle amministrazioni sia considerato particolarmente involuto e burocratico, più che inidoneo quasi ostativo rispetto all'esigenza della comunicazione pubblica⁸⁴.

Tale considerazione ha portato nel tempo al susseguirsi di numerose iniziative⁸⁵, fra cui è opportuno ricordare quella relativa all'adozione nel 1994 del Codice di stile delle comunicazioni scritte a uso delle pubbliche amministrazioni⁸⁶ la direttiva "Per la semplificazione del linguaggio delle pubbliche amministrazioni", emanata nel 2002 e, sul piano normativo, l'art. 3 della legge n. 69/2009, dedicato alla chiarezza dei testi normativi.

Nonostante questi sviluppi permane la sensazione che una svolta sul piano linguistico non vi sia ancora stata e che, in particolare, l'oscurità del linguaggio burocratico diventi quasi un meccanismo per giustificare l'inefficienza della pubblica amministrazione, evidenziando la necessità di agire anche e soprattutto sul piano della formazione dei funzionari pubblici⁸⁷, che dunque devono iniziare a considerare la chiarezza del linguaggio come uno degli obiettivi primari in chiave efficientistica.

⁸³ Il problema della mancanza di chiarezza del linguaggio va poi tenuto distinto da un altro problema, ossia quello della vaghezza. Mutuando una definizione autorevole può ravvisarsi che «un'espressione linguistica si dice vaga allorché i confini della sua area di applicazione attuale o meramente possibile [...] non sono delineati in modo netto» (così C. LUZZATI, *Le metafore della vaghezza*, in *Analisi e diritto 1999: ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Torino, 2000, 117). Sul problema della vaghezza del linguaggio nel diritto cfr., per tutti, F. PUPPO, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense*, Padova, 2012, spec. 8 ss. per individuarne la portata e distinguere il problema della vaghezza da altri problemi del linguaggio. Cfr. anche L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2017, il quale riflette sul tema della vaghezza del linguaggio nella prospettiva dei concetti indeterminati nel diritto amministrativo, ma pure non manca di svolgere alcune considerazioni a carattere generale sul problema della vaghezza (spec. 9 ss. e 63 ss.).

⁸⁴ Da questo punto di vista è significativo lo studio contenuto in S. LUBELLO, *La lingua del diritto e dell'amministrazione*, Bologna, 2017 non solo per gli spunti su come si è formata progressivamente la lingua della burocrazia italiana, ma anche per l'individuazione dei problemi che affliggono la comunicazione dell'amministrazione nell'epoca contemporanea. In particolare, l'A., richiamando anche altri studi sul tema, pone in luce la tendenza all'uso dell'anglicismo tanto nel linguaggio strettamente giuridico, quanto in quello burocratico e il fatto che tale uso costituisca, in parte, un tentativo di evitare le sfumature della lingua italiana e utilizzare un linguaggio più chiaro (spec. 66 ss.). L'A. svolge poi un'analisi del linguaggio utilizzato dalla pubblica amministrazione nei propri siti *web* ravvisando una tendenza all'uso di un linguaggio particolarmente involuto, contorto e dotato di un certo oscurantismo (179 ss.).

⁸⁵ Per una panoramica di tali proposte cfr. S. LUBELLO, *op. cit.*, 98 ss. e 195 ss.; M. RAMAJOLI, *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 187 ss.

⁸⁶ Con riferimento a tale iniziativa e al contesto storico delle riforme amministrative dell'epoca cfr., in part., S. CASSESE, *Il difficile mestiere di Ministro della funzione pubblica*, 433 ss.; G. FALCON, *La pubblica amministrazione e i cittadini*, 475 ss.; D. SORACE, *Le riforme del funzionamento e delle procedure della pubblica amministrazione: il progetto e le condizioni per la sua realizzazione*, 499 ss., tutti in *Le Regioni*, 1995.

⁸⁷ Sul punto cfr. le riflessioni contenute in M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 187 ss.

Oltre al problema del linguaggio ve ne è però un altro che appare pure di complessa soluzione. Si tratta, invero, di un problema che tocca l'idoneità dello strumento "informativa". Potrebbe infatti ritenersi che l'afflato alla *compliance* rispetto ai requisiti di trasparenza possa finire col non essere ispirato ad una logica di proattività o di tutela dell'interessato, quanto piuttosto alla prospettiva di sfuggire alle gravose sanzioni previste dal GDPR. Il problema che concerne le informative e, più in generale, i casi in cui l'amministrazione soggiace a obblighi di informazione è che la preoccupazione per la sanzione può spingere a favorire uno solo degli elementi della trasparenza, quello della conoscibilità, trascurando quello della comprensibilità, riversando quante più informazioni è possibile collezionare all'interno di documenti o siti *web* che risultano, come già illustrato, opachi per confusione.

Al fine di evitare un simile decorso, appare necessario adottare un approccio realistico al problema, partendo da un assunto di base: gli interessati si trovano in una posizione di asimmetria informativa e spesso non hanno da subito interesse alla conoscenza di come avviene il trattamento dei propri dati personali. In quest'ottica, la trasparenza non è un obiettivo in sé, ma un mezzo che mira a superare l'asimmetria e favorire l'autodeterminazione informativa dell'interessato. In particolare, guardando all'amministrazione come soggetto su cui incombe l'obbligo di trasparenza nei trattamenti personali compiuti sotto la propria responsabilità, può predicarsi per la trasparenza nei trattamenti personali quanto si è predicato per la trasparenza amministrativa, ovvero che essa costituisce un mezzo che cospira allo sviluppo della società in senso pluralista, informato e democratico⁸⁸. L'informazione rispetto a come i dati dei cittadini vengono trattati diventa quindi un elemento che rinsalda il vincolo fiduciario tra cittadini e amministrazione non solo per esercitare un controllo nei confronti dell'amministrazione, ma anche per creare il contesto adeguato ad un rapporto tra cittadini e amministrazione in senso cooperativo⁸⁹.

⁸⁸ Per impostazioni che valorizzano il raccordo tra trasparenza e democrazia cfr. G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza*, cit., 33-35; G. CORSO, *Potere politico e segreto*, 268; D. DONATI, *La trasparenza nella Costituzione*, spec. 101 ss.; F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, 11-13, tutti in *La trasparenza amministrativa*, a cura di F. Merloni, cit.; M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione*, cit., 683; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss.; F. MERLONI, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e del sistema amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 93; M.A. SANDULLI, voce *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, cit., 1 ss.; A. SIMONATI, *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, Trento, 2002, 18 ss. Il punto è stato anche oggetto di riconoscimento normativo, giacché ai sensi dell'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 33/2013, la trasparenza «*concorre ad attuare il principio democratico [...]*». È stato però posto in luce anche che «*l'open access alle informazioni pubbliche non sempre rafforza gli istituti democratici: difatti, gli intermediari delle informazioni (mass-media, istituti di ricerca ecc.) tendono ad orientare la diffusione delle informazioni pubbliche in forma scandalistica, alimentando sfiducia, disaffezione, cinismo nei confronti della politica e delle istituzioni democratiche*» (così A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *Le cittadinanze amministrative. percorsi e prospettive dell'amministrazione tra diritti e doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa*, in *Cittadinanze amministrative*, a cura di A. Bartolini, A. Pioggia, Firenze, 2016, 30).

⁸⁹ Si accoglie qui l'impostazione di G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*,

L'accoglimento di tale paradigma che, informando il rapporto tra amministrazione e cittadini, informa anche il modo di intendere della trasparenza ha evidenti ricadute pratiche, nella misura in cui illustra la necessità di non trascurare il corretto adempimento agli obblighi di trasparenza.

In concreto, rispetto all'adempimento degli obblighi di informativa, seppure non sia possibile agire sulla portata contenutistica di tali obblighi (essendo essa determinata dal GDPR), permane un significativo margine di manovra in capo all'operatore al fine di favorire la comprensibilità dell'informativa nel modo in cui essa è costruita. In questa prospettiva, dovrebbero respingersi tutti quei modelli di informative redatti tramite elenchi separati di dati, quali la finalità di trattamento e la base giuridica dello stesso, giacché non offrono un quadro chiaro agli interessati rispetto ai trattamenti che li concernono. Parrebbe più utile, a questo riguardo, concepire le informative attraverso una interconnessione tra i vari elementi delle stesse. Per esemplificare, ciò porterebbe a considerare di raggruppare i dati relativi a ciascun trattamento in modo da far sì che per ogni categoria di dato sia comprensibile da subito la finalità del trattamento, nonché la base giuridica⁹⁰. Senza contare che, come già rilevato *supra*, sulla scorta dei suggerimenti dal WP29, l'uso dei mezzi informatici può rivelarsi prezioso per favorire l'intelligibilità delle informazioni. Qualora poi, l'informativa non raggiunga un livello minimo di comprensibilità, l'interessato ha pur sempre la possibilità di sollecitare l'intervento dell'Autorità per la protezione dei dati personali che, come già visto, può avere un ruolo significativo per promuovere una soluzione

cit., 43-44. L'impostazione in parola, come è noto, si basa sulla constatazione del nuovo assetto policentrico dell'amministrazione e del rapporto tra questa e i cittadini. Rispetto a tale nuovo paradigma multipolare, nelle sue diverse accezioni, cfr. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 n.c. della Costituzione*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, 179 ss.; ID., *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare l'Italia*, Roma-Bari, 2006; ID., *Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, in *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, a cura di M. Bombardelli, Napoli, 2016, 289 ss.; M. BOMBARDELLI, *Democrazia partecipativa e assetto policentrico dell'organizzazione amministrativa*, in *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, a cura di G. Arena, F. Cortese, Padova, 2011 spec. 21-27; S. CASSESE, *L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601 ss. Sull'importanza dell'elemento della fiducia nel rapporto tra amministrazione e cittadini nella prospettiva della buona amministrazione v., per tutti, S. PELLIZZARI, *Make it better and simpler. Semplificazione amministrativa e principio di semplicità dell'azione dei pubblici poteri nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 296 ss. Sul piano filosofico è stato poi osservato come la fiducia si ponga in una posizione intermedia tra sapere e non-sapere e come la cd. società della trasparenza tenda a negare questa posizione intermedia in favore di una *full disclosure* che, in ultima istanza, impedisce anche la creazione di un senso di comunità. Sul punto v. B.-C. HAN, *La società della trasparenza*, trad. it. di F. BUONGIORNO, Roma, 2014, spec. 80 ss. In questa prospettiva, finisce col prevalere la logica del sospetto stigmatizzata anche in M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione*, cit., 657 ss.

⁹⁰ Al contrario, spesso le informative recano un elenco di finalità e basi giuridiche non raccordate fra loro, cosicché gli interessati non comprendono su quali basi sia stato svolto il trattamento di dati che li riguarda.

pratica che concili l'esigenza informativa del cittadino con quella di efficienza dell'amministrazione.

In conclusione, accogliendo la prospettiva che si è cercato sin qui di tratteggiare, l'informativa può rappresentare una valida traccia che consente all'interessato di comprendere a grandi linee i flussi informativi che lo riguardano, così da condurlo ad assumere la consapevolezza necessaria all'esercizio dei propri diritti, ma anche a mantenere salda la propria fiducia nei confronti dell'amministrazione.

Abstract

Transparent information in personal data processing by the public administration

by Simone Franca

The present article deals with a particular aspect linked to the compliance with the GDPR from the perspective of the public administration, i.e. the information to be provided in relation to any processing of personal data. The article is divided into three parts. The first part attempts to reconstruct the evolution that has led from fairness to transparency as a guiding principle in the processing of personal data. In the second part, the constituent elements of the concept of transparency are identified in the light of a broader reflection, taking into account the concept of transparency in administrative, banking and EU law. In the third part, the information obligations enshrined in the GDPR are examined in depth, taking into account both certain specific processing operations carried out by public administrations (such as the processing of personal data in the context of scientific research) and the profiles inherent to the justiciability of these obligations. The analysis shows how the new elements contained in the GDPR can lead to the design of compliance with information obligations as part of a collaborative relationship between citizens and public administration.

Parole chiave: trattamento dei dati personali, trasparenza amministrativa, obblighi informativi

Keywords: processing of personal data, administrative transparency, information obligations

Observaciones relativas a la teoría de la invalidez de los actos administrativos en España e Italia¹

di Alberto Picón Arranz

Sumario: 1. Introducción. – 2. Aclaraciones conceptuales. – 2.1. Ilegalidad. – 2.2. Invalidez. – 2.3. Anulación. – 2.4. Eficacia. – 3. La inexistencia como categoría extrajurídica. – 4. La nulidad y la anulabilidad como únicas categorías invalidantes del acto administrativo. – 4.1. El elemento diferenciador entre nulidad y anulabilidad. – 5. Conclusiones.

1. *Introducción*

Dentro del derecho administrativo encontramos numerosas materias que, a consecuencia de su indeterminación, ofrecen múltiples interpretaciones y se presentan idóneas para el debate doctrinal. Ahora bien, si tuviésemos que destacar un tema entre todos aquellos que generan debate en el derecho administrativo, a buen seguro, éste sería el de la invalidez del acto administrativo.

Dos son, a nuestro juicio, las razones han contribuido a que la invalidez del acto administrativo se haya convertido en una de las materias más discutidas y discutibles tanto a nivel nacional -España e Italia no son una excepción- como a nivel internacional donde, en el caso de la Unión Europea, todavía no existe una norma básica reguladora del procedimiento ni del acto administrativo:

En primer lugar, nos enfrentamos a un debate doctrinal que abarca varios siglos de historia jurídica. En efecto, la teoría de la invalidez de los actos jurídicos tiene su origen en el derecho romano y, antes de irrumpir en el derecho público, ha sido -y sigue siendo- foco de debate y discusión en la esfera del derecho privado. Consecuencia de lo anterior, la importación, en muchos casos errónea, de categorías del derecho privado al derecho público sin ninguna matización ni adaptación, ha provocado que en numerosas ocasiones se produzcan incongruencias o situaciones difíciles de explicar de manera lógica².

Al margen de lo anterior, contribuye enormemente a la indeterminación que envuelve a la teoría de la invalidez del acto administrativo la frecuente confusión -no solo en la doctrina, sino también en los legisladores- entre el campo del

¹ Este artículo ha sido elaborado durante mi estancia de investigación en la Università Degli Studi Di Napoli Federico II. Quisiera expresar desde aquí mi agradecimiento al Departamento de Derecho Administrativo de dicha Universidad por su acogida y por la puesta a disposición de todos sus medios para la realización de este trabajo. Especialmente, quisiera agradecer a la Prof. Dra. SILVIA TUCCILLO su hospitalidad y su generosidad, tanto a nivel profesional como personal.

² S. TUCCILLO, *L'invalidità del provvedimento e i riflessi sull'attività consensuale*, Napoli, 2009, 11.

“deber ser” y el campo del “ser”. Esto da lugar a que categorías jurídicas como la invalidez o la eficacia se vean envueltas en un esquema dogmático que, lejos de solucionar los problemas que presenta la práctica jurídico-administrativa, los multiplica.

España e Italia no escapan al debate generado en torno a la invalidez de los actos administrativos. Pese a la proximidad entre los sistemas jurídicos español e italiano, no pasan desapercibidas pequeñas diferencias en el ámbito de la invalidez de los actos que han motivado la realización de este trabajo. Ambos sistemas jurídico-administrativos reconocen en sus respectivas leyes de procedimiento dos grados en los vicios de invalidez de los actos administrativos: la categoría de la nulidad para supuestos tasados y la categoría de la anulabilidad como regla general aplicable a los actos inválidos.

Así, el artículo 21-septies de la legge n. 241/1990, de 7 de agosto, de procedimiento administrativo italiana determina que “è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge”.

Por su parte, la ley española, manteniendo también el sistema *numerus clausus* de los supuestos de nulidad, en su artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, determina que serán nulos los actos administrativos que “lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, los que tengan un contenido imposible, los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, y cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley”.

Al mismo tiempo, ambas leyes reconocen la categoría de la anulabilidad como regla general, el artículo 21-octies de la citada ley italiana determina que “È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza” y el artículo 48 de su homóloga española reconoce la anulabilidad de “los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”.

La existencia del binomio nulidad-anulabilidad como dos grados dentro de los vicios de invalidez de los actos administrativos, si bien en España ha existido desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, en Italia

no ha tenido lugar hasta el año 2005, que mediante la legge n. 5/2005 se modificó la ya citada legge n. 241/1990 incluyendo el término “*nullità*” equivalente a la categoría de la nulidad de pleno derecho de la ley española. Ahora bien, ambas legislaciones tipifican los actos calificables como nulos o anulables, pero, a diferencia de la norma reguladora del procedimiento administrativo alemán³, guardan silencio sobre el régimen de la eficacia de los actos inválidos⁴.

Con este caldo de cultivo, y desde una doble perspectiva española e italiana, a lo largo de este artículo trataremos, en primer lugar, de realizar las aclaraciones conceptuales necesarias de categorías como la legalidad, la invalidez, la anulación o la eficacia. Posteriormente, nos centraremos en la categoría de la invalidez para analizar tanto la nulidad como la anulabilidad, así como el concepto de inexistencia. Todo este análisis se hará teniendo en cuenta la especial naturaleza jurídica que presenta el acto administrativo para tratar de contribuir, modestamente, a dar algo de claridad en una materia tan controvertida.

2. *Aclaraciones conceptuales*

Ilegalidad, invalidez, anulación, ineficacia, inexistencia, nulidad o anulabilidad son los términos más utilizados por la doctrina a la hora de calificar los actos jurídicos no conformes, en mayor o menor medida, con el ordenamiento jurídico. La precisión terminológica es, pues, un pilar fundamental a la hora de la construcción de cualquier sistema jurídico. En este momento trataremos de clarificar el contenido de cada categoría jurídica, así como diferenciarla de los conceptos afines. A partir de aquí, resultará un poco más sencillo dar más coherencia y operatividad al sistema de invalidez de los actos administrativos.

2.1. *Ilegalidad*

El término ilegalidad en múltiples ocasiones es utilizado por la doctrina como sinónimo de injusto o ilícito. Admitiendo que en el lenguaje coloquial existe cierta identificación entre ilegalidad e ilicitud, e incluso que ambos términos se pueden llegar a identificar, creemos que el término más preciso y que mejor se ajusta a la teoría de la invalidez es el de ilegalidad.

Ilegalidad que se define en su sentido más propio y más jurídico como la situación que implica un desajuste o no correspondencia entre el acto o conducta y el Derecho. En consecuencia, un acto administrativo es ilegal cuando

³ El artículo 43.3 de la Ley alemana de procedimiento administrativo determina textualmente que “un acto administrativo nulo no produce efectos jurídicos”.

⁴ A. CORPACI, *Osservazioni minime sulla nullità del provvedimento amministrativo e sul relativo regime*, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 2015, 674.

existe una discordancia entre éste y el ordenamiento jurídico-administrativo⁵. No requiere la ilegalidad ningún juicio ni ninguna interpretación, basta constatar que objetivamente no hay correspondencia entre el acto y la norma jurídica.

La primera consecuencia que se desprende del concepto de ilegalidad es que es condición necesaria para la invalidez, pero no única. Es decir, todos los actos inválidos son ilegales, pero no todos los actos ilegales son inválidos. En otras palabras, todos los actos que infringen el ordenamiento jurídico son ilegales, pero no tienen por qué ser inválidos⁶. Operarían como dos círculos concéntricos dónde el círculo más grande es la ilegalidad y dentro de él está el de la invalidez. Aunque será en el apartado siguiente donde nos centremos en el concepto de invalidez, sí creemos necesario en este punto referirnos a esa zona de los círculos concéntricos en la que el acto jurídico es ilegal pero no inválido.

Es lugar común en el derecho administrativo español e italiano reconocer actos administrativos ilegales – normalmente cuestiones formales, procedimentales o de plazo – que, sin embargo, se van a considerar actos válidos⁷. Consideramos que el fundamento de la permisividad de estas ilegalidades por los legisladores es triple:

En primer lugar, la escasa trascendencia e importancia de la ilegalidad⁸. Buena muestra de ello la dan los propios legisladores. Por un lado, el legislador español reconoce la irregularidad no invalidante sólo en los casos en que la ilegalidad no impida al acto “*alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados*” o, en el supuesto de actuaciones fuera de plazo, si la naturaleza de éste lo impone. Por otro lado, la ley de procedimiento italiana reconoce las ilegalidades no invalidantes relacionadas con el procedimiento o la forma de los actos administrativos siempre que, en el caso de haber cumplido la legalidad, el contenido dispositivo del acto no hubiera podido ser distinto del efectivamente adoptado por la Administración.

En segundo lugar, y consecuencia de lo anterior, de la interpretación de los supuestos de irregularidades no invalidantes se colige que la forma tiene un valor instrumental⁹ para el derecho y que será muy excepcional encontrar una infracción formal que implique invalidez del acto siempre y cuando no afecte al contenido material del acto administrativo.

Por último, resulta capital para entender la figura de la ilegalidad no invali-

⁵ A. NIETO, *Estudio Preliminar* en M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, 10.

⁶ J. M., BOQUERA OLIVER, *Grados de ilegalidad del acto administrativo* en *RAP*, n. 100-102, 1983, 1003.

⁷ Véanse el artículo 48.2 y 48.3 de la Ley de procedimiento administrativo española y el artículo 21-octies, número 2 de la ley de procedimiento italiana.

⁸ P. CARNEVALE, *Validità* (voce), in CASSESE S., (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Volume VI, Milano, 2006, 6150.

⁹ R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Ed. 21ª, Madrid, 2014, 111.

dante la función estabilizadora del acto administrativo¹⁰ según la cual en determinados supuestos el principio de legalidad -ajustar la actuación administrativa a la norma- puede ceder en aras de otros principios. En efecto, el principio de legalidad en sentido estricto en ocasiones cederá ante principios como la seguridad jurídica o la economía procesal, para conseguir así una actuación administrativa más eficaz y, en definitiva, más satisfactoria del interés general.

2.2. Invalidez

Acabamos de definir la ilegalidad como la constatación objetiva de una discordancia entre el acto y la norma. Además, hemos aludido al ejemplo de los círculos concéntricos para concluir que todos los actos inválidos son actos ilegales, pero no todos los actos ilegales son actos inválidos -irregularidades no invalidantes-. Por todo ello, para llegar a un concepto de invalidez trataremos, en primer lugar, de destacar las características comunes existentes entre ilegalidad e invalidez para, en segundo lugar, centrarnos en las diferencias entre ambos conceptos y poder así concluir una definición de este concepto tan, a priori, ambiguo.

Empecemos pues por destacar en este momento dos rasgos comunes entre ilegalidad e invalidez que no impedirán, como demostraremos a continuación, que estemos ante conceptos diferentes:

La primera de estas características comunes es la necesidad de que haya una contradicción entre el acto y la norma. Tanto el acto ilegal como el acto inválido no se ajustan a los requisitos previstos por la normativa que da cobertura a ese acto jurídico. Ambos conceptos son conceptos relacionales por deducirse del contraste entre dos elementos, en este caso, norma y acto¹¹.

La segunda característica común a estos conceptos radica en que ambos operan en un plano teórico y estático. El acto y la norma funcionan como puntos de referencia estáticos¹² y son los únicos elementos que entran en juego en este punto para poder concluir que un acto es ilegal y también inválido.

Avanzando ya hacia las diferencias entre estos dos grandes conceptos, la ilegalidad se puede deducir de una simple superposición del acto en la norma que lo fundamenta, es decir, la calificación de un acto como ilegal es una deducción prácticamente automática. Sin embargo, la ilegalidad es "*conditio sine qua non*" para la invalidez, pero no es suficiente. La invalidez supone dar un paso más, no se deduce automáticamente, sino que requiere una calificación o valoración¹³. Para

¹⁰ T. CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevinida de los actos administrativos*, Madrid, 2004, 183.

¹¹ *Ibidem*, 165.

¹² J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, 155.

¹³ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a*

que un acto jurídico no tenga validez es necesario, en todo caso, que un agente jurídico califique el acto como acto inválido¹⁴.

Por consiguiente, sin perder la perspectiva de que el ordenamiento jurídico está interesado en su propio cumplimiento y protección, la calificación de un acto como inválido supone un paso más hacia su ineficacia, pero no el definitivo, puesto que nos seguimos moviendo en un plano puramente teórico. Precisamente por este carácter teórico de la invalidez, hasta que ésta no se declare formalmente por los cauces procesales oportunos el acto inválido seguirá formando parte del ordenamiento jurídico y desplegando efectos.

La segunda diferencia tiene que ver con el fundamento mismo del concepto de invalidez. En el análisis de la ilegalidad hemos hecho referencia a las irregularidades no invalidantes para justificar que el ordenamiento jurídico, en ocasiones, permite que determinados actos no se ajusten al esquema normativo y, sin embargo, los protege como actos válidos y eficaces, y garantiza su conservación.

Es por ello, que la característica propia e identitaria de la invalidez es la desprotección por parte del ordenamiento jurídico del acto inválido. Esa desprotección abre la posibilidad de la impugnación del acto para lograr, si fuera preciso, su expulsión del mundo jurídico. Los actos inválidos, en definitiva, no disfrutan de la tutela del ordenamiento jurídico porque lo contradicen de un modo grave con la falta de algún requisito esencial exigido por la norma jurídica o porque viola un precepto del ordenamiento jurídico¹⁵.

Por todo lo comentado hasta ahora podemos definir la invalidez como una calificación jurídica que tiene lugar, no solo cuando existe un desajuste entre el acto y la norma, sino cuando el ordenamiento jurídico considera que ese desajuste no debe ser protegido¹⁶. *A contrario sensu*, un acto administrativo es válido si su conservación está garantizada por el ordenamiento jurídico¹⁷.

Nos encontramos, por tanto, ante un concepto puramente teórico y desconectado, en principio, de la eficacia que pueden tener los actos administrativos. La invalidez es una valoración o calificación que recibe el acto que, no solo es contrario a la norma, sino que además esa contradicción tiene una relevancia que provoca que el sistema jurídico no vaya a protegerlo y permita su expulsión.

partire da due libri recenti?, in *Diritto Pubblico*, n. 1, 2015, p. 229, S. TUCCILLO, *L'invalidità del provvedimento e i riflessi sull'attività consensuale*, Napoli, 2009, 22.

¹⁴ Traemos a colación las palabras de A. NIETO, *Estudio Preliminar* en M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, 11: "En definitiva, pues, nos encontramos ante dos juicios sucesivos: un juicio de ilegalidad, primero, que es el resultado de una constatación; y un segundo y posterior juicio de invalidez, que es el resultado de una valoración (o calificación) jurídica sobre el alcance del hecho mismo de la ilegalidad".

¹⁵ V. S. BACA ONETO, *La invalidez de los contratos públicos*, Cizur Menor, 2006, 39.

¹⁶ M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, 54.

¹⁷ R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4, 2017, 2/50.

Es por ello que, como analizaremos más adelante, la nulidad y la anulabilidad no dejan de ser conceptos jurídicos que se integran en el concepto de invalidez como técnicas de graduación de los vicios del acto. La nulidad comprenderá los supuestos de vulneraciones del ordenamiento jurídico más graves y por ello tendrá carácter excepcional, y la anulabilidad operará como la calificación normal que recibirá el acto inválido.

2.3. Anulación

Antes de entrar a analizar la ineficacia para cerrar el círculo de conceptos básicos nos detendremos en el concepto de “anulación”. No es fácil encontrar un análisis independiente de este concepto en relación con la teoría de la invalidez de los actos jurídicos, pero creemos que puede ayudar a comprender y conectar de un modo más sistemático la invalidez con la ineficacia.

A nuestro juicio, el concepto “anulación” es un concepto de carácter estrictamente procesal y se presenta como elemento necesario para poder lograr que un acto inválido -sea nulo de pleno derecho o sea anulable- sea expulsado del ordenamiento jurídico¹⁸ y, en consecuencia, deje de producir efectos¹⁹.

Si venimos proclamando el carácter estático y teórico de la invalidez, la principal función de la categoría de la anulación es, aportar el componente dinámico que será el responsable de atraer al mundo empírico lo que formaba parte exclusivamente del mundo teórico. El paso del deber ser (invalidez teórica) al ser (ineficacia práctica) no puede llevarse a cabo sin el impulso del elemento dinámico²⁰ (anulación) que será, en todo caso, una resolución de una autoridad administrativa o judicial declarativa de la invalidez del acto. La anulación supone la prueba definitiva de la total independencia entre validez y eficacia. Mientras el acto no sea declarado inválido, éste va a seguir produciendo efectos²¹.

Con las notas identificadoras dadas hasta ahora sobre el concepto anulación, podemos definir ésta como el acto jurídico-público -administrativo o judicial- que declara con carácter imperativo y *erga omnes* la invalidez originaria del acto²² como presupuesto necesario para su expulsión del mundo jurídico. Este

¹⁸ S. VASTA, *Convalida e vizzi sostanziali: una ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto Pubblico*, n. 3, 2014, 957.

¹⁹ A. CORPACI, *Osservazioni minime sulla nullità del provvedimento amministrativo e sul relativo regime*, in *Rivista Diritto Pubblico*, n. 2, 2015, 680.

²⁰ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, pp. 155 y 162 y M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, 58.

²¹ Así lo reconocía ya el maestro alemán O. MAYER, *Tratado de Derecho Administrativo Alemán, Tomo I*, (traducción del francés *Le droit administratif allemand*, por H. HEREDIA y E. KROTOSCHIN), Buenos Aires, 1949, p. 131 y 132: “Hasta que se anule es menester reconocerle efectos... La invalidez no es más que un motivo para declarar la ineficacia: no es en sí misma la ineficacia”.

²² T. CANO CAMPOS, *Validez e invalidez de los actos administrativos: teoría general en Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo II, Valencia, 2017, 1919.

pronunciamiento declarará, mediante un acto de la autoridad competente, una realidad jurídica anterior a la impugnación del acto.

En relación con la eficacia del acto declarado inválido, parece claro que, desde el momento de su declaración por la autoridad competente, éste va a dejar de producir efectos. En relación con los efectos que ya ha producido, si nos ceñimos al principio estricto de legalidad, lo lógico será que se eliminen para conseguir así reestablecer el orden jurídico viciado por el acto inválido. Sin embargo, la práctica jurídica nos muestra diariamente que la realidad dista mucho de ser así. Y esto se debe a que los efectos producidos por el acto inválido son protegidos en ocasiones por el ordenamiento jurídico en virtud de principios generales del derecho como la buena fe, la confianza legítima, los derechos adquiridos, la seguridad jurídica o la continuidad de los servicios públicos, entre otros. Por supuesto, todos estos principios están incluidos en la legalidad, pero no una legalidad estricta referente a la adecuación de los actos con la norma sino de una legalidad amplia y más compleja que será la que entra en juego a la hora de declarar esa invalidez²³. En definitiva, la autoridad administrativa o judicial tendrá que valorar caso por caso los efectos producidos por el acto inválido a la luz de los principios citados y decidir sobre la revocación de los efectos producidos o su mantenimiento.

2.4. Eficacia

Por último, en nuestro afán de clarificar los conceptos propios de la teoría de la invalidez aterrizamos en el más controvertido de todos ellos, la eficacia. O, mejor dicho, la ineficacia, que no adquiere tanta importancia si se analiza de forma aislada, pero que constituye el centro del debate cuando entra en con la invalidez. La confusión histórica²⁴ acerca de estos conceptos es, tal vez, el principal motivo por el cual las doctrinas española e italiana se han preocupado especialmente por la creación de una teoría invalidez de los actos administrativos que intentara aclarar el panorama. Y esto porque de la relación entre la validez y la eficacia depende toda la operatividad de la teoría de la invalidez, puesto que supone el tránsito del deber ser al ser o, dicho de otro modo, del mundo teórico al mundo empírico.

Como todo lo relativo a la teoría de la invalidez de los actos, la confusión entre invalidez e ineficacia también trae causa en el derecho privado²⁵. En la

²³ T. CANO CAMPOS, *El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse*, en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, Madrid, 2017, 63.

²⁴ Buena prueba de esta confusión y de la importancia que tiene la distinción entre invalidez e ineficacia para la ciencia jurídica la encontramos en la obra de uno de los grandes maestros de la ciencia jurídica que ya afrontaba esta problemática a sabiendas de su trascendencia. Vid. H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado* (traducido al castellano por E. GARCÍA MÁYNEZ), México DF, 1979, pp. 34, 141 y 143.

²⁵ V. CERULLI IRELLI, *Invaldità ed inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)*, in *Rivista Diritto Pubblico*, n. 1, 2015, 205.

teoría del negocio jurídico, la doctrina no ha terminado de diferenciar el plano del deber ser y el del ser de forma categórica, e incluso ha considerado la nulidad o anulabilidad como regímenes de ineficacia y no de invalidez.

Sin embargo, ha sido en el campo del derecho administrativo donde más esfuerzos se han venido haciendo para tratar de distinguir estas figuras precisamente porque la trascendencia práctica y la peculiaridad del acto administrativo así lo han exigido²⁶.

La necesidad de distinguir invalidez de ineficacia se presenta como una cuestión capital, puesto que nadie puede negar que, en ocasiones, un acto administrativo válido es totalmente ineficaz y viceversa, un acto inválido produce efectos jurídicos. Ejemplos de la primera situación son los supuestos de eficacia demorada, la suspensión de un acto, el acto dictado pero no notificado o la pérdida de su eficacia por circunstancias sobrevenidas. Y un ejemplo de acto inválido pero eficaz lo constituye la técnica de la convalidación por la cual se protegen efectos creados por un acto inválido²⁷. En efecto, la convalidación no remedia la invalidez, sino que bloquea la posibilidad de discutir los efectos generados por un acto inválido. Consideramos que la convalidación debe entenderse desde una doble perspectiva: hacia el futuro, consiste en el dictado de un nuevo acto válido que sustituye al anterior corrigiendo sus vicios de invalidez, y hacia el pasado, como una técnica consolidadora de la eficacia producida por un acto originariamente inválido. El carácter originario y estático de la invalidez hace imposible que un acto inválido pueda convertirse posteriormente en válido.

Resulta evidente que validez y eficacia operan en diferentes planos y, sin embargo, la confusión histórica entre ambas es igual de evidente. Parece que el origen de la confusión se encuentra en el ideal jurídico de que el negocio inválido no debe ser eficaz, y de esta afirmación se pasa a que el negocio inválido es ineficaz con lo cual, ambos conceptos han quedado erróneamente identificados el uno con el otro²⁸. El inocente equívoco entre el ser y el deber ser ha sembrado un panorama lleno de incoherencias que obligan a la doctrina a trabajar en deshacer el caos en que ha vivido la teoría de la invalidez. El acto inválido debería ser eficaz, pero la realidad nos indica que, dada la presunción de validez de los actos, el acto inválido produce efectos jurídicos²⁹.

²⁶ M. S. GIANNINI, "Atto amministrativo" en *Encyclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, 191. "La validità del provvedimento amministrativo sta su piano diverso da quello dell'efficacia: l'invalidità non produce inefficacia, sino a che non è dichiarata da un'autorità a ciò competente" y "Ma se nessuno dichiarerà l'invalidità, il provvedimento invalido seguirà a restare efficace, sino a che non sopravvenga un fatto giuridico estintivo".

²⁷ C. CHINCHILLA MARÍN, *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1989, 371, quien considera la convalidación como "una técnica en virtud de la cual el ordenamiento jurídico potencia la conservación del acto, prevaleciendo el criterio de la eficacia sobre el de la hipotética invalidez".

²⁸ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, 160.

²⁹ G. MORBIDELLI, *Della "triplice" forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Rivista Diritto*

Consecuencia de lo anterior, la eficacia o ineficacia de un acto es una realidad empírica³⁰, y por ello constatable con la mera comprobación de si un acto ha modificado el mundo jurídico o fáctico -eficacia- o no -ineficacia. Si la eficacia es un dato empírico, debemos plantearnos cuál es su fundamento. Como venimos diciendo, es independiente de la validez, por lo que debemos descartar que el presupuesto de la eficacia es la validez del acto. En nuestra opinión, el presupuesto de la eficacia es la perfección del acto³¹, es decir, la existencia del mismo con la apariencia mínima³² para acogerse a la presunción de validez -que no tiene porqué ser validez- de los actos administrativos. No quiere decir que todos los actos desde su perfección produzcan efectos, pues no existirían la perfección y la eficacia como conceptos diferentes, sino que, desde el momento de la perfección, el acto está capacitado para producir efectos, independientemente de su validez. Así lo establece el artículo 39.1 de la Ley española de procedimiento administrativo cuando reconoce que “*los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten*” y los artículos 21.bis, 21.ter y 21.quater de la ley de procedimiento italiana referidos también a la eficacia, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

Podríamos definir la eficacia como los efectos producidos por el contenido de un acto jurídico que provoca una modificación del mundo jurídico o de los hechos³³. Por el contrario, la ineficacia es la no producción de efectos de un acto jurídico en el mundo jurídico o fáctico. Reconociendo la simplicidad de las definiciones creemos, en cambio, que están cargadas de corrección y trataremos de desarrollar el concepto de ineficacia ciñéndonos a su carácter práctico.

Precisamente por su carácter empírico no podemos estar de acuerdo con la idea que defiende parte de la doctrina española e italiana³⁴, según la cual el acto

Publico, n. 2, 2015, p. 663, S. TUCCILLO, *L'invalidità del provvedimento e i riflessi sull'attività consensuale*, Napoli, 2009, 17, G. CORSO, *Validità* (voce) in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, 97.

³⁰ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, p. 159, M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, 58.

³¹ T. CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevinida de los actos administrativos*, Madrid, 2004, 175.

³² Esa “apariencia mínima” a que nos referimos parece que es a lo que se refiere M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 291, cuando considera que la eficacia del acto depende del “*giudizio di riconoscimento operato dai suoi destinatari*”. En nuestra opinión, no hace falta recurrir a conceptos tan abstractos, basta con acudir al legislador que reconoce la presunción de validez y eficacia de los actos administrativos por emanar éstos de un poder del Estado como es la Administración Pública.

³³ T. CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevinida de los actos administrativos*, Madrid, 2004, 171.

³⁴ En España, identifican la nulidad con la ineficacia, entre otros, J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid, 2002, pp. 249 y ss. y R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Cizur Menor, 2006, pp. 121 y 122, “*lo que sucede con los actos nulos, en donde la nulidad implica la ineficacia*”. Ambos autores, quizá por una traducción demasiado literal del derecho administrativo alemán, identifican la ineficacia lo que jurídicamente no es exigible, lo cual

ineficaz se identifica con el que no es exigible jurídicamente o no tiene la fuerza jurídica de obligar. Si hemos definido el acto inválido como una calificación que implica su desprotección por parte del ordenamiento jurídico, no podemos definir el acto ineficaz como aquel inexigible jurídicamente. La identidad entre una y otra definición es evidente e implica volver a caer en el error de identificar invalidez e ineficacia.

Decir que el acto nulo no produce efectos jurídicos constituye una afirmación radicalmente falsa puesto que la nulidad -también la anulabilidad- es un grado de invalidez, como veremos más adelante. En efecto, el acto nulo deberá, potencialmente, acarrear la ineficacia, pero eso no es equivalente a decir que implica la ineficacia. Si esto fuera así, no sería necesaria una declaración formal de invalidez por la autoridad competente para poder hacer efectiva la ausencia de efectos. El acto nulo puede ser exigible y producir efectos³⁵. Estamos ante la ya denunciada confusión del plano del “deber ser” con el plano del “ser”.

La conexión entre ambos conceptos tiene lugar considerando la ineficacia como una sanción frente a un acto declarado inválido. Por lo tanto, la conexión entre la invalidez y la ineficacia requiere inevitablemente de una previa anulación del acto por la autoridad competente³⁶. En otras palabras, la ineficacia sólo es consecuencia de la invalidez cuando ésta sea declarada por la autoridad administrativa o judicial y el ordenamiento jurídico tenga previsto como sanción esa ineficacia del acto inválido. La anulación se convierte pues, en el nexo jurídico entre invalidez e ineficacia.

La ineficacia de un acto administrativo como sanción derivada de la previa declaración de su invalidez puede operar en dos momentos diferentes:

Cuando el acto declarado inválido aún no ha producido efectos, en cuyo caso la sanción de ineficacia opera como equivalente a la inexigibilidad jurídica del acto. Al ser expulsado el acto inválido del ordenamiento jurídico su contenido ya no es posible llevarlo a la práctica y ya no goza de la presunción de validez ni de la posibilidad de producir efectos.

Cuando el acto declarado inválido ya haya producido efectos. En este caso el contenido de la sanción de ineficacia exige la destrucción a posteriori de los efectos producidos por un acto presuntamente válido. El acto inválido no debería haber producido efectos, pero los ha producido amparándose en la pre-

es simplemente la definición de invalidez. Pero que un acto inválido produce efectos de hecho y modifica la realidad jurídica es indiscutible y hace evidente que invalidez e ineficacia son conceptos que operan en planos diversos como venimos demostrando.

En el mismo sentido, en Italia, E. GALLO, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1, 2017, 12/22.

³⁵ V. CERULLI IRELLI, *Invaldità ed inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)*, in *Diritto Pubblico*, n. 1, 2015, 210.

³⁶ M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, 56.

sunción de validez y, por ello, el ordenamiento jurídico, en ocasiones, exige su destrucción pues en teoría no debería haberlos producido³⁷.

En resumen, la conexión entre las categorías de invalidez e ineficacia sólo tiene sentido mediante la declaración formal de invalidez del acto (anulación) por la autoridad competente, en cuyo caso, puede conllevar la ineficacia para adecuar el “ser” al “deber ser” al que aspira el ordenamiento jurídico.

3. *La inexistencia como categoría extrajurídica*

Puede llamar la atención que, a estas alturas del artículo, todavía no haya aparecido el concepto “inexistencia”, sin embargo, hemos reservado este epígrafe para tratar una categoría jurídica que, tanto en España como en Italia, consideramos que es la principal fuente de confusión en la teoría de la invalidez de los actos jurídicos. Como trataremos de explicar a continuación, a nuestro modo de ver, la categoría de la inexistencia sólo tiene sentido en el ámbito de la teoría de la invalidez de los actos administrativos si se asimila por completo a la de nulidad de pleno derecho.

El concepto de inexistencia tiene su origen en la doctrina civilista francesa para buscar una salida a las vulneraciones más groseras y flagrantes de la ley que, sin embargo, no estuviesen previstas taxativamente en la misma³⁸. La inexistencia en el derecho privado -y por extensión- en el derecho público se presenta como un concepto metafísico y de contenido negativo. Lo que no es, no puede considerarse válido o inválido, simplemente permanece fuera de la esfera jurídica por lo que se mueve en un plano diferente -y previo- al de la invalidez. Parece complicado poder sancionar con la ineficacia algo que no existe. Este sería, en nuestra opinión, el único concepto de inexistencia defendible. Una inexistencia que no afecta al derecho, sino que es de carácter estrictamente material.

Ya en el derecho administrativo, la doctrina francesa acude a la figura de la inexistencia para superar dos obstáculos que se presentaron en la teoría de la invalidez del acto administrativo cuando éste presentaba vicios especialmente evidentes y graves. En primer lugar, el vencimiento de los plazos para interponer

³⁷ V. S. BACA ONETO, *La invalidez de los contratos públicos*, Cizur Menor, 2006, p. 43, T. CANO CAMPOS, *El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse*, en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, Madrid, 2017, 80 y 81.

³⁸ Con la publicación del Código Civil francés se planteó si el matrimonio entre personas del mismo sexo podría considerarse válido o no. Siendo rigurosos, no podría considerarse matrimonio nulo puesto que, según la regla “*pas de nullité sans texte*” no se contemplaba en dicho Código el matrimonio entre personas del mismo sexo. La solución que se acordó fue acudir precisamente a la categoría de inexistencia. Por extensión, se consideró útil la figura de la inexistencia para aquellos negocios jurídicos que carecieran de los requisitos esenciales. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 464.

recursos contra actos administrativos irregulares y, en segundo lugar, la separación entre la jurisdicción civil y la contenciosa³⁹.

El sistema francés plantea la inexistencia cuando el acto o negocio carece de alguno de ellos y no de todos. En este caso habrá una existencia defectuosa o una apariencia de acto o negocio del que podrá predicarse su invalidez y, en consecuencia, su ineficacia. Esta inexistencia sí tendrá un carácter jurídico, pero, a nuestro juicio, el concepto de inexistencia pierde su funcionalidad, pues hay existencia, aunque sea defectuosa. Por consiguiente, la inexistencia jurídica parece absolutamente inseparable de la categoría de nulidad -como respuesta a los vicios de mayor gravedad-, dejando la teoría de la invalidez con la clasificación gradual bipartita nulidad-anulabilidad.

Precisamente en esto está pensando el legislador italiano cuando dice “*e nullo il provvedimento che manda degli elementi essenziali*”. Este tipo de nulidad, que la doctrina ha tenido a bien en llamar “*nullità strutturale*”⁴⁰ sólo puede ser operativa si existe una mínima apariencia de acto -aunque incompleto-, pues de lo contrario, el acto no existiría y sobre lo que no existe no podemos plantearnos si es válido o inválido⁴¹.

No faltan voces en la doctrina española que reconocen la necesidad del concepto inexistencia, por ejemplo, para el único supuesto en que un acto administrativo carezca de requisitos elementales u obvios y, sin embargo, la norma no prevea la sanción de nulidad de forma expresa⁴². Otros autores creen que el concepto inexistencia es útil cuando faltan sólo alguno o algunos de los elementos esenciales del acto administrativo, pues en este caso hay una apariencia de acto administrativo y desplegará las consecuencias de un acto administrativo válido mientras no se declare lo contrario⁴³.

Consideramos que nada tiene que aportar la inexistencia al acto que ni siquiera tiene apariencia de acto administrativo, pues es absolutamente irrelevante para el derecho. Tampoco creemos que sea positivo reservar esta categoría a

³⁹ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, 257.

⁴⁰ G. MORBIDELLI, *Della “triplice” forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 2015, 668. El profesor identifica esta nulidad por falta de los elementos esenciales como “*nullità-inesistenza*”.

⁴¹ Interesante planteamiento del profesor M. A. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1949, 125, quien considera que la única forma de invalidez de los actos administrativos es la anulabilidad, puesto que un acto privado de sus elementos esenciales no es un acto administrativo porque no alcanza los niveles mínimos de apariencia de acto administrativo. Quizás este planteamiento pierde fuerza con la reforma del legislador italiano en 2005, quien ya introduce, junto con la anulabilidad, la categoría de la nulidad de pleno derecho.

⁴² E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Cizur Menor, 2015, 657.

⁴³ J. M. BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, 1993, 83 y ss.

los actos que carecen de sus elementos esenciales. Esta idea es defendible desde el punto de vista teórico, pero a la hora de trasladarla a la práctica pronto nos damos cuenta de que este tipo de inexistencia no se separa en nada de la nulidad de pleno derecho⁴⁴. Se fundamenta en la gravedad de la infracción del acto y requeriría de una decisión judicial para poner fin a su presunción de validez y despliegue de efectos jurídicos. Por lo tanto, no parece aconsejable, por coherencia y sistemática jurídica, mantener dos categorías que solo tienen de diferente el nombre, puesto que su régimen jurídico es idéntico⁴⁵.

Solamente podría justificar su utilidad la inexistencia desde el punto de vista material, es decir, cuando estemos ante la evidencia de que no hay acto administrativo. En definitiva, en situaciones límite, mínimas y del todo marginales⁴⁶. Por lo tanto, la utilidad del concepto pasa por ser absolutamente extrajurídico y empírico. En el momento que existe apariencia de acto, por mínima que sea, debemos considerarlo existente.

En conclusión, el fundamento de este planteamiento trae causa en el principio de presunción de validez de los actos administrativos que permite su eficacia independientemente de su validez o invalidez. Su mera apariencia es suficiente para desplegar eficacia, y será en todo caso necesario una declaración judicial para cesar sus efectos. Para las ilegalidades más graves el ordenamiento prevé la categoría excepcional de la nulidad de pleno derecho, para el resto la anulabilidad, y para las de escasa trascendencia, la irregularidad no invalidante. En este esquema, no tiene sentido añadir la categoría de inexistencia, pues no haría sino duplicar innecesariamente la función que cumple la nulidad de pleno derecho⁴⁷.

4. *La nulidad y la anulabilidad como únicas categorías invalidantes del acto administrativo*

Una vez descartada la inexistencia por su, a nuestro juicio, escasísima funcionalidad, aterrizamos por fin en los dos grandes conceptos a través de los cuales los legisladores español e italiano han vertebrado los vicios de invalidez de los

⁴⁴ S. TUCCILLO, *L'invalidità del provvedimento e i riflessi sull'attività consensuale*, Napoli, 2009, 27.

⁴⁵ R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Ed. 21ª, Madrid, 2014, pp. 100 y 101 y J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, 205.

⁴⁶ V. CERULLI IRELLI, *Invaldità ed inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)*, in *Rivista Diritto Pubblico*, n. 1, 2015, 205 y G. MORBIDELLI, *Della "triplice" forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Rivista Diritto Pubblico*, n. 2, 2015, 661 quien considera que La inexistencia queda relegada a supuestos marginales de "finalità scolastiche" o "ioci cause" o, simplemente, a supuestos en los que el acto administrativo es materialmente inexistente.

⁴⁷ En parecidos términos se pronuncia D. PONTE, *La nullità dell'atto amministrativo. Procedimento e processo*, Milano, 2015, 37. Quien solamente defiende la categoría de inexistencia para casos "di scuola o macroscopici" donde podría tener un sentido la distinción entre inexistencia y nulidad.

actos administrativos: la nulidad y la anulabilidad. Consideramos que tanto nulidad como anulabilidad son categorías procedimentales con regímenes jurídicos diversos que supondrán el cauce formal previsto por el legislador para declarar la invalidez del acto y lograr así su ineficacia. Por lo tanto, antes de entrar en el análisis de estos conceptos debemos diferenciarlos de la invalidez y la ineficacia.

La invalidez como calificación de una disconformidad entre el acto y el ordenamiento jurídico es una categoría jurídica unitaria que no admite graduaciones. Sin embargo, la ciencia jurídica ha creado técnicas procedimentales⁴⁸ para lograr la declaración formal de invalidez por parte de la autoridad competente en función del vicio invalidante presente en cada caso. La nulidad y la anulabilidad son, pues, técnicas procedimentales para obtener la invalidez de un acto. Por todo ello, podemos concluir que no existen grados de invalidez, sino grados de vicios de invalidez.

Exactamente igual, la ineficacia se configura como otra categoría unitaria que no admite graduaciones, puesto que se identifica con la no producción de efectos jurídicos. Lo que se busca con la declaración de invalidez, ya sea por la vía de la nulidad de pleno derecho o por la vía de la anulabilidad, es la expulsión del acto del ordenamiento jurídico para lograr así su ineficacia.

Ha sido, sin duda, en el campo del derecho privado donde nulidad y anulabilidad se han presentado como categorías antagónicas entre sí que se identifican como un “modo de ser” del acto jurídico y cuyos regímenes jurídicos son radicalmente opuestos. Sin embargo, en el campo del derecho administrativo, no han faltado opiniones contrarias a esta concepción de la nulidad y la anulabilidad. No consisten en “modos de ser” intrínsecos al acto administrativo inválido, sino que son mecanismos procesales que permiten a quien esté legitimado solicitar la anulación del acto y la eliminación de sus efectos⁴⁹.

A nuestro parecer, parece aconsejable olvidar la concepción material⁵⁰ de la nulidad o de la anulabilidad pues, si éstas fuesen un “modo de ser” del acto, éste no podría producir efectos y, sin embargo, los produce mientras no sea declarada su invalidez. Nulidad y anulabilidad se configuran en la teoría de la invalidez como técnicas procesales al servicio del interesado -el particular o la propia Administración- para eliminar sus efectos.

⁴⁸ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, 169, M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, 58 y T. CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevinida de los actos administrativos*, Madrid, 2004, 209.

⁴⁹ El pionero en esta novedosa y acertada concepción de la nulidad fue el profesor francés R. JAPIOT, *Des nullités en matière des actes juridiques: essai d'une théorie nouvelle*, París, 1909. Afirma que “*la nullité n'est point une manière d'être de l'acte*” o “*la nullité n'est pas in actu*” 285, configurando la nulidad como un “*droit de critique*” concluyendo que “*la nullité se traduit toujours par une attaque dirigée contre les conséquences d'un acte*”, 298.

⁵⁰ J. M. HERNÁNDEZ GALILEA, *La nueva regulación de la nulidad procesal: El sistema de ineficacia de la LOPJ*, Capellades, 1995, 39.

4.1. *El elemento diferenciador entre nulidad y anulabilidad*

Pese a que identificamos la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad como técnicas procedimentales, no podemos obviar que sus diferentes regímenes jurídico-procesales traen causa en un motivo material o de fondo. En efecto, son diferentes los vicios que el legislador considera que deben dar lugar a la nulidad del acto de los que acarrear anulabilidad. Precisamente del diverso contenido de los vicios puede deducirse el elemento diferenciador entre ambas categorías y, en consecuencia, de sus regímenes jurídicos. Antes de entrar a analizar esta cuestión, debemos reconocer el papel fundamental que en este momento juega el legislador pues, a fin de cuentas, él va a tener la última palabra en el momento de decidir qué vicios se encuadran en la nulidad y cuáles en la anulabilidad. Sin embargo, consideramos imprescindible reconocer denominadores comunes que identifiquen los supuestos de nulidad en contraposición a los de anulabilidad, independientemente de que éstos dependan de una voluntad legislativa que operará por motivos de oportunidad⁵¹. A nuestro juicio son tres los factores delimitadores fundamentales entre los vicios de nulidad y los de anulabilidad⁵²:

Es lugar común en la doctrina, tanto italiana como española, colocar como el primer criterio diferenciador entre los vicios de nulidad y los de anulabilidad el concepto de gravedad⁵³. Pese a que se trata de un concepto valorativo e intan-

⁵¹ Interesante reflexión en este punto nos ofrece F. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958, 314, pues considera que la diferencia entre los vicios de nulidad y de anulabilidad es una diferencia de grado y se basa en puntos de vista de oportunidad, otorgando importancia a las consideraciones de política jurídica para la efectiva distinción de las categorías en cada momento.

⁵² Pese a su origen en el derecho privado a raíz de los elementos esenciales del negocio jurídico, en derecho administrativo no han faltado adeptos, mayormente en la doctrina italiana donde destacamos por su importancia la figura de G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Tomo I, Milano, 1958, 302 y ss., que ha considerado que el criterio delimitador entre la nulidad y anulabilidad es la ausencia de requisitos esenciales o no en el acto o negocio jurídico. Se nos hace complicado aceptar esta “esencialidad” como factor diferencial puesto que definimos más arriba el acto inválido como aquel que contradice de forma grave el ordenamiento jurídico por violar alguna de sus normas o por carecer de algún requisito esencial exigido por éste. Si definimos así el acto inválido, en coherencia con nuestra construcción, la ausencia de un requisito esencial podrá determinar la invalidez tanto por vía de la nulidad de pleno derecho como por vía de la anulabilidad. Este criterio diferenciador, lejos de solucionar la cuestión que estamos tratando la complica aún más pues la determinación de qué elementos se consideran esenciales en el acto o el negocio jurídico no es una cuestión pacífica y añadiría aún más abstracción e indeterminación al asunto. Así lo entienden también, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti?* in *Diritto Pubblico*, n. 1, 2015, 261, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, 1970, 220.

⁵³ Entre la doctrina española, destacamos J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, 270, J. M. BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, 1993, p. 114, T. CANO CAMPOS, *La*

gible, nadie pone en duda que las causas de nulidad aglutinan las más graves violaciones del ordenamiento jurídico-administrativo, mientras que las menos graves constituirán simples vicios de anulabilidad. Como consecuencia de ello, la categoría de la nulidad de pleno derecho es tasada y tiene carácter excepcional, mientras que la anulabilidad, por el contrario, supondrá la regla general cuando el acto sea contrario al ordenamiento jurídico. Ahora bien, siendo la gravedad un concepto indeterminado y difícil de concretar, se configura como imprescindible para delimitar la nulidad de la anulabilidad, pero no es suficiente. Habrá que complementarlo con otros para tratar de afinar al máximo el tan ansiado criterio delimitador⁵⁴.

Conscientes de que la gravedad no es suficiente por sí misma para delimitar los vicios de nulidad de los de anulabilidad -pues en la práctica podemos encontrar violaciones verdaderamente graves que, sin embargo, constituyen supuestos de anulabilidad- debemos añadir a la gravedad otro concepto jurídico indeterminado, pero igualmente útil para fundamentar los vicios de nulidad. Así, la doctrina mayoritaria entiende que un vicio de nulidad debe constituir un atentado contra el orden público⁵⁵.

Pese a asumir que se trata de un concepto jurídico indeterminado, debemos acotar lo máximo posible este concepto pues, siendo indeterminado, no debe ser infinito. Partimos de una definición reciente de orden público proveniente de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Supremo español que entiende el orden público como “el conjunto de principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico” y, añade, “valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico”⁵⁶. En definitiva, el acto nulo, además de constituir una violación normativa, requiere también una violación de los principios inspiradores del sistema que atribuyen a la Administración Pública su poder de actuación⁵⁷.

invalidez sobrevinida de los actos administrativos, Madrid, 2004, 210, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Cizur Menor, 2015, 680 o J. F. ALENZA GARCÍA, *Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos*, Cizur Menor, 2017, 53.

Igualmente, entre la doctrina italiana, N. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Foro amministrativo*, TAR, 2004, 2766, S. TUCCILLO, *L'invalidità del provvedimento e i riflessi sull'attività consensuale*, Napoli, 2009, 27.

⁵⁴ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, 270, considera que “las divergencias surgen en el momento de materializar dogmáticamente esta diversa gravedad”.

⁵⁵ V. CERULLI IRELLI, *Invaldità ed inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)*, in *Diritto Pubblico*, n. 1, 2015, 209, entendiendo el orden público como “los principios jurídicos y éticos fundamentales”.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo español de 24 de enero de 2018, FD 5, (rec. 98/2017).

⁵⁷ R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4, 2017, 12/50.

Por lo tanto, a la gravedad del vicio como factor diferencial cuantitativo hemos de sumar la afección al orden público como elemento cualitativo que debe reunir, en nuestra opinión, dos exigencias fundamentales:

En primer lugar, el concepto de orden público exige que los intereses en juego sean de carácter general, es decir, que traspasen la frontera de los intereses particulares para amenazar el interés general⁵⁸. Conscientes de que el interés general es otro concepto jurídico indeterminado consideramos que, en este punto, basta considerar que el vicio del acto afecte más allá de los meros intereses individuales de sus destinatarios para poder considerarlo de orden público⁵⁹.

Y, en segundo lugar, el orden público exige que los intereses en juego excedan de la esfera de disponibilidad jurídica del individuo⁶⁰. Lo individualmente disponible nunca podrá ser objeto de nulidad de pleno derecho pues permanece en el ámbito de la libertad individual. Sin embargo, determinados vicios o infracciones no pueden quedar a la voluntad de disposición del individuo por constituir las bases de nuestro sistema jurídico. La nulidad de pleno derecho exige una afección al orden jurídico constituido como pilar del sistema.

La gravedad del vicio, su afección al interés general en contraposición a los intereses particulares en juego y que la materia vulnerada exceda de la esfera jurídica de lo individualmente disponible por considerarse básica para el funcionamiento armónico del sistema jurídico constituyen la terna de requisitos necesarios para calificar un vicio como nulo de pleno derecho⁶¹.

Por último, consideramos que los vicios que acarream nulidad de pleno derecho están relacionados con el contenido del acto o con el fondo de la decisión y no tanto con sus aspectos formales. Aun así, no podemos obviar que existen vicios de nulidad ajenos al contenido del acto, como son la ausencia de procedimiento -vicio formal- y el vicio de incompetencia -vicio subjetivo-. Matizaremos a continuación el alcance de estos vicios cuya operatividad está, en la mayoría de los supuestos, conectada con la corrección del contenido del acto.

En relación con el vicio procedimental, especialmente ilustrativo es el caso italiano. En efecto, el artículo 21-octies de la legge n. 241/1990, de 7 de agosto, confirma esta idea, pues sólo prevé la anulabilidad del acto -nunca la nulidad de pleno derecho- por un vicio procedimental cuando su contenido hubiera podido ser diverso de haberse respetado el procedimiento⁶².

⁵⁸ T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, 1970, 222.

⁵⁹ A. CORPACI, *Osservazioni minime sulla nullità del provvedimento amministrativo e sul relativo regime*, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 2015, 682.

⁶⁰ T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, 1970, 223 y 224.

⁶¹ Más allá llega E. GALLO, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1, 2017, 5/22, quien considera que la institución de la nulidad está prevista, no tanto para salvaguardar la relación entre la Administración y los administrados, sino para salvaguardar y garantizar la corrección de la actividad misma de la Administración Pública como poder del Estado.

⁶² El artículo 21-octies.2 de la legge n. 241/1990, de 7 de agosto, de procedimiento admini-

En el caso español, pese a reconocer el legislador la ausencia total y absoluta de procedimiento como motivo de nulidad, es prácticamente imposible encontrar en la jurisprudencia una declaración de nulidad de un acto administrativo basado exclusivamente en un vicio de procedimiento si su contenido hubiera permanecido idéntico de haberse respetado escrupulosamente las formas. Esta solución parece la más acertada si se atiende a los principios de economía procesal y seguridad jurídica, entre otros.

Además, por si esto fuera poco, tanto en el sistema español como en el italiano, los vicios formales de escasa transcendencia no tienen ni tan siquiera eficacia anulatoria, constituyendo las ya citadas irregularidades no invalidantes⁶³. Esta realidad tiene su causa en el carácter instrumental de la forma al servicio de la corrección del contenido del acto⁶⁴.

Algo parecido ocurre con el vicio de incompetencia absoluta, causa histórica de nulidad por antonomasia tanto en derecho español -incompetencia manifiesta- como en derecho italiano -difetto assoluto di attribuzione-. La competencia debe entenderse como un requisito previo⁶⁵ constituido por la atribución de funciones, la habilitación legal y la potestad conferida a un sujeto de la Administración para que actúe cuando concurren los elementos de hecho previstos en la norma⁶⁶. La competencia se identifica, por tanto, con el elemento subjetivo del acto administrativo, por consiguiente, el vicio de incompetencia no es un vicio de carácter formal, sino subjetivo. Sin embargo, por idénticas razones a las aducidas en el vicio de procedimiento, no es sencillo encontrar pronunciamientos administrativos o judiciales que declaren la nulidad de un acto por haber sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente si su contenido se ajusta plenamente a la legalidad objetiva.

En definitiva, el fundamento de la nulidad será siempre salvaguardar la corrección del contenido final del acto administrativo. Sólo se preocupará de

strativo italiana determina que “non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

⁶³ S. TUCCILLO, *L'invalidità del provvedimento e i riflessi sull'attività consensuale*, Napoli, 2009, 44. Analizando el artículo 21. octies de la ley de procedimiento italiana referida a los vicios de anulabilidad e irregularidades no invalidantes considera que dichos vicios tienen como fundamento el principio de irrelevancia -irregularidades no invalidantes- o violaciones normativas relativas a la forma o al procedimiento administrativo.

⁶⁴ Interesante reflexión realiza al respecto la profesora M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, 117, para quien “*la forma, como tantas veces se ha dicho, tiene un valor meramente instrumental, en sí misma carece de valor. Por ello sólo es necesaria cuando resulte imprescindible para asegurar la consecución de una determinada finalidad*”.

⁶⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Cizur Menor, 2015, 680 a 683.

⁶⁶ Es gráfica la definición italiana de incompetencia absoluta o “*difetto assoluto di attribuzione*” que equivale a “*l'ipotesi in cui l'Amministrazione assume di esercitare un potere che, in realtà, nessuna norma le attribuisce*”. Vid. Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 noviembre 2015, n. 5228 o TAR, Sez. I, Potenza, 6 julio 2017, n. 475.

aspectos formales, en tanto en cuanto éstos pueda incidir de forma directa en la decisión propia de la Administración y, en consecuencia, pueda suponer una merma en los derechos de los administrados.

Son precisamente estas diferencias entre los vicios de nulidad y de anulabilidad -gravedad, afección al orden público y repercusión en el contenido del acto- las que provocan que el régimen jurídico-procesal de la nulidad y la anulabilidad varíe. Debemos mantener al margen el histórico antagonismo nulidad-anulabilidad que nos proporcionó el derecho privado⁶⁷ ya que, como hemos visto, la nulidad o la anulabilidad no son un modo de ser del acto, sino técnicas procesales al servicio de la correcta actuación de la Administración Pública.

Estas diferencias provocan que el régimen procesal de la nulidad sea más ventajoso o privilegiado para lograr la expulsión del acto jurídico que el régimen procesal del acto anulable que, contraviniendo igualmente el ordenamiento jurídico, esta contravención no pondrá en jaque sus principios o instituciones esenciales. Este régimen procesal privilegiado se materializa, tanto en el derecho administrativo español como en el italiano, principalmente, en la posibilidad de enjuiciamiento de oficio por la propia Administración de los actos nulos⁶⁸. Además, se amplía la legitimación para solicitar la revisión del acto nulo respecto del anulable, se reconoce la imprescriptibilidad de la acción de nulidad⁶⁹ frente a la prescriptibilidad de la acción de anulabilidad y, por último, se configura un régimen privilegiado de suspensión de la eficacia del acto nulo impugnado que no existe para el acto meramente anulable.

El motivo de la diferenciación de las técnicas es, como venimos afirmando, la naturaleza del vicio. En los vicios que dan lugar a la nulidad primará la legalidad sobre la seguridad jurídica, mientras que en los vicios de anulabilidad primará la seguridad jurídica sobre la legalidad.

Sin entrar en el análisis del régimen jurídico-procesal de la nulidad y la anulabilidad en España e Italia, pues bien daría para otro artículo, queremos enfatizar la idea de que el uso de una u otra técnica procesal dependerá de la naturaleza del vicio, pero no implicará consecuencias empíricas diferentes. Son dos técnicas al servicio de la legalidad de la actuación administrativa y ambas tienen por

⁶⁷ Según el derecho privado, la nulidad se caracteriza por ser ineficaz “*ab initio*” y con efectos “*ex tunc*”, opera “*ipso iure*” y con efectos “*erga omnes*”. Además, los actos nulos no son en ningún caso convalidables y la acción para hacer valer la nulidad es imprescriptible. En este sentido, véase G. MORBIDELLI, *Della “triplice” forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Rivista Diritto Pubblico*, n. 2, 2015, 659. De la anulabilidad, por el contrario, se predica su ineficacia desde el momento en que es declarada, es una ineficacia “*ex nunc*” y con efectos “*inter partes*”. En cuanto a la acción tiene un plazo de prescripción, pasado el cual ya no se puede hacer valer la invalidez del acto. Por último, los actos anulables se consideran siempre convalidables. Véase J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, 89 y 90.

⁶⁸ Se realiza un estudio pormenorizado de la revisión de oficio de los actos administrativos en J. F. ALENZA GARCÍA, *Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos*, Cizur Menor, 2017, *in totum*.

⁶⁹ *Ibidem*, 83.

objetivo lograr expulsar del mundo jurídico los actos que la vulneren y destruir sus efectos siempre que, ponderando los intereses en juego, no sea más gravoso eliminarlos que mantenerlos.

Como conclusión traemos a colación una reflexión del jurista francés LUZTESCO que, tratando de restar importancia a las diferencias entre nulidad y anulabilidad, establecía que “no debe creerse que las dos sanciones estén tan separadas una de otra. Y al respecto, basta mencionar que ambas tienen por fin alcanzar el mismo resultado: la destrucción completa y retroactiva de las consecuencias jurídicas estructuradas en las cláusulas del contrato, a excepción de las situaciones adquiridas que de alguna manera hagan inoperante la acción”⁷⁰.

5. Conclusiones

Primera.- La teoría de la invalidez de los actos administrativos es una materia que se presenta idónea para el debate doctrinal dadas los múltiples puntos de vista sobre los que puede ser abordada y la abstracción de sus categorías. En nuestra opinión, la primera idea fundamental de la que debe partir esta teoría es de una absoluta independencia entre validez y eficacia. Es decir, de la admisión de que no solo el acto anulable, sino también el acto nulo, pese a su invalidez va a producir efectos jurídicos por la presunción de validez y eficacia de la que gozan los actos administrativos tanto en España como en Italia. En otras palabras, diferenciar entre el “deber ser” y el “ser”.

Segunda.- Consideramos que la categoría de la inexistencia debe mantenerse al margen en la teoría de la invalidez de los actos administrativos. Si bien históricamente ha podido ser útil en los sistemas jurídico-administrativos que no reconocían la nulidad junto a la anulabilidad como técnicas invalidantes, hoy, tanto en España como en Italia, las leyes de procedimiento reconocen expresamente la categoría de la nulidad. En definitiva, la categoría de la inexistencia no tendría sentido como categoría autónoma, y sólo podría tenerlo si se equipara totalmente a la de la nulidad.

Tercera.- La nulidad y la anulabilidad consideramos que deben entenderse como técnicas procesales al servicio de la legalidad de la actuación de la Administración Pública. Tanto el sistema español como el italiano optan por dos técnicas en función de la gravedad y de la afcción o no al orden público. Para las infracciones más graves, de forma excepcional y tasada, se prevé la categoría de la nulidad, y la anulabilidad queda como técnica residual para todas aquellas infracciones con trascendencia invalidante. Por ello, la nulidad tiene un régimen procesal más ventajoso -mayor plazo de impugnación y posibilidad de revisión de oficio- para lograr la expulsión y remoción de los efectos de los actos nulos.

⁷⁰ G. LUZTESCO, *Teoría y práctica de las nulidades*, (traducción por M. ROMERO SÁNCHEZ y J. LÓPEZ DE LA CERDA, México, 1978, 240.

Abstract

Observations concerning the theory of invalidity of administrative acts in Spain and Italy

by Alberto Picón Arranz

The theory of the invalidity of administrative acts is one of the subjects that generates most debate among the specialized doctrine. Throughout this article we will try, analyzing the Spanish and Italian doctrine, to defend a theory of invalidity that starts from the absolute separation between validity and efficacy. We will analyze the term “non-existence” by considering its real meaning at present and, we will end with an analysis of the two invalidating categories contemplated by the Spanish and Italian legislators: nullity and annullability.

Parole chiave: atti amministrativi, invalidità, annullabilità, nullità

Keywords: administrative acts, invalidity, nullity, annullability

Il *waste management* tra normativa dell'Unione europea ed italiana. La (termo) valorizzazione nella gerarchia dei sistemi di gestione dei rifiuti

di Cristiano Bevilacqua

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il quadro normativo generale dell'Unione europea in materia di gestione dei rifiuti. – 3. La scelta dello smaltimento nella normativa italiana dopo la direttiva 2000/76/CE e la direttiva 2008/98/CE – 4. Economia circolare e gestione dei rifiuti. – 5. Inceneritori e coinceneritori come impianti strategici tra “Sblocca Italia” e Corte di Giustizia CE: una gerarchia dei sistemi di gestione dei rifiuti (ma non troppo) – 6. Conclusioni. Verso una concreta strategia nazionale per la gestione dei rifiuti.

1. *Introduzione*

Il sistema italiano del *waste management* sta attraversando una delicata fase programmatica, specialmente per quanto riguarda la localizzazione degli inceneritori, anche per la presenza di un quadro normativo in ordine alla gestione dei rifiuti¹ farraginoso e contraddittorio, che determina la coesistenza di casi di eccellenza e di situazioni amministrative ancora inadeguate rispetto agli obiettivi di tutela dell'ambiente previsti dalla normativa comunitaria.

Gli interventi legislativi varati in tale ambito, tra cui rileva il cd decreto “Sblocca Italia”, avrebbero dovuto in qualche modo costituire una forma di razionalizzazione della disciplina del trattamento dei rifiuti mediante i cd “termo-valorizzatori”, per favorire un'integrazione di questa soluzione tecnico-gestionale nel sistema globale di *waste management*.

In realtà, le scelte legislative adottate sino ad ora hanno prodotto una rilevante incertezza interpretativa sulla portata di alcuni concetti – gli inceneritori come forma residuale di smaltimento – ostacolando l'affermazione nel nostro Paese di una strategia moderna ed integrata di gestione dei rifiuti, come è richiesto dall'Europa.

¹ Sul tema del ciclo dei rifiuti la letteratura è ampia. A. BORZI, *La gestione dei rifiuti*, in M.A. SANDULLI, R. FERRARA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, 605-686; G. CERINA FERRONI (a cura di), *Produzione, gestione, smaltimento dei rifiuti in Italia, Francia e Germania tra diritto, tecnologia, politica*, Torino, 2014; M. P. CHITI, R. URSI (a cura di), *Studi sul Codice dell'ambiente*, Torino, 2009; S. MAGLIA, *Prima lettura su alcuni aspetti generali della parte IV: norme in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati*, in *Riv. Ambiente & Sviluppo*, Maggio, 2006, 5 ss.; P. DELL'ANNO, voce *Rifiuti* in *Dizionario di Diritto pubblico*, Milano, 2006, 5032 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, III ed., 2005; N. DE SADELER, *Rifiuti, prodotti e sottoprodotti*, Milano, 2006; G. GIOVE, *La tutela dell'ambiente nel ciclo dei rifiuti*, Milano, 2005; S. MAGLIA, P. PIPERE, *Rifiuti. Le norme e gli adempimenti*, Milano, 2005; A. BIANCO, *La disciplina giuridica della gestione del ciclo dei rifiuti*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2001; G. GIOVE, *La tutela dell'ambiente nel ciclo dei rifiuti*, Milano, 2005; L. COSTATO, L. PELLIZZER, *Commentario breve al codice dell'ambiente*, Padova, 2007.

A ciò si deve aggiungere anche la profonda eterogeneità normativa tra gli Stati membri dell'Unione europea, che mostrano differenze sensibili, sia per le modalità di gestione dei rifiuti, sia con riguardo all'assetto di *governance*, dando luogo ad una realtà complessa e articolata.

Si può ricordare, a titolo di esempio, che la Germania prevede un piano di prevenzione in materia di rifiuti di livello federale, mentre ciascun *Land* redige un proprio piano di gestione monitorandone l'applicazione.

La Francia ha riorganizzato la propria articolazione territoriale e ha trasferito alle Regioni la responsabilità dei piani di prevenzione e di gestione.

In queste esperienze amministrative, la pianificazione può essere statale o regionale, mentre la gestione è demandata alle entità locali, anche se a differenza dell'Italia, è previsto un coordinamento più efficace tra centro e periferie².

Se si esamina la vicenda italiana, emerge come le scelte operate dal legislatore nazionale in favore dei sistemi di incenerimento/coincenerimento dei rifiuti non si possano considerare conformi ai principi e agli obiettivi indicati dall'Unione europea in ordine alle priorità da garantire nella gestione dei rifiuti. Appare, quindi, necessario procedere ad una nuova razionalizzazione del sistema nazionale recuperando effettivamente i principi generali di matrice europea, posti a tutela dell'ambiente, rispetto a quelli settoriali introdotti dalla legislazione statale, nell'ottica dell'economia circolare richiamata dalla disciplina europea.

2. *Il quadro normativo generale dell'Unione europea in materia di gestione dei rifiuti*

La legislazione europea in tema di rifiuti è abbastanza recente. Agli inizi degli anni settanta sono stati redatti il 1° e il 2° *Programma di Azione della Comunità Europea* (rispettivamente per i quadrienni 1973-77 e 1978-1982) con lo scopo di orientare l'attività normativa ed amministrativa della Comunità Europea in base ad alcuni principi fondamentali, di derivazione internazionale, riguardanti la protezione della salute umana e dell'ambiente:

- il principio di prevenzione dell'inquinamento;
- il principio del "chi inquina paga"³.

² In proposito cfr. C. FELIZIANI, *Tendenze evolutive della legislazione in materia di ambiente e rifiuti tra diritto dell'Unione europea e diritti nazionali. Dall'assenza dell'Europa alla (quasi) scomparsa dello Stato*, in *Federalismi.it*, n. 22/2015.

³ Al riguardo vd. O. PORCHIA, *Le politiche dell'unione europea in materia ambientale*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, Tomo I, a cura di A. CROSETTI, R. FERRARA, C.E. GALLO, S. GRASSI, M.A. SANDULLI, Milano, 2014; M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2013; F. FRACCHIA, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*. Vol. I. *Principi generali*, a cura di E. PICOZZA, P. DELL'ANNO, Padova, 2012; A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI, G. GRECO, parte generale, Milano, 2007; 4, 707 ss.; J.

Il primo intervento che si è proposto di disciplinare lo smaltimento dei rifiuti a livello comunitario, tenendo conto di quanto definito dal 1° *Programma di Azione*, è stato rappresentato dalla direttiva quadro, 75/442/CEE, che contiene anche un inquadramento giuridico della nozione di rifiuto.

Questa direttiva è stata successivamente sostituita dalla direttiva 91/156/CEE, il cui scopo era quello di garantire una maggiore protezione ambientale ed offrire una definizione comunitaria di alcuni aspetti o fasi dell'attività di gestione dei rifiuti svolta dagli Stati membri, prevedendo in particolar modo:

- l'identificazione delle categorie dei rifiuti⁴;
- l'elenco delle operazioni di recupero e smaltimento attraverso l'utilizzo delle migliori tecnologie;
- l'obiettivo primario della riduzione della produzione dei rifiuti;
- il recupero di materia ed energia, anche se non in via principale;
- la promozione del riciclo e del riutilizzo delle materie prime/secondarie;
- la previsione dell'autosufficienza dello smaltimento dei rifiuti per ciascun Stato membro tramite i piani di gestione rifiuti;
- le procedure semplificate per il rilascio di autorizzazioni per il recupero dei rifiuti.

Nel 1992 il 5° *Programma di Azione* introduce il principio dello sviluppo sostenibile, definito per la prima volta nella Conferenza di Rio (Dichiarazione di Rio – giugno 1992).

L'idea che esprime questo principio riguarda il temperamento tra le esigenze dello sviluppo economico e quelle dell'ambiente, garantendo la conservazione delle risorse naturali anche per soddisfare i bisogni delle generazioni future. Le azioni da intraprendere sono in generale tutte quelle idonee ad intervenire sui comportamenti individuali e sui modelli di consumo della società.

In tale contesto, si deve richiamare la direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, che persegue principalmente due obiettivi: tutelare l'ambiente, sia in termini di prevenzione che di riduzione dell'impatto ambientale dell'imballaggio, e garantire il funzionamento del mercato interno, anche al fine di prevenire l'insorgere di ostacoli agli scambi intracomunitari e restrizioni alla concorrenza nella Comunità⁵.

La predetta direttiva, recepita in Italia con il decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152, è stata poi modificata dalla direttiva 2004/12/CE. Tra le modifiche rile-

SCHWARZE, *Rules and General Principles of European Administrative Law*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 3-4, 1219 ss.

⁴ Catalogo Europeo dei Rifiuti (CER), istituito con decisione della Commissione della Comunità Europea del 10/12/1993 (G.U.C.E. n. 5 del 07/01/1994).

⁵ In particolare, la direttiva istituisce misure destinate in via prioritaria ad impedire la generazione di rifiuti di imballaggio e, in secondo luogo, a promuovere il riutilizzo e il riciclaggio degli imballaggi, oltre ad altre forme di recupero dei rifiuti di imballaggio per ridurre lo smaltimento finale.

vanti si possono ricordare l'introduzione di nuovi obiettivi minimi di riciclaggio, una maggiore definizione del sistema per il reperimento dei dati annuali per valutare lo stato di attuazione della direttiva e la possibilità per gli Stati membri di incoraggiare il recupero energetico, qualora sia da preferire al recupero dei materiali per motivi ambientali o in considerazione del rapporto costi/benefici.

Altra disciplina che si inserisce in tale campo è quella contenuta nella direttiva 1999/31/CEE, relativa alle discariche di rifiuti, che mira ad una progressiva riduzione del conferimento dei rifiuti biodegradabili in discarica per diminuire le ripercussioni negative sull'ambiente, in particolare sulle acque superficiali, sulle acque freatiche, sul suolo, sull'atmosfera e sulla salute umana. Altro obiettivo è quello di assicurare che i costi di smaltimento riflettano i costi reali dell'intera gestione della discarica, derivanti non solo dalla costruzione dell'impianto e dall'esercizio dello stesso, ma anche dalla fase della sua chiusura definitiva per un periodo di trenta anni⁶.

Sulla scia della precedente disciplina si pone la direttiva 2000/76/CE sull'incenerimento dei rifiuti che si propone di prevenire o ridurre, per quanto possibile, l'inquinamento dell'atmosfera, dell'acqua e del suolo ed i relativi rischi per la salute umana, provocati dall'incenerimento e dal coincenerimento dei rifiuti.

Tale direttiva è tesa a colmare le lacune della previgente legislazione comunitaria e il suo campo di applicazione comprende l'incenerimento dei rifiuti urbani, dei rifiuti non pericolosi diversi da quelli urbani e dei rifiuti pericolosi (esclusi quelli disciplinati dalla direttiva 94/67/CE – oli usati e solventi). La disciplina in questione riguarda non solo gli impianti destinati all'incenerimento dei rifiuti, ma anche gli impianti di "coincenerimento", ossia gli impianti la cui funzione principale consiste nella produzione di energia, che utilizzano regolarmente o in via aggiuntiva i rifiuti come combustibile. La direttiva, peraltro, è anche intesa a favorire l'integrazione nella legislazione vigente dei progressi tecnici in materia di controllo delle emissioni ed a garantire il rispetto degli impegni internazionali assunti dalla Comunità in materia di riduzione dell'inquinamento, in particolare quelli concernenti la fissazione di valori limite per le emissioni di diossine, di mercurio, di polveri sottili e di altri inquinanti risultanti dalle operazioni d'incenerimento di rifiuti.

Nel 2008 è stata emanata l'importante direttiva 98/2008/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19/11/08, che stabilisce il quadro giuridico per il trattamento dei rifiuti all'interno dell'Unione europea, con particolare attenzione alla prevenzione e alla limitazione delle conseguenze negative della produzione e della gestione dei rifiuti⁷.

⁶ La direttiva discariche è stata recepita in Italia con il decreto legislativo 13 gennaio 2003, n. 36. In merito alla riduzione dei rifiuti biodegradabili in discarica, il decreto legislativo 36/2003 fissa le quantità massime di rifiuti urbani biodegradabili conferibili in discarica entro il 2018, prevede che possa essere conferito in discarica solo il rifiuto trattato (salvo specifiche esclusioni) e stabilisce che il rifiuto conferito in discarica deve avere un potere calorifico inferiore (P.C.I.) minore di 13.000 kJ/kg.

⁷ La direttiva in questione abroga le precedenti 75/439/CEE, 91/689/CEE e 2006/12/CE:

Questa direttiva ha introdotto degli elementi nuovi rispetto alla legislazione previgente: è stata stabilita una gerarchia del ciclo integrato dei rifiuti; sono stati previsti obiettivi di riduzione dei rifiuti per ogni Stato membro entro determinate date; si differenziano le attività di recupero da quelle di smaltimento; è stata introdotta la necessità di prendere in considerazione l'intero ciclo di vita del prodotto; è stata prevista la redazione di piani di prevenzione e di gestione del ciclo dei rifiuti.

Inoltre, la direttiva ha individuato specifici obiettivi di riciclaggio e di recupero, ha definito le nozioni di rifiuto e di sottoprodotto e ha indirizzato l'Unione europea verso la realizzazione di una *società del riciclaggio*, tramite l'utilizzo dei rifiuti come risorse.

Quest'ultimo aspetto emerge, in primo luogo, dai "considerando" 6, 8, 28 e 31, secondo i quali qualsiasi politica in materia di rifiuti deve prendere le mosse dalla riduzione al minimo delle conseguenze negative della produzione e gestione dei rifiuti per la salute umana e l'ambiente, promuovendo una corretta applicazione della gerarchia dei rifiuti che impone un ordine di priorità nella gestione degli stessi.

È stata prevista, tuttavia, la possibilità di discostarsi dall'ordine stabilito per flussi di rifiuti specifici, quando ciò è giustificato da motivi di fattibilità tecnica, praticabilità economica e protezione dell'ambiente

In particolar modo, l'ordine di priorità dei rifiuti è stato sancito dagli artt. 4, par. 1 e 2, 13 e 16, della direttiva *de qua*, ed è stato articolato nelle seguenti attività:

- a) prevenzione;
- b) preparazione per il riutilizzo;
- c) riciclaggio;
- d) recupero di altro tipo, per esempio il recupero di energia;
- e) smaltimento.

Inoltre, il secondo paragrafo dell'art 4 ha previsto che gli Stati membri possano, comunque, adottare misure volte a incoraggiare le opzioni che diano il miglior risultato ambientale complessivo e garantiscono che l'elaborazione della normativa e della politica dei rifiuti avvenga in modo pienamente trasparente, nel rispetto delle norme nazionali vigenti in materia di consultazione e partecipazione dei cittadini e dei soggetti interessati.

L'art. 13 invece ha stabilito che «gli Stati membri prendono le misure necessarie per garantire che la gestione dei rifiuti sia effettuata senza danneggiare la salute umana, senza recare pregiudizio all'ambiente e, in particolare:

- a) senza creare rischi per l'acqua, l'aria, il suolo, la flora o la fauna;
- b) senza causare inconvenienti da rumori od odori
- c) senza danneggiare il paesaggio o i siti di particolare interesse».

per un commento si veda F. GIAMPIETRO, *Commento alla Direttiva n. 2008/98/Ce sui rifiuti*, Milano, 2009; S. MAGLIA, M. V. BALOSSO, *Recepimento della Direttiva n. 2008/98/CE relativa ai rifiuti o adeguamento al Sistris?*, in *Amb. & Sviluppo*, 2010, 7, 614 e ss.

Quindi, la corretta applicazione di tale “*gerarchia*” implica l’obbligo per gli Stati membri di conseguire il miglior risultato ambientale complessivo, adottando le politiche che sono orientate all’autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti⁸ e riducendo il più possibile le ripercussioni negative sull’ambiente e la salute umana⁹.

Con particolare riferimento allo smaltimento dei rifiuti, la Corte di Giustizia ha chiaramente affermato che «l’articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2008/98, che stabilisce la gerarchia dei rifiuti quale dev’essere attuata nella normativa e nella politica in materia di prevenzione e gestione di rifiuti, non consente di concludere che si dovrebbe preferire un sistema che permetta ai produttori di rifiuti di provvedere personalmente al loro smaltimento. Al contrario, lo smaltimento dei rifiuti figura soltanto all’ultimo posto di tale gerarchia»¹⁰.

La materia è attualmente disciplinata dalla direttiva 2010/75/UE che contiene le norme riguardanti la prevenzione e la riduzione integrate dell’inquinamento proveniente da attività industriali. Tale direttiva contiene una disciplina analitica del settore, ma ciò che rileva maggiormente è l’imposizione del vincolo di utilizzo delle migliori tecnologie disponibili per gli impianti di smaltimento.

Giova ricordare, a tale proposito, anche quanto dichiarato nella *Proposta della Commissione Europea* di un Programma Generale di Azione dell’Unione in materia di ambiente fino al 2020, al punto 41 (e): «Dare piena attuazione alla legislazione UE in tema di rifiuti. Ciò richiederà anche l’applicazione della gerarchia dei rifiuti e un uso efficace degli strumenti e delle misure di mercato al fine di garantire che le discariche siano effettivamente dismesse, che il recupero energetico sia

⁸ Corte di Giustizia UE, 12.12.2013, in C-292/12, paragrafo 59.

⁹ Cfr. in proposito Corte di Giustizia UE, 15.10.2014, Sez. VI, in C-323/13, laddove, ai paragrafi 36 ss., precisa che «riguardo agli obblighi derivanti dall’articolo 4 della direttiva 2008/98, è sufficiente rilevare che, come emerge chiaramente dal paragrafo 2 di tale articolo, gli Stati membri devono, nell’applicare la gerarchia dei rifiuti prevista da tale direttiva, adottare misure appropriate per incoraggiare le opzioni che danno il miglior risultato ambientale complessivo. La stessa constatazione vale in merito all’articolo 13 della citata direttiva, che dispone che gli Stati membri devono prendere le misure necessarie per garantire che la gestione dei rifiuti sia effettuata senza danneggiare la salute umana, né recare pregiudizio all’ambiente. Orbene, una tale esigenza, letta alla luce del considerando 6 della stessa direttiva, secondo il quale l’obiettivo di qualsiasi politica in materia di rifiuti deve essere quello di ridurre al minimo le conseguenze negative della produzione e della gestione dei rifiuti per la salute umana e per l’ambiente, implica necessariamente l’obbligo per gli Stati membri di assicurarsi che i trattamenti a cui sono sottoposti i rifiuti permettano di ridurre il più possibile le ripercussioni negative sull’ambiente e sulla salute umana.

Alla luce di tali considerazioni, deve concludersi che gli articoli 1, paragrafo 1, 2, lettera h), e 6, lettera a), della direttiva 1999/31 nonché 4 e 13 della direttiva 2008/98 devono essere intesi nel senso che obbligano gli Stati membri ad adottare le misure necessarie affinché i rifiuti collocati a discarica che vi si prestano siano sottoposti ad un trattamento idoneo a ridurre il più possibile le ripercussioni negative di tali rifiuti sull’ambiente e sulla salute umana».

¹⁰ Corte di Giustizia UE, 18.12.2014, sez. VI, in C-551/13, par. 44.

limitato ai materiali non riciclabili, che i rifiuti riciclati siano usati come fonte principale e affidabile di materie prime nella UE (...)»¹¹.

Si può collegare alla direttiva 2010/75/UE anche il 7° *Programma di Azione in materia Ambientale* (P.A.A.), relativo al periodo 2010-2020, intitolato *Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta*, adottato con decisione 1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, in data 20 novembre 2013.

In stretta continuità con il precedente, il 7° *Programma d'Azione* fissa le priorità e gli obiettivi della politica ambientale comunitaria ed illustra le misure da intraprendere.

Oltre a richiamare i principi generali del settore, sono individuati 9 obiettivi prioritari, tra i quali emergono i seguenti:

- proteggere, conservare e migliorare il capitale naturale dell'UE;
- trasformare l'Unione in un'economia a basse emissioni di carbonio, efficiente nell'impiego delle risorse, verde e competitiva;
- proteggere i cittadini dell'Unione da pressioni e rischi d'origine ambientale per la salute e il benessere.

Il secondo punto è particolarmente importante per impostare la programmazione dei rifiuti a livello locale, in quanto nel documento viene ribadita la necessità di ridurre la produzione di rifiuti e di incrementare le raccolte differenziate allo scopo di ottenere sostanze di qualità utili al successivo riciclaggio. Si porta, a testimonianza della validità di questo progetto, la circostanza che in alcuni Paesi il tasso di riutilizzo e riciclaggio del rifiuto urbano ha raggiunto il 70%, dimostrando che la strada impostata con il precedente Programma d'Azione è non solo percorribile, ma da percorrere. L'obiettivo, quindi, è quello di progredire verso una "economia circolare" basata sul ciclo di vita, rimuovendo gli ostacoli alle attività di riciclaggio nel mercato interno dell'Unione e riducendo la quantità di rifiuti non riciclabili a percentuali estremamente basse¹².

Con riferimento alla situazione generale europea, la Commissione Europea ha recentemente criticato l'eccessiva dipendenza di alcuni Stati membri dall'incenerimento dei rifiuti e, pur rilevando come il recupero di energia dai rifiuti nell'UE sia pienamente in linea con gli obiettivi del piano d'azione per l'economia circolare e «sia pienamente coerente con la gerarchia dei rifiuti dell'UE», nondimeno, ha precisato che «... lo smaltimento, in discariche o tramite incenerimento, con un recupero di energia esiguo o nullo è di solito l'opzione meno favorevole ai fini della riduzione delle emissioni dei gas a effetto serra; viceversa, la prevenzione, il riutilizzo e il riciclaggio dei rifiuti offrono il maggiore potenziale di riduzione di tali emissioni»¹³. Quindi, al fine di scoraggiare la dipendenza

¹¹ Cfr. Commissione Europea (CE), 2012, *Vivere bene nei limiti del nostro pianeta*, in *Proposta di un programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente*, Bruxelles, 22.

¹² Cfr. punti 39 e 40, Allegato al 7° P.A.A.

¹³ Comunicazione COM(2017)/34 del 26.1.2017 della Commissione Europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni.

dall'incenerimento la Commissione ha previsto una serie di misure che vanno dall'incremento delle imposte sull'incenerimento all'introduzione di una moratoria sui nuovi impianti.

3. *La scelta dello smaltimento nella normativa italiana dopo la direttiva 2000/76/CE e la direttiva 2008/98/CE*

La direttiva 2000/76/CE è stata recepita con il d. lgs. 11 maggio 2005, n. 133¹⁴, consentendo all'Italia di adeguarsi al profondo cambiamento della disciplina sull'incenerimento dei rifiuti che la direttiva de qua indica nei suoi 34 "Considerando". In tale prospettiva, sono state superate le precedenti direttive e viene prevista, in base ai principi di prevenzione, riduzione integrale dell'inquinamento e precauzione, l'imposizione di limiti ai tetti nazionali di emissione per favorire la riduzione di determinate sostanze particolarmente pericolose

Successivamente, l'art 34 del d. lgs. n. 46 del 2014 ha dato attuazione alla direttiva "emissioni industriali" 2010/75/UE, abrogando il d. lgs. n. 133 del 2005 e trasferendo la disciplina degli impianti di incenerimento e coincenerimento all'interno del Codice ambientale (artt. 237 bis ss.)¹⁵.

Il quadro è stato completato dal recepimento della direttiva 2008/98 da parte del d. lgs. n. 205/2010, che ha modificato il d. lgs. 152/2006.

In particolare, il nuovo art 179, d. lgs. n. 152/2006, stabilisce che «*la gestione dei rifiuti deve avvenire nel rispetto della seguente gerarchia:*

- a) prevenzione;
- b) preparazione per il riutilizzo;
- c) riciclaggio;
- d) recupero di altro tipo, per esempio il recupero di energia;
- e) smaltimento.

La gerarchia stabilisce, in generale, un ordine di priorità di ciò che costituisce la migliore opzione ambientale. Nel rispetto della gerarchia di cui al comma 1, devono essere adottate le misure volte a incoraggiare le opzioni che garantiscono, nel rispetto degli articoli 177, commi 1 e 4, e 178, il miglior risultato complessivo, tenendo conto degli impatti sanitari, sociali ed economici, ivi compresa la fattibilità tecnica e la praticabilità economica»¹⁶.

¹⁴ D. lgs. 11 maggio 2005, n. 133, (in Gazz.Uff. 15 luglio 2005, n. 163, s.o. n. 122), denominato appunto *Attuazione della direttiva 2000/76/CE in materia di incenerimento dei rifiuti*.

¹⁵ Direttiva n. 2010/75/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, relativa alle emissioni industriali (prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento): cfr. in proposito A. QUARANTA, *Emissioni industriali: prime osservazioni sul d.lgs. n. 46/2014*, in *Amb. e Sviluppo*, 2014, 5, 365.

¹⁶ Per un commento si veda F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, 316: «nell'ordine di priorità delle azioni che devono

È rilevante sottolineare come la riforma del 2008 abbia comportato anche l'inserimento di una locuzione alla fine del comma 1 dell'art. 178, secondo cui rientra tra le finalità della gestione dei rifiuti anche quella di «preservare le risorse naturali»¹⁷.

Collegata alla precedente modifica anche la sostituzione del comma 2 dell'art. 179 in cui si indica che il riutilizzo, il riciclo e ogni altra forma di trattamento dei rifiuti attivabile per ottenere materie prime secondarie, sono prioritarie rispetto al recupero energetico¹⁸.

Il riconoscimento della priorità alle azioni di riutilizzo e riciclo dei materiali appare in sintonia con quanto indicato anche dalle successive disposizioni, tant'è che anche i nuovi artt. 181 e 181bis stabiliscono che le autorità pubbliche, competenti nella gestione dei rifiuti, debbono attivare in via prioritaria il recupero di materiali dai rifiuti e contestualmente adottare misure economiche per l'impiego dei materiali recuperati.

Proprio l'art. 181bis precisa quali rifiuti siano da considerare materie, sostanze e prodotti secondari, vale a dire ottenuti dalle operazioni di recupero dei rifiuti, indicando anche le modalità di esercizio delle attività di recupero, i canoni di qualità ambientale, i requisiti merceologici e le altre condizioni necessarie per l'immissione in commercio dei materiali recuperati, nonché gli standard richiesti per preservare l'ambiente e la salute umana da possibili rischi derivanti dall'uso di materie secondarie.

Infine, appare necessario ricordare le definizioni di “impianto di incenerimento” e di “impianto di coincenerimento” fornite dall'articolo 237-ter, lettere b) e c) del d.lgs. n. 152/2006:

per “impianto di incenerimento” s'intende «qualsiasi unità e attrezzatura tecnica, fissa o mobile, destinata al trattamento termico di rifiuti con o senza recupero del calore prodotto dalla combustione, attraverso l'incenerimento mediante ossidazione dei rifiuti, nonché altri processi di trattamento termico, quali ad esempio la pirolisi, la gassificazione ed il processo al plasma, a condizione che le sostanze risultanti dal trattamento siano successivamente incenerite...»;

per impianto di coincenerimento si definisce «qualsiasi unità tecnica, fissa

essere svolte (la c.d. gerarchia nella gestione dei rifiuti o, più correttamente, la gerarchia delle modalità di approccio alle problematiche ambientali generate dalla produzione dei rifiuti) vi è in primis la prevenzione con le attività ad essa riconducibili (preparazione per il riutilizzo, riutilizzo, riciclaggio e recupero) e, solo come ultima ratio, lo smaltimento».

¹⁷ Tale locuzione era riconducibile agli artt. 3 bis – 3 sexies, d. lgs. n. 152 ed in modo particolare al dettato dell'art. 3 ter sul principio dell'azione ambientale, in cui si richiama la necessità dell'intervento pubblico per tutelare l'ambiente e gli ecosistemi naturali: tuttavia, l'art. 178 è stato completamente riformulato dall'art. 2, d.lgs. 3 dicembre 2010, n. 205, ed è venuta meno questa previsione.

¹⁸ La precedente formulazione del comma 2 art. 179 prevedeva tra le altre misure che le pubbliche amministrazioni avrebbero dovuto mettere in essere per prevenire la produzione di rifiuti, quelle relative alle azioni di recupero, riutilizzo e riciclo dei rifiuti e il recupero energetico.

o mobile, la cui funzione principale consiste nella produzione di energia o di materiali e che utilizza rifiuti come combustibile normale o accessorio o in cui i rifiuti sono sottoposti a trattamento termico ai fini dello smaltimento, mediante ossidazione dei rifiuti, nonché altri processi di trattamento termico, quali ad esempio la pirolisi, la gassificazione ed il processo al plasma, a condizione che le sostanze risultanti dal trattamento siano successivamente incenerite».

4. *Economia circolare e gestione dei rifiuti*

In questi ultimi anni si è sentito spesso parlare di economia circolare, ma fino a quando non è stato pubblicato sulla gazzetta ufficiale dell'Unione Europea il *Pacchetto dell'Economia Circolare*, questo concetto è rimasto piuttosto astratto¹⁹.

Una delle prime definizioni dell'economia circolare è stata fornita dalla *Ellen MacArthur Foundation*, secondo cui si tratta di un «... termine generico per definire un'economia pensata per potersi rigenerare da sola. In un'economia circolare i flussi di materiali sono di due tipi: quelli biologici, in grado di essere reintegrati nella biosfera, e quelli tecnici, destinati ad essere rivalorizzati senza entrare nella biosfera»²⁰.

Quando si parla di economia circolare, allora s'intende un nuovo sistema economico progettato per riutilizzare i materiali nei vari cicli produttivi, cercando dove possibile di ridurre al massimo gli sprechi e gli scarti²¹.

Il modello attuale, basato su un sistema economico di tipo lineare, necessita di un superamento proprio perché, da un lato, non è più possibile fare affidamento sull'accessibilità illimitata a grandi quantità di risorse (alcune delle quali non sono rinnovabili), dall'altro lato, è diventato urgente provvedere a trovare una soluzione volta a reinserire nei vari cicli produttivi i vari materiali.

Tale nuovo processo deve essere in grado di «cogliere ogni opportunità di limitare l'apporto di materia ed energia in ingresso e di minimizzare scarti

¹⁹ Il tema ha ricevuto una diffusa considerazione anche nel documento conclusivo della Conferenza delle Nazioni Unite sullo Sviluppo Sostenibile svoltasi dal 20 al 22 giugno 2012 a Rio de Janeiro (c.d. "Conferenza Rio+20"), e nel successivo documento conclusivo del summit dei Capi di Stato tenutosi a New York dal 25 al 27 settembre 2015, dal titolo *Trasformare il nostro mondo. L'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*, adottato con la Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite A/RES/70/1 del 25 settembre 2015.

²⁰ ELLEN MACARTHUR FOUNDATION, *Towards the Circular Economy. Part 1 Economic and business rationale for an accelerated transition*, Isle of Wight, UK, 2012, in <https://www.ellenmacarthurfoundation.org/circular-economy/concept>. Per una delle prime concezioni di economia circolare cfr. W.R. STAHEL, *The Performance Economy*, Palgrave-Macmillan, London, 2006 (una seconda più ampia edizione è stata pubblicata nel 2010); R. CLIFT, J. ALLWOOD, *Rethinking the economy*, in *TCE: The Chemical Engineer*, London, 2011, Issue 837, p. 30.

²¹ Per una trattazione approfondita ed articolata del tema, si veda F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 163 ss.

e perdite, ponendo attenzione alla prevenzione delle esternalità ambientali negative e alla realizzazione di nuovo valore sociale e territoriale»²².

Questo modello implica una revisione di tutte le fasi di produzione dell'intera filiera dei vari cicli produttivi, puntando su un nuovo modo di fare economia e garantendo nuove possibilità lavorative.

Come accennato in precedenza, il 14 giugno 2018 è stato pubblicato il *Pacchetto Europeo sull'Economia Circolare*, che è formato da quattro direttive:

- 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;
- direttiva 2018/850, che modifica la direttiva 1999/31/CE sulle discariche;
- direttiva 2018/851, che modifica la direttiva 2008/98 sui rifiuti;
- direttiva 2018/852 sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio.

Il pacchetto stabilisce due obiettivi comuni per l'Unione europea.

Il primo è il riciclo di almeno il 55% dei rifiuti urbani entro il 2025; questa quota è destinata a salire al 60% entro il 2030 e al 65% entro il 2035.

Il secondo obiettivo è il riciclo del 65% dei rifiuti di imballaggi entro il 2025 (70% entro il 2030) con obiettivi diversificati per materiale.

A partire dal 2025, in tutta l'Unione Europea sarà obbligatoria la raccolta differenziata dei rifiuti di materiali organici da avviare al compostaggio. Obbligo esteso anche alla raccolta selettiva dei materiali tessili e di quelli pericolosi nei rifiuti domestici, come vernici, pesticidi, oli e solventi.

Viene anche dato un inizio di regolamentazione per il *Food Waste*, ovvero per gli alimenti destinati al consumo umano, commestibili o non commestibili, rimossi dalla catena di produzione o di approvvigionamento per essere scartati, nonché per la cosiddetta «responsabilità estesa del produttore», che implica che chi produce un bene abbia la responsabilità finanziaria e organizzativa per la gestione dei rifiuti derivanti dallo stesso prodotto.

In tema di prevenzione, il *Pacchetto Europeo sull'Economia Circolare* chiede agli Stati membri di adottare misure volte ad evitare la produzione di rifiuti, incentivando ad esempio l'utilizzo di prodotti efficienti sotto il profilo delle risorse durevoli, riparabili e riciclabili o la creazione di sistemi che promuovano attività di riutilizzo, ponendo l'accento anche sulla riduzione della generazione di rifiuti alimentari, nella produzione primaria, nella trasformazione, nella fabbricazione e nella vendita.

Il Pacchetto interviene contro gli sprechi alimentari, chiedendo agli Stati membri di ridurli del 30% entro il 2025 e del 50% entro il 2030, anche incentivando la raccolta dei prodotti invenduti e la loro redistribuzione in condizioni di sicurezza.

²² ELLEN MACARTHUR FOUNDATION, *Towards the Circular Economy. Part 1 Economic and business rationale for an accelerated transition*, cit.

Con particolare riferimento ai termovalorizzatori, il Comitato delle Regioni ha recentemente adottato un parere sul ruolo di tali impianti nell'economia circolare²³. Premettendo che il principio della gerarchia dei rifiuti costituisce un pilastro portante della politica e della normativa dell'UE in materia di rifiuti quale fattore chiave per la transizione all'economia circolare, il Comitato afferma che la termovalorizzazione dei rifiuti inevitabili e non riutilizzabili, effettuata in inceneritori ad alta efficienza, costituisce, a determinate condizioni, parte dell'economia circolare e svolge, in un gran numero di Stati membri e di regioni, un ruolo utile nel ridurre significativamente lo smaltimento in discarica dei rifiuti nel prossimo futuro.

5. *Inceneritori e co-inceneritori come impianti strategici tra "Sblocca Italia" e Corte di Giustizia CE: una gerarchia dei sistemi di gestione dei rifiuti (ma non troppo)*

La ricostruzione della disciplina nazionale relativa ai c.d. "termovalorizzatori", però, deve tenere conto di alcune innovazioni introdotte negli ultimi anni.

Nel 2014 è stato approvato il cosiddetto provvedimento "Sblocca Italia"²⁴, il cui art. 35 individua, quale soluzione strategica per la gestione dell'emergenza dei rifiuti, la creazione di nuovi impianti di incenerimento.

La citata disposizione prevede la possibilità di realizzare nuovi impianti che dovrebbero rappresentare infrastrutture e insediamenti strategici di preminente interesse nazionale, per attuare un sistema integrato e moderno di gestione di rifiuti urbani e assimilati, garantire la sicurezza nazionale nell'autosufficienza e superare e prevenire ulteriori procedure di infrazione per mancata attuazione della normativa europea di settore limitando il conferimento di rifiuti in discarica.

La relativa pianificazione, peraltro, è stata sottratta alla valutazione ambientale strategica (Vas), con riguardo agli impianti già esistenti.

L'art. 35, co. 1, decreto "Sblocca Italia", affida a un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni, le Province autonome di Trento e Bolzano, l'individuazione della capacità complessiva di trattamento di rifiuti urbani e assimilati degli impianti di incenerimento in esercizio, ovvero autorizzati a livello nazionale.

²³ PARERE DEL COMITATO EUROPEO DELLE REGIONI, *Il ruolo della termovalorizzazione nell'economia circolare* (2018/C 164/12), in Gazz. Uff. UE 8.5.2018 n. 164/73. Sul ruolo delle regioni nell'economia circolare M. MAGRI, *Regioni ed economia circolare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 6, 706.

²⁴ D.l. n. 133/2014, convertito in l. n. 164/2014: si veda A. QUARANTA, *Sblocca Italia e news ambientali: novità all'insegna di cosa?*, in *Amb. e sviluppo*, 2015, 1, 5; ID., *Il nuovo incenerimento dei rifiuti alla luce delle modifiche introdotte dallo #sbloccaitalia: aguzzate la vista ...*, in *Amb. e sviluppo*, 2015, 2.

Tale decreto è stato adottato il 10 agosto 2016²⁵. In particolare, l'art. 3, comma 1, elenca gli impianti di incenerimento dei rifiuti urbani e assimilati in esercizio, indicando la capacità di trattamento di ciascun impianto autorizzata e di quella relativa al trattamento dei rifiuti in questione, facendo rinvio ad un'apposita tabella (A) per individuare la capacità nazionale complessiva di trattamento degli impianti di incenerimento in esercizio al novembre 2015.

Il successivo art. 5, invece, stabilisce gli impianti da realizzare o da potenziare, tenendo conto della programmazione regionale per il fabbisogno residuo nazionale, come individuato nell'allegato II al dpcm, e indica anche le Regioni in cui costruire o potenziare gli impianti necessari a soddisfare il fabbisogno nazionale e le relative capacità.

L'art. 6 precisa che gli impianti individuati nelle tabelle allegate al dpcm costituiscono infrastrutture e insediamenti strategici di preminente interesse nazionale che *«realizzano un sistema integrato e moderno di gestione di rifiuti urbani e che garantiscono la sicurezza nazionale nell'autosufficienza del ciclo di gestione integrato dei rifiuti»*.

Dall'analisi delle disposizioni sopra indicate sembra che il legislatore nazionale abbia voluto attribuire a tali impianti la natura di insediamenti strategici e determinanti per la costituzione di un sistema efficiente di gestione dei rifiuti, nell'intento di aggirare il principio di gerarchia nella gestione dei rifiuti che, invece, pone l'utilizzo di tali impianti nella gestione dei rifiuti in posizione secondaria rispetto ad altre forme gestionali.

Infatti, con il decreto legislativo *de quo*, il legislatore nazionale avrebbe dovuto recepire non solo la disciplina, ma anche i principi dettati dalla normativa euro-unitaria in ordine alla gestione dei rifiuti, tra i quali assume un particolare rilievo il principio di gerarchia che – come già detto – comporta un ordine preciso di priorità gestionali, individuato, in prima istanza, nella prevenzione della produzione dei rifiuti, poi nella preparazione per il riutilizzo e, successivamente, nel riciclaggio, nel recupero, comprensivo anche del recupero di energia, e, infine, nello smaltimento.

Orbene la combustione dei rifiuti, anche mediante produzione di energia, è certamente una modalità di gestione che costituisce – giuridicamente – un'operazione di recupero o di smaltimento da parte di quegli impianti che elevano il rifiuto a bene utile per finalità produttive, ma certamente non si può considerare come lo strumento principale e determinante di un moderno sistema di gestione dei rifiuti.

Peraltro, la Corte di Giustizia ha chiarito che la combustione di rifiuti si può considerare un'operazione di recupero quando il suo obiettivo principale è quello di consentire ai rifiuti di svolgere una funzione utile, come mezzo per produrre energia,

²⁵ Individuazione della capacità complessiva di trattamento degli impianti di incenerimento di rifiuti urbani e assimilabili in esercizio o autorizzati a livello nazionale, nonché individuazione del fabbisogno residuo da coprire mediante la realizzazione di impianti di incenerimento con recupero di rifiuti urbani e assimilati.

e quindi soltanto se il loro utilizzo è preordinato ad un'autentica finalità produttiva²⁶.

Invero, lo scopo primario di un inceneritore di rifiuti urbani consiste nel trattamento termico ai fini della mineralizzazione degli stessi e non risulta finalizzato in modo precipuo al recupero di energia: infatti, la finalità principale è quella dello smaltimento dei rifiuti, mentre la produzione di energia è dimensione secondaria, utile, ma sempre secondaria²⁷.

Ciò implica che tutti gli inceneritori sono, comunque, impianti di smaltimento e devono collocarsi all'ultimo gradino della citata gerarchia.

Il nostro legislatore aveva inizialmente tenuto conto di questi principi europei, tanto che già nel d. lgs. n. 133/2005 ha definito:

- impianto di incenerimento «qualsiasi unità e attrezzatura tecnica, fissa o mobile, destinata al trattamento termico di rifiuti con o senza recupero del calore prodotto dalla combustione [...]», e

- impianto di coincenerimento «*qualsiasi unità tecnica, fissa o mobile, la cui funzione principale consiste nella produzione di energia o di materiali e che utilizza rifiuti come combustibile normale o accessorio*»²⁸.

Conseguentemente, il riferimento agli impianti di incenerimento si collega ad una tipologia di gestione dei rifiuti che, secondo il principio di gerarchia, dovrebbe essere considerata come ultima scelta tra quelle indicate; mentre il legislatore del 2014, assumendola come prioritaria, sembra violare le indicazioni della direttiva 2008/98/CE, per tutelare l'interesse nazionale all'autosufficienza nella gestione dei rifiuti.

Non deve sorprendere che, con riguardo alla compatibilità euro-unitaria delle predette disposizioni, il giudice amministrativo abbia deciso di rivolgersi alla Corte di Giustizia UE, per richiedere l'interpretazione del principio di gerarchia della gestione dei rifiuti e dell'ambito di applicazione della disciplina sulla valutazione ambientale strategica.

In particolare, due sono state le questioni pregiudiziali sollevate dal giudice di prime cure²⁹.

In primo luogo, è stato chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla conformità comunitaria della normativa interna, primaria e secondaria, di attuazione delle

²⁶ A. QUARANTA, *La Corte di Giustizia Ce su incenerimento di rifiuti e recupero energetico*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2003, 8; M.G. BOCCIA, *Chiarimenti giurisprudenziali in tema di incenerimento rifiuti e operatività della Direttiva 2000/76/Ce*, in *Amb. e Sviluppo*, 2009, 7, 609.

²⁷ Si veda in proposito Cons St., sez. V, 31-3-2014, n. 1541, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸ Tale definizione è stata integrata dal decreto "emissioni industriali", secondo cui «se il coincenerimento dei rifiuti avviene in modo che la funzione principale dell'impianto non consista nella produzione di energia o di materiali, bensì nel trattamento termico ai fini dello smaltimento dei rifiuti, l'impianto è considerato un impianto di incenerimento dei rifiuti»: cfr. d. lgs. n. 46, 4 marzo 2014, *Attuazione della direttiva 2010/75/UE relativa alle emissioni industriali (prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento)*, in *Gazz. Uff.* 27 marzo 2014, n. 72, S.O.

²⁹ TAR Lazio, Roma, Sez. I, ord. n. 4574, 24-4-2018, in www.giustizia-amministrativa.it

disposizioni contenute nella direttiva del 2008, posto che le previsioni di cui al decreto “Sblocca Italia”, che qualificano gli impianti di incenerimento quali infrastrutture e insediamenti strategici di preminente interesse nazionale per attuare un sistema integrato e moderno di gestione di rifiuti urbani e assimilati e garantire la sicurezza nazionale nell’autosufficienza, non apparirebbero rispettose del principio della gerarchia dei sistemi di gestione dei rifiuti.

Con la seconda questione pregiudiziale è stato domandato alla Corte di Giustizia se le disposizioni che prevedono la possibilità per il Presidente del Consiglio dei Ministri di adottare un decreto per rideterminare in aumento la capacità degli impianti di incenerimento in essere, nonché determinare il numero, la capacità e la localizzazione regionale degli impianti di incenerimento con recupero energetico di rifiuti urbani e assimilati, debbano soggiacere alla disciplina di valutazione ambientale strategica, così come prevista dalla richiamata direttiva 2001/42/CE³⁰.

In particolare, secondo le previsioni richiamate dal giudice remittente, il dpcm, potendo rientrare tra gli strumenti di adozione ai sensi dell’art. 2, lett. a), punto secondo, della direttiva 2001/42/CE, non sarebbe potuto sfuggire alla valutazione ambientale strategica, proprio perché, in base alle dichiarazioni dello stesso legislatore nazionale, in esso sono state effettuate valutazioni strategiche (computo del fabbisogno nazionale residuo e suo riparto tra macro-aree, potenziamento delle strutture già in essere, localizzazione regionale dei nuovi impianti), che peraltro sono state anche «... sottratte all’esame degli organi regionali e locali», così da far sorgere il dubbio di conformità eurounitaria di tali scelte amministrative, che non potranno «essere ridiscusse nei relativi piani attuativi, né rivalutate nelle eventuali procedure di V.A.S. regionali»³¹.

A tal proposito, è necessario ricordare che l’art. 2, lett. a), della direttiva VAS definisce piani e programmi quegli atti che soddisfano due condizioni cumulative: siano elaborati e/o adottati da un’autorità di livello nazionale, regionale o locale oppure predisposti da un’autorità per essere approvati, mediante una procedura legislativa, dal parlamento o dal governo; siano previsti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e, con particolare riferimento al termine “previsti”, si considerano tali e soggetti a valutazione ambientale i piani e i programmi la cui adozione sia disciplinata da disposizioni legislative o regolamentari nazionali, le quali determinino le autorità competenti per adottarli, nonché la loro procedura di elaborazione³².

³⁰ Direttiva 2001/42/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 giugno 2001, in *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* 21.7.2001, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull’ambiente.

³¹ Cfr. p. 52 ss., ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia.

³² Sentenza 7 giugno 2018, *Inter-Environnement Bruxelles e a.*, C 671/16, EU:C:2018:403, punto 37; secondo una giurisprudenza costante la nozione di «piani e programmi» si riferisce a qualsiasi

La Corte di Giustizia ha risposto alle questioni formulate dal giudice amministrativo italiano con una pronuncia di carattere interpretativo abbastanza articolata³³.

Il giudice europeo, nell'affermare preliminarmente che la gerarchia dei rifiuti costituisce un obiettivo, sottolinea comunque il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri, richiamando a tale riguardo l'art 4 della direttiva, laddove si prevede che «*gli Stati membri adottano misure volte a incoraggiare le opzioni che danno il miglior risultato ambientale complessivo. A tal fine può essere necessario che flussi di rifiuti specifici si discostino dalla gerarchia laddove ciò sia giustificato dall'impostazione in termini di ciclo di vita in relazione agli impatti complessivi della produzione e della gestione di tali rifiuti*».³⁴

Ciò premesso, le disposizioni italiane vengono "salvate", ovvero ritenute compatibili con i parametri europei, in virtù di un'interpretazione invero sin troppo generosa: infatti, si afferma che «... il fatto che una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, qualifichi gli impianti di incenerimento dei rifiuti come «infrastrutture e insediamenti strategici di preminente interesse nazionale», non significa che il legislatore nazionale abbia ritenuto di non seguire le indicazioni derivanti dal principio della «gerarchia dei rifiuti», quale previsto dalla direttiva 2008/98/UE»; inoltre, si ribadisce che il fatto che una normativa nazionale qualifichi gli impianti di incenerimento dei rifiuti come «prioritari» non può significare che le relative operazioni di trattamento siano dotate delle medesime qualità e, di conseguenza, che dette operazioni si vedano attribuire un qualsiasi grado di priorità rispetto alle altre operazioni di prevenzione e gestione dei rifiuti»³⁵.

Con riferimento alla seconda questione pregiudiziale, invece, la Corte assume un atteggiamento più rigoroso laddove stabilisce che «*secondo una giurisprudenza costante la nozione di «piani e programmi» si riferisce a qualsiasi atto che fissi, definendo norme e procedure di controllo applicabili al settore interessato, un insieme significativo di criteri e di modalità per l'autorizzazione e l'attuazione di uno o più progetti idonei ad avere un impatto notevole sull'ambiente*»³⁶; e tale interpretazione vale anche per la loro modifica³⁷.

atto che fissi, definendo norme e procedure di controllo applicabili al settore interessato, un insieme significativo di criteri e di modalità per l'autorizzazione e l'attuazione di uno o più progetti idonei ad avere un impatto notevole sull'ambiente: sentenze del 27 ottobre 2016, *D'Oultremont e a.*, C 290/15, EU:C:2016: 816, punto 49; 7 giugno 2018, *Inter-Environnement Bruxelles e a.*, C 671/16, EU:C:2018:403, punto 53, e 7 giugno 2018, *Thybaut e a.*, C – 160/17, EU:C:2018:401, punto 54.

³³ Corte di Giustizia UE (Sesta Sezione), sent. 8 maggio 2019, C 305/18, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&td=ALL&num=C-305/18>.

³⁴ Punti 29 e 30.

³⁵ Punti 33 e 34.

³⁶ CGUE sentenze 27 ottobre 2016, *D'Oultremont e a.*, C 290/15, EU:C:2016:816, punto 49; 7 giugno 2018, *Inter-Environnement Bruxelles e a.*, C 671/16, EU:C:2018:403, punto 53; 7 giugno 2018, *Thybaut e a.*, C – 160/17, EU:C:2018:401, punto 54

³⁷ In tal senso, CGUE sentenza 7 giugno 2018, *Inter-Environnement Bruxelles e a.*, C 671/16, EU:C:2018:403, punti 54 e 58.

Alla luce di ciò, è stato chiarito che l'incremento delle capacità di funzionamento degli impianti di incenerimento dei rifiuti doveva essere sottoposto alla disciplina sulla valutazione ambientale strategica, in quanto rientrante nella nozione ampia di "piani e programmi".

In buona sostanza, la Corte di Giustizia ha ribadito l'obbligatorietà della Vas ogni volta che un piano o un programma può avere effetti significativi sull'ambiente degli Stati membri, *«in quanto garantisce che gli effetti dell'attuazione dei piani e dei programmi in questione siano presi in considerazione durante la loro elaborazione e prima della loro adozione»*. Anzi, in questi casi, occorre effettuarla il prima possibile, affinché i suoi risultati possano ancora incidere su eventuali decisioni.

La considerazione maggiormente rilevante posta in essere dai giudici europei non attiene solo alla primaria funzione della valutazione ambientale strategica per la tutela della salute e dell'ambiente, ma anche alla sua natura di strumento di trasparenza e democrazia partecipativa. Al riguardo, afferma la Corte che la Vas è necessaria anche *«allo scopo di contribuire ad una maggiore trasparenza dell'iter decisionale nonché allo scopo di garantire la completezza e l'affidabilità delle informazioni su cui poggia la valutazione»*. Pertanto, in questi casi *«occorre stabilire che le autorità responsabili per l'ambiente ed il pubblico siano consultate durante la valutazione dei piani e dei programmi e che vengano fissate scadenze adeguate per consentire un lasso di tempo sufficiente per le consultazioni, compresa la formulazione di pareri»*.

Le posizioni assunte dalla Corte di Giustizia nella decisione suindicata appaiono contraddittorie, in quanto caratterizzate da una compresenza di elasticità e rigidità interpretativa nell'applicazione dei principi posti a fondamento del *waste management*: un approccio che non appare convincente, né idoneo ad assicurare certezza al sistema di gestione dei rifiuti.

In particolare, se diventa più elastico il ricorso al principio di gerarchia dei rifiuti, laddove nella sentenza si afferma che tale principio può essere discrezionalmente adattato dagli Stati membri, allo stesso tempo viene ribadito il carattere preventivo delle valutazioni ambientali, ovvero la necessità che l'attività pianificatoria di incremento degli inceneritori venga sottoposta a valutazione ambientale strategica in relazione agli effetti significativi che possono riguardare l'ambiente.

6. Conclusioni. Verso una concreta strategia nazionale per la gestione dei rifiuti

Alla luce delle pregresse considerazioni, nonché dell'orizzonte disegnato dall'economia circolare, emerge come le disposizioni adottate dal legislatore nazionale non siano realmente armonizzate con quelle europee, dato che manca un reale e coordinato sistema di pianificazione e gestione dei rifiuti che sia attuativo dei principi europei previsti a presidio dell'ambiente.

Appare necessario trovare il giusto equilibrio tra flessibilità nell'applicazione

del principio di gerarchia dei modelli di gestione dei rifiuti e completezza della programmazione dell'impiantistica, assicurando, nell'ottica dell'economia circolare, un utilizzo prudente e non prioritario degli inceneritori e co-inceneritori.

Potrebbe essere utile, così come è avvenuto per il settore energetico, definire per l'Italia un percorso legislativo e amministrativo che porti al raggiungimento degli obiettivi fissati dall'Unione Europea per il 2030.

A tal fine, una strategia nazionale dovrebbe principalmente prendere le mosse da una razionalizzazione normativa del settore, che attribuisca priorità all'attivazione di sistemi di raccolta differenziata e di realizzazione delle infrastrutture di riciclaggio, con una contestuale riduzione del conferimento di rifiuti nelle discariche e negli impianti di incenerimento.

Inoltre, proprio alla luce dell'interpretazione fornita recentemente dalla Corte di Giustizia, è necessario prevedere un piano impiantistico nazionale, con regole chiare e unitarie per favorire gli investimenti in infrastrutture all'avanguardia, a partire dal trattamento della frazione organica e, contestualmente, dalla possibilità di favorire il *revamping* dell'esistente, in modo da minimizzare il ricorso al sistema della discarica valorizzando la raccolta differenziata.

Una corretta gestione dei rifiuti è quella che favorisce la loro trasformazione in risorsa. A tal fine, il rispetto e l'applicazione dei principi comunitari della gerarchia tra le modalità di gestione dei rifiuti non possono che portare al risparmio delle risorse naturali, alla riduzione del conferimento dei rifiuti in discarica o negli impianti di incenerimento, all'aumento della competitività di molti settori industriali attraverso la trasformazione dei rifiuti e, soprattutto, alla creazione di prodotti già predestinati al riutilizzo o al riciclo alla fine del loro ciclo di vita.

Abstract

Waste management between European and Italian legislation.
The “(thermo)valorization” in the hierarchy of waste management systems

by Cristiano Bevilacqua

The article deals with the issue of waste management, which is going through a delicate phase in Italy, especially with regard to the location of incinerators, also due to the presence of a regulatory framework for waste management which is too complex and contradictory.

Even the recent European jurisprudence pronounced on the “Sblocca Italia Decree”, which favors waste incineration / co-incineration systems, contributes to increasing uncertainties since on the one hand it supports an elastic conception of the principle of waste hierarchy, seen as a principle discretionally adaptable to the needs of Member states ; on the other hand, it reiterates the preventive nature of environmental assessments and the need for incineration planning to undergo a strategic environmental assessment in relation to the significant effects that may affect the environment.

It is therefore necessary to proceed to a new rationalization of the national system by effectively recovering the general principles of European matrix set to protect the environment, compared to the sectoral ones introduced by state legislation, with a view to the circular economy recalled by the recent “European circular economy Package” asking Member States to take measures to avoid waste production by encouraging the creation of systems that promote waste reuse activities and discouraging the use of their incineration.

Parole chiave: gestione dei rifiuti, termovalorizzazione, valutazione ambientale

Keywords: waste management, thermovalorization, environmental assessment

Hanno collaborato a questo numero:

Gaetano Armao

Professore aggregato di contabilità pubblica presso l'Università di Palermo e Vicepresidente ed Assessore all'economia della Regione siciliana

Cristiano Bevilacqua

Professore a contratto di diritto amministrativo presso l'Università Lumsa – S. Silvia di Palermo

Rossana Caridà

Professore associato di istituzioni di diritto pubblico presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro

Pablo Cunha Malheiros

Professore di diritto civile presso la Universidade Federal de Goiás

Fabrizio Fracchia

Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università Bocconi di Milano

Simone Franco

Dottore di ricerca in studi giuridici comparati ed europei presso l'Università di Trento

Giovanna Iacovone

Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università della Basilicata

Vanessa Manzetti

Ricercatore di istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Pisa

Patrizia Marzaro

Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università di Padova

Pasquale Pantalone

Ricercatore a t.d. di diritto amministrativo presso l'Università statale di Milano

Giovanni Pesce

Professore a contratto di diritto dell'amministrazione digitale presso l'Università telematica internazionale Uninettuno

Alberto Picón Arranz

Personal Docente e Investigador Predoctoral presso la Universidad de Valladolid

Giovanna Pizzanelli

Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università statale di Pisa

Beatrice Rabai

Assegnista di ricerca di diritto amministrativo presso l'Università di Milano-Bicocca

Ilton Norberto Robl Filho

Professore di diritto costituzionale presso la Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Clemente Pio Santacroce

Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università di Padova

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI GIUGNO 2020
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI