

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXXI – Nuova serie
N.1/2022 (gennaio-aprile)

INDICE

L'ANGOLO DELLE LIBERTÀ

GUIDO CORSO

Obbedire alle leggi? La lezione di Socrate 7

MARIO R. SPASIANO

Riflessioni sparse sul binomio autorità-libertà nel pensiero di Saverio Scolari, Massimo Severo Giannini e Franco Gaetano Scoca: ovvero dalla contrapposizione alla giustapposizione 21

SAGGI

FRANCESCO DE LEONARDIS

Il suolo come “infrastruttura ambientale” e il ruolo dei rifiuti organici per la sua tutela 35

ANTONIO RUGGERI

Il senso della specialità e la vicenda dell'autonomia siciliana (dalle esperienze del passato una lezione per l'avvenire) 61

ALBERTO ZITO	<i>Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico</i>	87
ANNALaura GIANNELLI, PAOLO PROVENZANO	<i>L'arbitrato in materia di contratti pubblici e PNRR: l'ordinamento al binio tra diffidenza e valorizzazione delle sue potenzialità deflattive del contenzioso</i>	113
VANESSA MANZETTI	<i>Il diritto alla salute di genere e la sindrome di Yentl: una fragile "effettività"</i>	133
DANIELE MARRAMA	<i>Accordi sostitutivi, autoritatività ed esercizio di potere</i>	181
MARGHERITA PAOLA POTO	<i>Raggiungere la sicurezza alimentare tutelando l'ambiente e la salute umana: risposte dal diritto amministrativo ambientale e soluzioni concrete alle sfide della sostenibilità nel quadro dell'Agenda 2030</i>	221
MARIA CAMILLA SPENA	<i>La protezione del diritto alla salute per i minori stranieri non accompagnati tra integrazione sociosanitaria e profili di tutela</i>	245
ALBERTO MARCHESE	<i>Informazione e conoscenza: «fatto» ed «effetto» nella dimensione olistica dell'infosfera</i>	281

LA DOTTRINA DIALOGA CON LA GIURISPRUDENZA

FRANCESCO ARMENANTE	<i>La qualificazione "funzionale" degli atti ampliativi e la patologia dei provvedimenti applicativi di norme anticoncorrenziali (riflessioni a margine delle Plenarie n. 17 e n. 18 del 2021)</i>	305
GINEVRA GRECO	<i>Aiuti di Stato all'interno di uno stesso gruppo societario. Profili sostanziali e processuali</i>	333

RECENSIONI

ANTONIO RUGGERI

*Ancora in tema di specialità e “specializzazione” dell'autonomia regionale
(spunti teorico-ricostruttivi offerti da un libro recente)*

361

L'angolo delle libertà

Obbedire alle leggi? La lezione di Socrate

di Guido Corso*

1. Nel carcere dove è rinchiuso, aspettando che venga eseguita la sua condanna a morte, Socrate riceve la visita di Critone, un suo amico e coetaneo.

Socrate viene destato dal suo sonno sereno. Sarebbe fuor di luogo, egli dice a Critone che rimane sorpreso dalla sua tranquillità, se alla mia età mi rammariassi di dover morire.

L'amico gli propone di fuggire dalla prigione. Ha abbastanza soldi per corrompere le guardie; e sfodera diversi argomenti per convincerlo ad evadere. Che figura faremmo io, Critone e i miei amici se, avendo la possibilità di impedirlo, ti lasciassimo morire. La gente ci piglierebbe per spilorci accusandoci di attribuire più valore al denaro che all'amicizia. E poi, rassegnandoti a morire, tu, Socrate, la daresti vinta ai nemici che ti vogliono morto. E i tuoi figli? Se li hai generati, hai l'obbligo di tirarli su ed educarli: un obbligo al quale non puoi sottrarti, andandotene all'altro mondo.

Critone sa quanto è nobile il suo amico. Non fa appello alla ragione più ovvia, all'istinto di autoconservazione; e adduce motivazioni altruistiche – la reputazione degli amici, i bisogni dei figli – sapendo che un appello alla volontà di vivere non troverebbe ascolto in uno come Socrate. Ragioniamo, dice Socrate. Ho sempre fatto in modo da seguire quel ragionamento che, dopo ponderata riflessione, mi pare il migliore. E allora diciamo che dell'opinione della gente – del fatto che la gente possa pensare male degli amici di Socrate, ritenendo che essi tengono più ai soldi che all'amico – io non mi curo.

Di alcune opinioni bisogna tener conto, ma di altre no. La gente è capace di far bene e di far male, si muove come capita.

Se io accogliessi il tuo invito, Critone, mi comporterei come se la cosa più importante fosse vivere. Mentre quello che importa non è tanto vivere quanto viver bene. E viver bene equivale a vivere con onestà e giustizia.

Domandiamoci, allora, dice Socrate, se evadere per me sia giusto o non lo sia. Qualcuno potrebbe dire che è giusto ricambiare l'ingiustizia, reagire ai maltrattamenti facendo del male a propria volta. Ma non è questa la mia convinzione. Non dobbiamo ricambiare le ingiustizie, né far del male a nessuno, qualsiasi cosa gli altri facciano a noi (49 c-d). Socrate anticipa, in questo modo, l'evangelico “porgi l'altra guancia” (Matteo, 5, 38-42; Luca, 6, 27-31).

E Platone svilupperà questo tema quando nella Repubblica sosterrà che commettere ingiustizia è peggio che subirla (474 b).

*L'articolo è destinato agli scritti in onore di Maria Immordino; che sa quando obbedire e quando disobbedire (Platone, Apologia di Socrate, 29 c-e)

Ammesso che la mia condanna sia ingiusta, il mio sottrarmi ad essa non è giustificato, dice Socrate, se, a sua volta evadere è ingiusto.

Il tema è allora quello dell'obbedienza alla legge, nel nostro caso "la legge che impone che le sentenze pronunciate abbiano vigore" (50 b).

2. Poniamo che mentre siamo lì lì per fuggire da qui, venissero le leggi e la città tutta, si piazzassero davanti a noi e ci chiedessero: "dimmi Socrate, che cosa hai in mente di fare? Quale può essere il tuo intento, con questo gesto, se non di fare quanto ti è possibile per distruggere noi, le leggi e la città intera? ... O pensi che possa sopravvivere, e non essere sovvertita una città in cui le sentenze pronunciate non hanno efficacia, e possono essere invalidate e annullate da privati cittadini?" (50 b) ... Non ti abbiamo dato noi la vita (...), non è grazie a noi che tuo padre ha preso in moglie tua madre, e ti ha generato? ... Muovi un rimprovero alle leggi che regolano la crescita e l'educazione dei figli, in cui sei stato cresciuto anche tu? (50 d). Credi che tu e noi abbiamo uguali diritti, e che se noi ti facciamo qualcosa hai il diritto di fare altrettanto? Pensa a tuo padre: rispondevi con le offese alle sue offese, con le percosse alle sue percosse? E te lo permetteresti ora rispetto alla patria e alle leggi, al punto che se riteniamo giusto cercare di ucciderti ti permetterai a fare altrettanto con noi? ... O con tutta la tua sapienza non ti rendi conto che la patria è più preziosa sia della madre che del padre e di tutti i tuoi antenati; e che la si deve obbedire e servirla anche nelle sue ire, più che un padre? (51 b).

Le leggi come genitrici – è questo il fondamento dell'obbedienza: le leggi vanno osservate così come vanno osservati i comandi del padre.

Questa analogia sottintende due argomenti. Alle leggi bisogna obbedire perché dobbiamo loro essere grati (hanno benedetto le nozze dei nostri genitori, hanno dettato le regole della nostra educazione); e le leggi meritano obbedienza per via dell'autorità che esse esercitano su di noi e non possiamo pretendere di collocarci sullo stesso piano come se fossimo uguali, come se il figlio potesse esercitare sul padre la stessa autorità che egli esercita sul figlio. L'argomento della gratitudine e l'argomento dell'autorità¹.

3. Socrate enuncia un'altra ragione per obbedire alle leggi, per fondare l'obbligo del cittadino di obbedire alle leggi.

È l'argomento contrattualistico. Storicamente, una delle prime versioni del contratto sociale (51 e – 53 a).

¹ A.D. WOLZEY, *Law and Obedience, The Arguments of Plato's Crito*, London 1979, ch. 4- *Duty to Obey the Law as Parents*, 62-75; dello stesso A., *Socrates on Disobeying the Law*, in G. VLASTOS (ed.), *The Philosophy of Socrates. A Collection of Critical Essays*, Notre Dame, Ed, 1971, 299 ss.).

Sono ancora le leggi che parlano. “Noi ti abbiamo messo al mondo, e allevato, ed educato, e abbiamo distribuito fra te e i tuoi concittadini tutti beni di cui disponevamo: e purtuttavia, dichiariamo subito, col darne il permesso a ogni ateniese che lo desideri, che se, raggiunta la condizione di cittadino e osservando come vanno le cose nella città e noi, le leggi, non ci trova di suo gradimento, può benissimo prendere le sue cose e andare dove preferisce. E nessuna di noi leggi pone ostacoli o vieta di andare con le proprie cose, dove gli pare, a chi di voi non gradisca noi e la città e desideri trasferirsi in una nostra colonia, o in altra località a suo piacimento. Se uno di voi rimane, vedendo come amministriamo la giustizia e tutta la cosa pubblica, possiamo ormai dire che di fatto ha acconsentito a eseguire i nostri ordini (...) Lungi dall'imporre con asprezza di fare ciò che ordiniamo, noi non facciamo che proporre, lasciando la possibilità di scelta fra persuaderci ed eseguire (...). Abbiamo buone prove che ti piacevano, Socrate, noi e la città. In questa città non avresti soggiornato enormemente più a lungo degli altri ateniesi, se non ti fosse enormemente piaciuta (...) Rispondici su questo punto: diciamo o no il vero, quando affermiamo che avevi accettato, e non a parole, ma di fatto, di vivere sotto il nostro governo? “Evadendo, “tu non fai che violare i patti, gli accordi fatti con noi: non vi avevi consentito perché costretto, o ingannato, e un ben po' di tempo hai avuto, per pensarci su. In settant'anni avresti ben avuto modo di partirtene se non ti andavamo bene, se non trovavi giusti i nostri accordi. Tu invece non optavi per Sparta o Creta, di cui stai sempre a lodare il buon governo, né per nessun'altra città greca o barbara”.

Quando John Locke, nel Secondo trattato del Governo Civile pone all'origine delle società politiche (cap. VIII) anche il consenso tacito, non dice nulla di diverso da quello che Socrate aveva detto duemila anni prima.

“Ognuno che abbia il possesso o il godimento di una parte dei domini di un governo, con ciò stesso dà il suo tacito consenso, e durante il godimento è obbligato all'obbedienza verso le leggi di quel governo al pari di tutti quelli che vi sottostanno, sia che questo suo possesso sia di terra, appartenente a lui e ai suoi eredi per sempre, oppure un alloggio soltanto per una settimana, oppure consiste nel viaggiare liberamente sulla via pubblica, e in realtà il consenso coincide con la reale permanenza di uno entro i territori di quel governo”².

4. Nella loro appassionata perorazione le Leggi associano se stesse alla città (emin kai en polei, 50 d) e alla patria (tous nomous kai ten patrida, 51 a).

La città e la patria non sono che l'insieme delle leggi, oggi diremmo il sistema giuridico. Disobbedendo ad una legge, si rischia di distruggere l'intero sistema giuridico: perché la città esiste non come un agglomerato di persone, ma

² J. LOCKE, *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, Torino 1982, 315.

come un gruppo umano che è tenuto insieme dalle leggi. “A chi andrebbe bene una città senza leggi? (53 a)

Se il discorso si chiudesse qui e si limitasse all’argomento del rapporto filiale con le leggi, sembrerebbe che il Socrate del Critone, la pensi come il Creonte dell’*Antigone* sofoclea, Creonte vietando ad Antigone di dar sepoltura al fratello Polinice, pretende che la sua legge sia rispettata in quanto legge. Il contrario di quel che intende Antigone. “Per me non fu Zeus a proclamare quel divieto, né Dike, che dimora con gli dei inferi: non essi queste leggi fissarono per gli uomini. E non pensavo che i tuoi editti avessero tanta forza, che un mortale potesse trasgredire le leggi non scritte e incrollabili degli dei. Infatti queste non sono di oggi o di ieri, ma sempre vive, e nessuno sa da quando apparvero”³.

Il discorso cambia se all’obbedienza alle leggi si dà come fondamento il consenso tacito. Il consenso tacito di cui parla Socrate (e parlerà Locke) è un consenso che è revocabile: a differenza del consenso prestato per la formazione del patto sociale⁴ dal quale si può recedere solo ritornando allo stato di natura: chi recede perde la libertà convenzionale in cambio della quale aveva rinunciato alla libertà naturale.

Il cittadino, come spiegano le Leggi nel Critone, risolve il contratto sociale tacitamente stipulato, trasferendosi altrove e quindi sottraendosi a quelle leggi, a quel sistema giuridico, e lo fa dopo aver dato un giudizio negativo sulle leggi che lo vincolano: non come Socrate che restando per settant’anni ad Atene ha dimostrato che quelle leggi “gli andavano bene”.

L’obbedienza precaria, o comunque condizionata: condizionata risolutivamente ad un giudizio negativo sulle leggi che devono essere osservate.

Ci si potrebbe chiedere. E se Socrate decidesse di ritirare il suo consenso alla città e alle sue leggi dopo essere stato condannato e se ne scappasse, non esprimerebbe in questo modo quel dissenso che il cittadino è libero di esprimere quando non accetta più di vivere sotto quel governo?

O il dissenso, con l’esodo, può essere manifestato solo dopo che alla legge che non si condivide si è prestata obbedienza?

5. Socrate prospetta una alternativa meno traumatica all’esodo scelto in conseguenza del dissenso.

Va fatto ciò che la città, la patria comanda ... a meno di non riuscire a persuaderla di dove sta la giustizia (51 e). Commette ingiustizia chi si sottrae alle leggi dopo avere accettato di obbedire; “né l’altronde cerca di persuaderci – sono le Leggi che parlano – se stanno commettendo un errore” (51 e).

In altre prole, chi ritiene che la legge sia ingiusta può e deve persuadere

³ SOFOCLE, *Antigone*, trad. di R. Cantarella, in *Tragici Greci*, I Meridiani, 1977, 305.

⁴ J.J. ROUSSEAU, *Contratto sociale*, cap. VI.

il legislatore a cambiarla. O meglio questa operazione può farla chi si intende del giusto o dell'ingiusto (47 d): come Socrate, che ha fatto sempre in modo di seguire solo quel ragionamento che, fra i vari che rimuginano dentro di lui, dopo ponderate riflessioni risultasse il migliore (46 b).

Non quindi obbedienza cieca. Qualunque legge può essere giudicata, in termini di giusto ed ingiusto; e se una riflessione ponderata porta alla conclusione che la legge è ingiusta, occorre cercare di convincere il legislatore a cambiarla. Non è vero, quindi che Socrate si contrappone ad Antigone: come questa, sottopone la legge ad uno scrutinio che Antigone compie alla stregua delle “leggi non scritte o incrollabili degli dei (nel suo caso la legge che impone di dare sepoltura al fratello”, mentre Socrate impiega la sua “ponderata riflessione”, e quindi la sua coscienza.

Anche per Socrate, come per Antigone, c'è una legge ingiusta.

Il rapporto filiale con le leggi non esclude che esse possano essere giudicate ingiuste e che si debba cercare di farle cambiare. Il che significa che l'analogia fra leggi e genitori regge siano a un certo punto: perché, dice Socrate, tu non sei pari a tuo padre o al tuo padrone, se ne hai uno, così da potere ricambiare qualsiasi trattamento, rispondendo alle offese con le offese e alle percosse con le percosse (50 e – 51 a).

Nell'ultima parte del dialogo Socrate propone una ulteriore distinzione. Sono sempre le leggi che parlano. È vero che andando nell'Ade patisci ingiustizia, ma non da parte di noi leggi bensì dagli uomini (54 b-c). Non è ingiusta la legge che richiede che le sentenze siano eseguite: è ingiusta la sentenza che condanna Socrate a morte. E tuttavia, evadendo e sottraendosi alla condanna, egli metterebbe in discussione la legge. Da questo punto di vista Socrate è più sottile di Antigone: che considera il divieto imposto da Creonte una legge, mentre, secondo la prospettiva di Socrate, è solo l'ingiusta violazione, in caso concreto, di una legge conforme alla legge non scritta che esige la pietà per i defunti.

6. Il Critone è uno dei quattro dialoghi platonici che ricostruiscono il processo e la morte di Socrate, l'Eutifrone, l'Apologia di Socrate, il Critone e il Fedone.

L'Eutifrone si svolge prima che il processo cominci quando è nota solo l'accusa che viene mossa a Socrate di corrompere i giovani e di fabbricare nuovi dei senza riconoscere gli antichi (3 b). L'Apologia di Socrate registra i due discorsi di autodifesa di Socrate al processo, prima e dopo la condanna. Il Critone è ambientato in carcere nell'imminenza dell'esecuzione della condanna. Il Fedone è il dialogo che si svolge il giorno in cui Socrate ingerisce la cicuta parlando, e Critone gli chiude le labbra e gli occhi (118 a).

Il tema dell'obbedienza alla legge, che è centrale nel Critone, non è estraneo agli altri dialoghi.

Nell'Apologia Socrate si rivolge ai giudici in questo modo.

Se mi diceste ora ti lasciamo andare, ma a condizione che tu non passi più il tempo nelle tue ricerche e smetta di filosofare (...) vi ribatterei che, pur nutrendo per voi amicizia e affetto, preferisco obbedire al dio piuttosto che a voi, e finché avrò vita e forse non cesserò di filosofare. A chi incontrassi nel mio cammino (...) direi: non ti vergogni di rivolgere le tue cure alle ricchezze per accumularne il più possibile, a alla fama e al prestigio, anziché curarti e darti pensiero di saggezza e verità e della perfezione dell'anima? (29 c – e).

C'è, quindi, un comando al quale Socrate non ubbidirebbe mai, perché, come Antigone, preferisce obbedire al dio più che agli uomini e non è disponibile a rinunciare alla sua missione.

7. Socrate è accusato “sia di corrompere i giovani sia di non riconoscere gli dei che la città riconosce, bensì altre nuove divinità” (Apologia di Socrate, 24 b-c). Più precisamente è accusato di corrompere i giovani insegnando loro a non riconoscere gli dèi che la città riconosce, bensì altre nuove divinità (Apologia 26 b).

È così ingiustificata questa accusa? Prescindiamo dal fatto se un insegnamento del genere sia lecito o no. È del tutto falso che Socrate pratici questo insegnamento?

Una risposta indiretta egli ce la dà nell'Eutifrone.

Eutifrone è un indovino e un sacerdote che, come Socrate, s'avvia al Tribunale: non perché, come Socrate è accusato (dal giovane Meleto di Pito), ma al contrario perché va a presentare un'accusa. Egli accusa il padre dell'omicidio di un dipendente che, in stato di ubriachezza, aveva ucciso uno schiavo. Posto in catene dal padre di Eutifrone, in attesa che l'esegeta decidesse cosa fare di lui, il prigioniero muore a sua volta di fame e di freddo, nella fossa in cui è incatenato.

Sei sicuro, osserva Socrate, che accusando tuo padre di omicidio sei nel giusto? Eutifrone risponde che Zeus, il migliore e il più grande di tutti gli dei, incatenò suo padre Crono perché contro giustizia aveva ingoiato i figli; e Crono a sua volta mutilò il padre Urano, su istigazione della madre Gea, perché nascondeva i figli appena nati nei recessi della terra (5 e – 6 a). Chi commette ingiustizia va dunque punito, anche se il reo è il padre o la madre (5 d-e).

Quando uno mi narra cose simili intorno agli dei, replica Socrate, faccio fatica ad accettarle: ed è per questo che sono accusato (6 a-b).

Alla domanda cruciale di Socrate – che cos'è giusto? – Eutifrone risponde in prima battuta: santo è ciò che è caro agli dèi, empio ciò che non è caro agli dèi (6 c- 7 a). Questa affermazione suscita una obiezione: se fosse vero quello che dici, Eutifrone, l'atto che tu stai compiendo – accusare tuo padre di omicidio – sarebbe caro a Zeus che incatenò il padre Crono, ma non lo sarebbe a Crono

che subì l'azione del figlio, e non lo sarebbe ad Urano che fu evirato da Crono, sarebbe caro ad Efesto che, dopo essere stato cacciato dal cielo dalla madre Era, si vendicò di lei donandole un treno d'oro contenente lacci invisibili che la avvinchiarono, non sarebbe caro ad Era che fu vittima della vendetta del figlio (8 b-c)-

In altre parole una stessa azione, rivolta contro il padre, sarebbe cara ad alcuni dèi e odiosa ad altri. Io sono personalmente convinto, dice Socrate, che nessuno degli dèi sia in disaccordo con altri. Tuttavia, se c'è qualcosa che alcuni dèi amano e altri odiano, allora questa cosa non è né santa né non santa, oppure santa e non santa nello stesso tempo (9 d).

Un modo per uscire da questo circolo vizioso? Ribaltare la preposizione. Il santo è tale perché è amato dagli dèi, o è amato dagli dèi perché è santo? (10 a). Se è così, come pensa Socrate, la santità e la giustizia sono qualificazioni puramente umane che non dipendono dal giudizio degli dèi. Al contrario sono gli dèi che si inchinano ad esse, amandole.

Il ridimensionamento del ruolo degli dèi rispetto alla giustizia e alla santità, e in genere rispetto alle vicende umane, è un tema che Platone riprenderà nel secondo libro della Repubblica.

Se dio è buono, egli è causa solo di effetti positivi e non può essere responsabile di tutti gli avvenimenti, come i più sostengono, delle vicende umane solo una minima parte gli può essere addebitata anche perché, per noi uomini, i beni sono molto più scarsi dei mali, e se dei primi non si deve trovare nessun'altra causa al di fuori di dio, dei secondi ne andrà assolutamente trovata un'altra che non sia dio (Resp. II 379 c).

Ecco perché sbaglia Omero quando dice che sulla soglia di Zeus sono posti due vasi, uno che contiene le sorti felici e l'altro quelle funeste; né si può condividere ciò che scrive Eschilo sul dio che decide di mandare in rovina una casa (Resp. II, 379 d-c; 38 a).

Socrate riprende la storia di Urano e Crono, come raccontata da Esiodo. O è una menzogna, perché gli dèi non possono essere descritti come criminali, o è una storia che non va raccontata a giovani ancora immaturi (377 e – 378 a).

Non è lecito neppure raffigurare il dio come una specie di mago, capace, per il gusto di ingannarci, di comparire una volta in una forma, una volta nell'altra.

Quando più un essere è perfetto, tanto meno tende a trasformarsi o a modificarsi per effetto di altro. Poiché dio e la sfera del divino sono la realtà più perfetta, non è pensabile che essi assumano molte forme. Che gli dèi, assumendo l'aspetto di stranieri girovaghi, si aggirino per la città, come si legge nell'Odissea; o che Proteo, catturato da Menelao, si trasformi in leone, serpente, leopardo, maiale, acqua, albero; o che Tetide si trasformi in bestia feroce per sfuggire a Peleo, sono tutte "frottole" che le madri raccontano ai figli per spaventarli. Se la smettessero, "eviterebbero di dire empietà sugli dèi, e in pari tempo, di rendere sempre più paurosi i figli" (381 d-e).

Gli dèi che Eutifrone cita a sostegno del suo diritto e dovere di denunciare il padre o gli dèi che Socrate menziona nella Repubblica, attingendo alla letteratura (Omero, Esiodo, Eschilo), sono tutti dèi vendicativi, che rispondono alla violenza con la violenza. Un comportamento opposto a quello che Socrate considera giusto. Non è giusto che uno contraccambi il male subito: e far male a qualcuno è lo stesso che commettere ingiustizia, qualsiasi cosa sia stata fatta a noi. Non è mai corretto commettere ingiustizia e neppure ricambiarla né reagire ai maltrattamenti facendo del male a propria volta (Critone, 49 c-d).

Ritorniamo all'accusa mossa a Socrate di corrompere i giovani e non riconoscere gli dèi che la città riconosce, bensì altre nuove divinità (Apologia, 24 c).

Possiamo dire che gli dèi, o il dio, di Socrate siano gli stessi dei che la città riconosce? Questi ultimi sono gli dèi di cui parla Eutifrone, tipico esponente della città: colui che alla fine del dialogo, alla domanda pressante di Socrate – che cos'è il santo? – non trova di meglio che darsi alla fuga. “Un'altra volta, o Socrate. Ora ho fretta. Devo andare altrove, ed è ora” (15 c-e).

Se noi concludessimo che gli dèi, o il dio, di Socrate sono altra cosa dagli dèi che la città riconosce – gli dèi violenti, vendicativi, ingannatori della letteratura – non ammetteremmo che l'accusa a lui mossa è giustificata?

Ovviamente dovremmo prima stabilire se c'è una legge in Atene che vieta di mettere in discussione gli dèi dalla città. Se una legge del genere esiste, non c'è dubbio che Socrate l'ha violata: dicendo, per es., che le storie sugli dèi narrate da Omero, da Esiodo o dai tragici greci sono frottole, o se vere, vanno tenute nascoste ai giovanissimi per i loro effetti diseducativi.

Socrate non soltanto dichiara il suo proposito di violare il divieto di continuare a “ragionare quotidianamente sulla virtù e sui vari temi su cui mi avete sentito discutere o esaminare me stesso e altri” (Apologia, 38 a; 29 c-d): ma ha implicitamente ammesso, non nella Apologia, ma conversando con Eutifrone, di avere indicato ai giovani allievi dèi diversi da quelli che la città riconosce.

8. Dell'obbligo incondizionato di obbedire alle leggi, enunciato nel Critone, rimane un pallido ricordo. Come abbiamo visto, Socrate dichiara che intende disobbedire ad una specifica legge (la legge che gli vietasse di porre continuamente domande ai suoi interlocutori, e quindi di filosofare); ed implicitamente ammette che un'altra legge l'ha già violata (la legge che vieta di misconoscere gli dèi riconosciuti dalla città). In ogni caso egli si riserva di giudicare la legge, di verificare se essa sia giusta o ingiusta; adoperandosi in questo secondo caso, perché il legislatore si persuada a modificarla. Come *extrema ratio*, egli lascia aperta la possibilità che il cittadino si sottragga alle leggi che non condivide, con l'emigrazione in altre città (Stato).

Come si concilia tutto questo col rimprovero che le leggi muovono a Socra-

te se accogliesse la proposta di evadere dal carcere, fatta da Critone. Quale può essere il suo intento, con quel gesto, se non di fare quanto ti è possibile per distruggere noi, le leggi e la città intera? (50 a-b).

Se Socrate fosse stato assolto a condizione che smettesse di filosofare, egli non avrebbe obbedito, e avrebbe continuato a filosofare, interrogando e controinterrogando i suoi interlocutori. Si può pensare che in questo modo avrebbe distrutto le leggi? E che rapporto c'è tra la singola legge, che in ipotesi venga violata, e il complesso delle leggi (il sistema giuridico)? È pensabile che la violazione di una legge faccia crollare il sistema?

Socrate sembra equiparare le leggi alla "città intera", come se questa fosse costruita dalle leggi e costituita dalle leggi. Sembra cioè che per lui una città non possa esistere senza leggi. Senonché le leggi che interpellano Socrate a un certo punto pongono la domanda: a chi andrebbe bene una città senza leggi? (53 a). Ciò implica che una città possa esistere senza leggi, anche se essa non andrebbe bene a nessuno.

Ne consegue che distruggendo le leggi con la violazione di una di esse (la legge che richiede che le sentenze vengano eseguite) il cittadino non distruggerebbe la città: nella peggiore delle ipotesi sarebbe una città senza legge, ma pur sempre una città -. In altre parole non è vero che le leggi coincidano con la città. Anche se è auspicabile che abbia le leggi, la città può esistere senza legge.

Ma torniamo alla questione del rapporto tra il complesso delle leggi e la singola legge.

In che senso la violazione di una singola legge, da parte di un singolo cittadino suddito, può portare alla distruzione del complesso di tutte le leggi?

La storia conosce momenti drammatici in cui la violazione sistematica della generalità delle leggi da parte della generalità dei cittadini genera il caos, l'anarchia, il crollo di un regime.

Esistono dei casi in cui la generalità dei cittadini viola una specifica legge: come quando fu introdotto negli USA il XVIII emendamento alla Costituzione che vietava la produzione, la vendita, il trasporto di *intoxicating liquors* (1919). Divieto sistematicamente violato col risultato che nel 1933 fu abrogato dal XXI emendamento. Non sono crollati gli Stati Uniti in conseguenza di una illegalità sistematica, anzi questa, portando alla abrogazione della norma costituzionale, ha ridotto la criminalità che quel folle divieto aveva alimentato.

Che dire allora della violazione di una singola legge da parte di un singolo individuo? Se la disobbedienza da parte della generalità dei cittadini ad una singola legge non comporta la distruzione del sistema legislativo, è pensabile che un effetto del genere venga prodotto quando a disobbedire è un solo cittadino? Ancora. È rilevante il contenuto della norma violata?

Probabilmente questo è il sottinteso, non esplicitato, dalla appassionata perorazione che le leggi, assumendo forma umana, fanno nel Critone.

La legge che Socrate andrebbe a violare, se accogliesse il suggerimento di Critone, è la legge che impone che le sentenze pronunciate abbiano vigore (50 b).

Socrate è l'ateniese più popolare tra i giovani: evadendo, indurrebbe i giovani a pensare che le sentenze non debbano essere eseguite, il che significa che la giustizia non avrebbe senso.

L'effetto distruttivo non ci sarebbe se si trattasse di una legge diversa, e se a violare la legge che impone l'attuazione delle sentenze fosse una persona diversa da Socrate, una persona il cui comportamento non verrebbe imitato perché quella persona è il signor nessuno e non un uomo la cui autorità morale è tale che ci sarebbe una valanga di imitatori.

È questo il solo senso plausibile che potrebbe avere il discorso delle leggi. Un sistema in cui viene meno l'amministrazione della giustizia è un sistema che scivola nell'anarchia; nella quale la metafora della "distrazione delle leggi" esprime il caos sociale, che è proprio di una situazione in cui la violazione delle leggi dilaga perché non viene più punita.

9. Ad una lettura complessiva dei tre dialoghi – Eutifrone, Apologia di Socrate, Critone – l'affermazione di un obbligo assoluto di obbedire alle leggi, contenute nel Critone (40-b-SIC), risulta fortemente ridimensionata.

C'è un comando a cui Socrate dichiara che non intenda obbedire.

Se i giudici lo "lasciassero andare" alla condizione che egli "non passi più tempo nelle sue ricerche e smetta di filosofare", Socrate non si piegherebbe mai a questo divieto perché, dice, "preferisco obbedire al dio piuttosto che a voi, e finché avrò vita e forze non cesserò di far filosofia". (Apologia, 29 d).

Implicitamente egli ammette, in secondo luogo, di "non riconoscere gli antichi dèi": ossia ammette la fondatezza dell'accusa che gli viene mossa (Eutifrone, 3 a).

Se la legge prescrive di onorare dèi come Crono (Eutifrone, 6 a) o Efesto che imprigiona la madre Era – e lo fanno tutti per vendicarsi di qualche torto – ebbene questi dèi Socrate si rifiuta di onorarli; "perché non è mai corretto commettere ingiustizia e neppure ricambiarla o reagire ai maltrattamenti facendo del male a propria volta". (Critone, 49 d).

Che la legge possa essere ingiusta Socrate lo riconosce espressamente. In questo caso il legislatore va persuaso che egli sta commettendo un errore ed è aperta al cittadino la "possibilità di scegliere fra persuaderci ed eseguire" (Critone, 52 a). A parlare sono le leggi, una metafora per il legislatore.

C'è, infine, l'alternativa dell'exit. Chi "non ci trova di suo gradimento – sono ancora le leggi che parlano – può benissimo prendere le sue cose e andare dove preferisce" (Critone, 51 d).

Atene non è come l'Unione Sovietica, che impediva ai sudditi di espatriare o come Berlino Est dalla quale era impossibile uscire perché circondata da un muro o come la Germania nazista, ove nel 1938 fu introdotto un generale divieto di espatrio.

10. Socrate non soltanto dichiara che ad alcune leggi si può non obbedire, ma va oltre. Anche se nella forma obliqua che gli è propria, suggerisce che ad alcune leggi si deve non obbedire, vi è un dovere morale della disobbedienza: per esempio la legge che impedisse a Socrate, ma è da ritenere alla generalità dei cittadini, di esprimersi, attraverso la solita sequenza di domande e risposte in cui consiste il filosofare. Oggi diremmo: è moralmente doveroso disobbedire alla legge che negasse la libertà di espressione.

La questione dell'obbedienza alle leggi e delle ragioni per cui obbedire è una questione che si propone in ogni tempo. Anche oggi, soprattutto oggi.

Avere obbedito alle leggi del Terzo Reich, averle semplicemente osservate non è stata ritenuta una giustificazione adeguata per gli imputati nel processo di Norimberga e per Eichmann nel processo di Gerusalemme. Egli dichiara alla polizia e poi ai giudici di avere obbedito non soltanto agli ordini, ma anche alla legge. Dice di aver letto la Critica della Ragion Pratica e di avere agito in conformità al principio Kantiano; di avere agito in modo che il principio della sua volontà – dice al processo – fosse tale da poter diventare il principio delle leggi generali, ove la legge generale è quella di Hitler: sicché nella formulazione di Hans Frank⁵ suona così, “Agisci in modo che se il Fuhrer conoscesse la tua azione, la approverebbe”⁶.

11. Perché obbedire alle leggi, in quali casi disobbedire, quali ragioni possono giustificare la disobbedienza. Sono domande che si ripropongono in ogni tempo e che non possono essere liquidate affermando che alle leggi bisogna obbedire perché sono leggi: la legge è legge.

Il dibattito si è acceso negli USA negli anni sessanta del secolo scorso, all'insegna della disobbedienza civile⁷, in occasione delle proteste contro il razzismo e contro la guerra nel Vietnam.

⁵ *Die Technik des Staates*, 1942, 15-16.

⁶ v. H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, Penguin Books, 1964 136.

⁷ H.A. BEDAU (ed.) *Civil Disobedience. Theory and Practice*. Indianapolis – New York, 1968; M. COHEN, *Civil Disobedience*, in *The Great Ideas Today*, Britannica Great Books 1971, 239 ss.; C. COHEN, *Civil Disobedience*, Columbia U.P., 1971; R.M. HARE, *Political Obligation*, in *Essays on Political Morality*, Oxford 1988, 8 ss.

J. Rawls, al quale si deve una delle riflessioni più compiute sul tema parte da una definizione⁸.

Per disobbedienza civile egli intende un'azione pubblica, non violenta, posta in essere per ragioni di coscienza con l'intento di sollecitare un cambiamento nelle politiche del governo o nelle leggi dello Stato. Il contesto in cui tale azione si svolge è quella di un ordinamento liberal-democratico nel quale è possibile, attraverso la protesta e l'appello alla opinione pubblica, arrivare al cambiamento desiderato: perché si presuppone che chi governa non sia insensibile agli umori della gente, di quella gente con la quale dovrà far i conti nella successiva tornata elettorale.

Non rientra nello schema un'azione come quella, per es., dei due coniugi tedeschi la cui vicenda è descritta nel mirabile romanzo di Hans Fallada (*Ognuno muore solo*, 1947). Due modesti coniugi di mezza età collocano cartoline postali sotto la parte delle abitazioni del quartiere berlinese in cui vivono, segnalando i crimini e la follia di Hitler allo scopo di scuotere le coscienze assopite di chi leggerà.

L'intento non è diverso di quello del *Civil Disobedient* americano degli anni sessanta, ma l'azione dei due coniugi non può essere pubblica, al contrario deve essere rigorosamente segreta perché possa essere proseguita, e quindi diventare efficace. Quando cessa di essere segreta e l'attività viene scoperta, ci sarà il processo e la decapitazione dei due coniugi.

La pubblicità della disobbedienza civile non è soltanto la condizione della sua efficacia – soprattutto se tale pubblicità è potenziata dai *mass media*: ma è anche la certificazione del disinteresse di chi compie l'azione e quindi della sua moralità. La pubblicità rende palese la violazione di legge, e quindi espone il soggetto alla sanzione. La disponibilità a sottoporsi alla punizione attesta che il disobbediente non persegue un interesse proprio.

Diverso è il caso, citato ad esempio da R.A. Wasserstrom⁹ del cittadino che non paga la tassa sul reddito con l'argomento che egli ha bisogno di quei soldi più di quanto non ne abbia lo Stato, tenuto conto anche del loro importo minimo rispetto alla grandezza del gettito fiscale. L'evasione fiscale viene fatta segretamente: sicché non c'è il rischio che venga imitata da altri. L'argomento che Le Leggi oppongono a Socrate – se egli accettasse la proposta di Critone (che cosa accadrebbe se tutti facessero come te?) in questo caso non funziona. L'effetto imitativo non ci sarebbe proprio perché l'azione (o l'omissione) è coperta dal segreto.

Come abbiamo visto, non sarebbe questo il caso di Socrate. La sua notorietà e la sua fama di uomo sapiente e virtuoso (per Socrate le due virtù coincidono)

⁸ *The Justification of Civil Disobedience*, in H.A. BEDAU, op. cit., 248).

⁹ *The obligation to Obey the Law*, in H.A. BEDAU, op. cit., 259, L'esempio è tratto da M. SINGER, *Generalization in Ethic*, New York, 1961, 149.

è tale che la disobbedienza alla legge da parte sua troverebbe tanti imitatori da condurre alla fine della polis.

L'argomento per cui la legge va obbedita perchè, se tutti disobbedissero l'effetto sarebbe disastroso, ossia l'argomento causale, fondato sulle conseguenze della disobbedienza, non è decisivo. Non vale nei casi, frequentissimi, in cui la disobbedienza è occulta o nei casi in cui, pur essendo palese, il disobbediente, persona oscura, non troverebbe imitatori.

Dopo aver definito la disobbedienza civile e precisato il contesto politico-costituzionale in cui viene presa in considerazione come azione "rivolta al senso di giustizia della maggioranza", Rawls spiega quali sono le condizioni perché l'azione disobbediente sia giustificata¹⁰.

Occorre innanzitutto, che l'azione sia preceduta dal ricorso ai normali mezzi giuridici e politici e che l'appello alla maggioranza abbia trovato sordi i partiti: la disobbedienza civile come last resort o extrema ratio.

In secondo luogo, essa dovrebbe essere impiegata solo in presenza di "sostanziali e chiare violazioni della giustizia": il primo principio di giustizia, il principio dell'eguale libertà, e il secondo principio di giustizia, che viene lesa quando sono elevate barriere all'accesso agli uffici e alle opportunità, principio che tutela l'eguaglianza delle opportunità (diniego del diritto di voto, repressione delle minoranze religiose etc.).

In terzo luogo, la disobbedienza civile dovrebbe essere limitata ai casi in cui il disobbediente è disposto ad ammettere che chiunque altro patisca la stessa forma di ingiustizia ha diritto di protestare allo stesso modo; e quindi ad essa non dovrebbe farsi ricorso quando la protesta collettiva provocherebbe disordini o guasti intollerabili.

L'esempio è quello di chi, per protestare contro gli esperimenti nucleari, infrange il divieto di ingresso in un sito ove si fanno esperimenti del genere¹¹. Se tutto seguissero il suo esempio, le conseguenze potrebbero essere terribili.

Quando si dice che il disobbediente civile è uno che sfida la legge per ragioni morali o di coscienza si dice una cosa imprecisa. Perché in questo modo non si distingue l'obietto di coscienza dall'innovatore morale. A differenza di quest'ultimo, il disobbediente civile non invoca criteri di una più alta moralità, non è uno Zarathustra che propone la trasvalutazione di tutti i valori, non è uno che chiede al pubblico di agire in base a principi che esso pubblico pacificamente rigetta. Egli fa appello a principi che assume essere generalmente riconosciuti. Cerca di ridestare nella maggioranza e nelle forze politiche in cui si esprime, la coscienza dei valori di giustizia che la maggioranza condivide e sono spesso consacrati dalla Costituzione¹².

¹⁰ J. RAWLS, op. cit., 248 ss.

¹¹ R.A. WASSERSTROM, op. cit., 262.

¹² M. COHEN, *Civil Disobedience* cit., 243-44.

A ben guardare, l'effetto che il disobbediente civile si propone di conseguire – ottenere il mutamento di una politica o l'abrogazione di una legge o l'introduzione di una legge che è richiesta da un principio di giustizia – non è diverso da quello che Socrate prospetta: quando dice che “va fatto ciò che la patria comanda [...] A meno di non riuscire a persuaderla di dove sta la giustizia”, e che “l'alternativa è fra persuaderla o eseguire i suoi ordini” (Critone, 51 b-c)¹³.

¹³ La traduzione dell'Apologia del Critone che è stata utilizzata è quella di M.M. SASSI, nei *Classici della Bur*, 1993; mentre dell'Eutifrone la traduzione è di M. Valjimiogli, in PLATONE, *Opere complete*, vol. I, Bari, 1971.

Riflessioni sparse sul binomio autorità-libertà nel pensiero di Saverio Scolari, Massimo Severo Giannini e Franco Gaetano Scoca: ovvero dalla contrapposizione alla giustapposizione

di Mario R. Spasiano

1. *Le ragioni di una riflessione*

Franco Gaetano Scoca, con il suo instancabile impegno scientifico ormai anche a carattere storiografico, continua a stimolare fra numerosi giuristi, riflessioni sui grandi temi istituzionali del diritto pubblico e amministrativo e sul loro rapporto con la storia, ripercorrendo periodi, eventi e istituti giuridici che hanno profondamente connotato l'ordinamento e, in generale, il Paese negli ultimi due secoli.

Come condivisibilmente rilevato da Natalino Irti nel suo recente intervento all'Università di Parma, in occasione dell'incontro di presentazione del volume *Risorgimento e Costituzione*, la produzione scientifica di Franco G. Scoca degli ultimi anni (2016-2021), che ricomprende gli studi su l'Interesse legittimo, il Brigantaggio nell'Italia meridionale, Silvio Spaventa e Risorgimento e Costituzione, può definirsi una tetralogia di un percorso ideale rispetto al quale l'Autore non si pone come spettatore neutrale, ma prova ad entrare nei gangli degli accadimenti e degli istituti di cui tratta, con l'aspirazione a sentirsi parte dei primi, a parteciparvi, e ciò anche in rapporto a vicende storicamente datate.

Come è possibile che accada ciò? A mio avviso, chi ha letto le opere di Franco G. Scoca sa che ci troviamo innanzi ad un giurista il cui argomentare, ampiamente fondato sul metodo induttivo, si nutre prevalentemente dello studio attento di documentazione: documentazione costituita da atti parlamentari, pronunce giurisprudenziali, trattati ed opere dei più rilevanti giuristi del passato e non solo, e soprattutto dalla "scansione" attenta (si perdoni il neologismo) di atti "minori", riguardanti in apparenza vicende secondarie, ma nelle cui pieghe l'Autore riesce talora a rinvenire il senso e le ragioni più profonde e magari meno evidenti del volgere degli eventi, fornendo chiavi interpretative non di rado non coincidenti con la storiografia tradizionale ufficiale.

Ma non è tutto qui. Emerge infatti un ulteriore elemento precipuo nelle opere a carattere giuridico-storiografico di Franco G. Scoca: i suoi studi trattano oltre che di istituzioni, anche di uomini e delle loro vicende. Senza indulgere in sentimentalismi che chi conosce bene lo studioso, sa che non appartengono al suo carattere e al suo approccio rigorosamente razionalista, egli si sofferma a riflettere su intenti e aspirazioni dei personaggi del suo racconto, facendo sì che di talune figure analizzate emergano retropensieri, silenzi e, non ultimo, inadempienze.

In questa prospettiva, allora, accade che la realtà conosciuta ai più, coincidente con quella ufficiale, talvolta muti la propria apparente consistenza per aprire a nuovi o più completi scenari. In questa prospettiva ci è dato allora in tal modo scoprire che il “merito” (se di merito si voglia parlare) dello storico risultato dell’Unità d’Italia vada imputato paradossalmente (anche) a Ferdinando II di Borbone, o meglio ai suoi errori se è vero, come appunto osserva Franco G. Scoca, che dalla sua Costituzione del gennaio 1848 (in seguito rapidamente “rimangiata”) sia nata, nel successivo mese di febbraio, quella, a tal punto necessitata, di Carlo Alberto; così come (anche) dalla fuga a Torino di alcuni illuminati liberali meridionali, scappati dal Regno delle Due Sicilie per sottrarsi all’azione persecutoria di Ferdinando II, e dal loro ascendente in seguito esercitato sul sovrano sabauda risulti sorto l’interesse sabauda per il Regno delle Due Sicilie, interesse – come argomenta sempre il nostro Autore – originariamente insussistente nelle ambizioni piemontesi, le cui mire erano rivolte al lombardo-veneto, non oltre.

Rilevavo in precedenza che Natalino Irti nella sua relazione parmense ha parlato di tetralogia delle opere di Franco G. Scoca nel periodo 2016-2021. E in effetti tanto risultava almeno sino a poche settimane orsono, allorché l’illustre maestro mi ha omaggiato di una sua nuova opera, ancora inedita, costituita da un saggio dal titolo “Saverio Scolari, dalle Prolusioni di Parma a quelle di Roma”: uno studioso, docente di filosofia del diritto e di diritto costituzionale, di notevole spessore umano e scientifico, da sempre poco valorizzato in quanto schiacciato, come altri pubblicisti dell’epoca, dall’immane peso della figura di Vittorio Emanuele Orlando.

2. *Saverio Scolari*

L’incontro con l’inedito saggio di Franco G. Scoca mi spinge ad affrontare, sebbene a grandi linee e con l’umiltà che impone l’impresa, un tema a mio avviso di notevole interesse storico-giuridico: l’evoluzione del binomio “Autorità-libertà nel pensiero di Saverio Scolari, Massimo Severo Giannini e Franco Gaetano Scoca”. Tre prospettive profondamente diverse innanzitutto per evidenti ragioni cronologiche, eppure animate da una comune aspirazione, quella di esprimere, sebbene partendo da ben diverse posizioni ideologiche e dogmatiche, l’esigenza insopprimibile della prioritaria tutela del cittadino nel rapporto con il potere pubblico e il suo carattere autoritativo.

Nel saggio scritto su Saverio Scolari emerge nitidamente come Franco G. Scoca resti affascinato dal pensiero dello studioso, soprattutto – a mio avviso – dal fondamento secondo il quale “il diritto è la vita”; esso non è né nei sistemi teorici, né nei testi normativi: è nella realtà di fatto, anzi sorge dai fatti, e, dal momento che quei fatti sono registrati nella storia e la continuano, “il diritto che ne origina dicesi storico”.

Poiché il diritto nasce dai fatti, esso attraversa “fasi molteplici” a causa della mutevolezza della realtà. La storia, dal canto suo, finisce col riprodurre questa “perpetua vicenda, questo moto continuo, rispetto al quale le leggi e i sistemi ci sembrano pietre miliari, che a lunghi e non regolari intervalli ce ne segnano i gradi”.

Scolari, fedele alla impostazione giusnaturalistica del suo pensiero, si propone di studiare il diritto attraverso gli istituti giuridici, prescindendo non solo dai sistemi teorici ma perfino dalle leggi, queste ultime capaci talvolta di avversarlo, mai di crearlo: è la storia, ancora una volta, a rivelare “i nascimenti del diritto, le sue rimutazioni, gli esiti e i ritorni”, in ciò riecheggiando la ben nota teoria dei corsi e dei ricorsi storici di vichiana memoria.

In questo quadro si innesta, in Scolari, il dilemma del binomio individuo-società, che in termini giuridici si trasfonde nel corrispondente binomio libertà-autorità.

L'Autore muove da una considerazione: nella libertà è dato rinvenire la fonte dei diritti umani e l'uomo gode in natura di tutte le libertà.

Nell'autorità, invece, si ritrova “la ragione degli umani doveri” che si limitano a quelli che lo stato sociale impone al cittadino a ragione del vivere insieme, dell'associazione, unico fattore legittimante le restrizioni dell'umana libertà.

Fin dalle origini, l'umanità prova a coordinare la libertà con l'autorità, consapevole che “per la società non c'è salvezza fuori dell'ordinato concorso della libertà e dell'autorità all'ottenimento degli scopi sociali”. “La vita della umanità è una continua successione di democrazia e di despotismo nelle loro molteplici gradazioni”: l'esagerazione dell'uno porta all' “abuso del principio democratico”, l'esagerazione dell'altro, al despotismo.

L'equa conciliazione tra libertà e autorità risiede, secondo Scolari, nella “legalità” (non nella legge), che “rappresenta l'alleanza del principio egoistico col sociale” laddove la libertà dell'individuo è chiamata a piegarsi alla socialità entro i limiti delle necessità imposte dalle condizioni dei tempi.

Naturalmente la società risulterà tanto più progredita quanto più si attenerà la necessità di ricorrere all'autorità, ma è l'individuo, la persona, con il soddisfacimento morale e materiale dei suoi interessi, la misura del giusto equilibrio, in un contesto nel quale la legge è chiamata a conformarsi al diritto (naturale), e non il contrario.

Nella prospettiva illustrata, la libertà del singolo è la condizione preesistente in natura, l'autorità “scaturisce” invece da essa mediante diverse possibili forme di ingerenza governativa. Tuttavia, l'autorità non necessariamente sminuisce sul piano qualitativo la libertà. Per questa ragione, per Scolari, il diritto costituzionale è il diritto della libertà, non il diritto dello Stato come, invece, nel pensiero di Vittorio Emanuele Orlando secondo il quale, come noto, lo Stato ha vita propria e indipendente quale naturale e necessario organismo che ai diritti individuali offre guarentigie, ma non gli si subordina.

La lettura delle opere di Scolari dimostra che la sua costruzione dogmatica spazia dalla filosofia alla politologia, passando attraverso il diritto, in genere, quello pubblico in ispecie, e confluendo, nella sua parte propositiva, nella sociologia. È per tale ragione che Franco G. Scoca afferma che Saverio Scolari, contrariamente al parere di Vittorio Emanuele Orlando e dei suoi seguaci, è a pieno titolo un giurista che mette insieme filosofia, politologia, sociologia e, appunto, diritto, adoperando un metodo a carattere interdisciplinare di straordinario interesse e modernità.

3. *Massimo Severo Giannini*

Massimo Severo Giannini è stato notoriamente uno dei più illustri giuristi italiani del '900, profondo studioso, tra l'altro, di potestà pubbliche e funzioni amministrative.

Il rapporto autorità-libertà è uno dei temi ai quali lo studioso ha dedicato molta attenzione nei suoi scritti, muovendo le proprie riflessioni dal rilievo che sin dagli Stati anteriori alle rivoluzioni borghesi è dato rinvenire il concetto di atto dell'autorità, ma non quello di provvedimento. Nello Stato assolutista, infatti, l'atto dell'autorità presenta carattere indifferenziato, potendo consistere in una statuizione normativa, in una sentenza, in un atto amministrativo, o anche in un atto a contenuto misto: è sufficiente che a quell'atto, norme di diritto positivo attribuiscono effetti imperativi.

È con le rivoluzioni borghesi che negli ordinamenti viene introdotta, a tutela dei privati, la titolarità di situazioni giuridiche in grado di contrapporsi all'esercizio di pubblici poteri secondo il modello proprio dello Stato di diritto. Soltanto da qui, nasce il provvedimento amministrativo quale atto regolato dalla legge e munito da questa della forza di incidere su diritti o interessi giuridicamente rilevanti di privati.

In quel contesto, secondo Giannini, si pongono le fondamenta proprie del rapporto dialettico autorità-libertà, un rapporto solo in seguito mediato da un decisivo fattore terzo, il procedimento amministrativo.

Il pensiero liberale, prima, e quello socialista, poi, pongono in luce come le situazioni giuridiche soggettive aventi rilevanza nei confronti dei poteri pubblici costituiscano altrettante espressioni di libertà, frutto di traguardi della lotta politica degli ultimi secoli svolta proprio sull'ordito delle libertà e protesa all'attribuzione di libertà a classi già subalterne, al riconoscimento di nuove libertà e nuovi diritti fondamentali da aggiungere a quelli che ne avevano costituito storicamente il nucleo fondamentale, alla rimozione di distorsioni e perversioni sociali provocate da dominazioni di fatto di gruppi o persone, e così via.

Le carte costituzionali odierne, scaturite da quel lungo processo, contengono complessi enunciati di libertà, di diritti e principi fondamentali.

Nel pensiero di Massimo Severo Giannini, fedele espressione della impostazione ideologica socialista, la libertà, intesa quale categoria astratta, non pertiene alla naturale condizione dell'individuo; essa, piuttosto, costituisce il frutto di una conquista storica alla quale è conseguito il riconoscimento da parte dell'ordinamento che ha preso atto dell'esistenza, accanto a principi, garanzie, libertà e diritti soggettivi, di una ulteriore categoria, quella degli interessi legittimi, situazione giuridica soggettiva che esprime la concreta misura del rapporto autorità-libertà: una vera e propria conquista civile, ancor prima che giuridica.

Per Giannini, le teoriche succedutesi in ordine alla natura dell'interesse legittimo, per lo più fondate dapprima sulla c.d. teoria dei diritti affievoliti, in seguito sul costruito processuale della legittimazione ad agire, rinvergono composizione, a seguito dell'entrata in vigore del testo costituzionale, nella tesi che qualifica l'interesse legittimo quale vera e propria situazione soggettiva sostanziale di vantaggio, avente ad oggetto un bene della vita e passibile di tutela giudiziaria.

Se al posto delle libertà si collocano le situazioni giuridiche soggettive, in luogo dell'autorità vanno poste le potestà pubbliche, forme di manifestazione del potere pubblico autoritativo. Questo è titolare di potestà esercitate mediante provvedimenti amministrativi che producono la recessione o anche l'espansione delle situazioni giuridiche dei destinatari e di possibili terzi.

L'ampliamento delle facoltà delle potestà pubbliche ad incidenza unilaterale costituisce, a partire dal secolo XVIII in Inghilterra e negli Stati Uniti, in seguito in altri Paesi, la ragione della spinta alla massimizzazione della certezza giuridica delle potestà pubbliche e del loro esercizio mediante la predisposizione di regole verificabili disciplinanti l'attività: di tanto ne costituiscono riprova l'istituzione del principio di legalità, della riserva di legge, del principio di imparzialità dell'azione amministrativa, degli strumenti processuali propri della giustizia amministrativa e costituzionale e degli istituti della discrezionalità e del procedimento.

Il principio di legalità, in particolare, nel pensiero di Massimo Severo Giannini assume valenza diversificata: posto che l'atto autoritativo di un potere pubblico debba avere il supporto di una norma che ne disciplini il contenuto e gli effetti giuridici, accade poi che mentre per il privato che agisca come tale, le norme di legge segnano i confini entro i quali egli può liberamente agire, per la pubblica amministrazione che agisca come autorità, la legge è un vincolo che regola ogni elemento della sua azione. La riserva di legge, poi, ove sussistente, rafforza ulteriormente il principio di legalità riservando agli atti normativi primari non solo l'attribuzione del potere, ma anche la disciplina delle modalità di esercizio di talune potestà.

In estrema sintesi, il binomio autorità-libertà, nella impostazione di Massimo Severo Giannini, costituisce espressione di un costante confronto fra due opposte esigenze, entrambe insopprimibili: quella del potere pubblico, di tutelare gli interessi pubblici in modo autoritativo, secondo quanto disciplinato dall'or-

dito normativo ordinamentale; quella del cittadino, di disporre di strumenti di tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive. Il procedimento amministrativo è la sede deputata alla necessaria opera di mediazione di questo confronto.

4. *Franco Gaetano Scoca*

Franco Gaetano Scoca si iscrive a pieno titolo nel novero dei maggiori maestri italiani del diritto a cavallo del secolo scorso e di quello presente. Allievo di Massimo Severo Giannini, egli, come rilevato ancora da Natalino Irti, esprime la classica figura di intellettuale a matrice liberale meridionalista, erede cioè di quella borghesia nella quale la dimensione individualistica, ispirata ad un forte sentimento di difesa del cittadino nei confronti del potere amministrativo, si coniuga con una altrettanto radicata dimensione sociale consistente in una vena statalistica che, per la storia personale di Franco G. Scoca e fors'anche nel solco del pensiero del suo maestro, lo induce ad individuare nello Stato e nelle istituzioni in generale, gli strumenti necessari per la realizzazione della tutela effettiva delle libertà individuali e, nondimeno, della giustizia sociale. Laddove quest'ultima, poi, non sia conseguita o, peggio, risulti del tutto disattesa dal potere pubblico, il nostro studioso ne trae profonda delusione e si produce in lui una vera e propria insofferenza in grado di determinare uno scatto di ribellione intellettuale che si tramuta in insaziabile "brama" di ulteriore ricerca e di dimostrazione di responsabilità anche storiche. Il metodo adoperato al fine è quello a lui più congeniale: il perseguimento della verità attraverso un'attenta disamina di documentazione, ovvero il riscontro di testimonianze nella misura in cui siano passibili di verifica della loro attendibilità. Insomma, i metodi propri di un approccio investigativo volto ad appagare irrinunciabili esigenze di onestà intellettuale.

Dal 1861 alla fine del secolo XIX, rileva Scoca, si ritiene che la disciplina giuridica applicabile agli atti della amministrazione sia il diritto privato (o diritto comune) e che quegli atti, allorquando interferenti con interessi di soggetti privati, necessitino del consenso di questi ultimi. Solo laddove la volontà privata non intervenga, la legge compenserà la mancanza del consenso.

Se nella teorica dello Stato assoluto così come in quello c.d. di polizia, il sovrano era *legibus solutus*, l'affermazione dello Stato di diritto, con la subordinazione dell'amministrazione alla legge, non determina di per sé l'istituzione di una disciplina speciale, se non in minima parte: l'approvazione della legge sull'unificazione del 1865 e l'esistenza della giurisdizione del solo giudice ordinario confermano, infatti, la perdurante legittimazione del ricorso a schemi privatistici, nonostante l'ormai avvenuta "scoperta" del provvedimento amministrativo.

È soltanto la legge n. 5992 del 1889, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, a determinare il cambiamento dello schema teorico, a partire dalla con-

siderazione che l'amministrazione, nel perseguimento dell'interesse pubblico, è titolare di poteri anche unilaterali il cui esercizio prescinde dal consenso (reale o virtuale) dei destinatari del provvedimento: circostanze che determinano, in una all'affermarsi del principio di legalità, che anche la tutela nei confronti di atti unilaterali della pubblica amministrazione sposti il proprio *focus*, passando dall'uso di metodiche proprie di stampo civilistico, alla verifica della correttezza dell'applicazione di regole vincolanti l'esercizio dell'azione dell'amministrazione. Nella nuova prospettiva, atti ai quali era dapprima disconosciuta la natura autoritativa a causa del perdurante riconoscimento di taluni elementi a contenuto consensuale (si tratta delle concessioni, autorizzazioni, espropriazioni per pubblica utilità, atti costitutivi del rapporto di impiego), vengono ricostruiti come espressione di poteri unilaterali, per essere definitivamente inquadrati quali provvedimenti a carattere autoritativo.

Quanto questo fenomeno possa ritenersi consistente in un effettivo passaggio da un'amministrazione del tutto libera o consensuale ad una di tipo autoritativo è impresa non agevole soprattutto in considerazione della circostanza che l'eventuale mancanza di consenso non avrebbe determinato la paralisi dell'azione, quanto, come rilevato, il ricorso all'effetto sostitutivo prodotto dalla legge. Pare piuttosto doversi ritenere che sia l'ampiezza della imperatività, a prescindere dagli strumenti teorici atti ad esercitarla, a determinare i veri confini dell'autoritatività rispetto agli ambiti di libertà. Peraltro, rileva Franco G. Scoca, neppure l'affermazione della disciplina propria del diritto amministrativo, tra fine Ottocento e primi decenni del Novecento, produce il venir meno della impostazione dell'atto amministrativo quale negozio giuridico, determinando, piuttosto, una sorta di contaminazione della teorica sia in ordine ai profili concernenti la perfezione dell'atto, sia a quelli della sua validità, entrambi ancora impostati sulla falsariga di schemi tipicamente privatistici: da qui, la sottoposizione dell'attività amministrativa in parte al diritto pubblico, in parte a quello privato, con il ricorso ad un doppio statuto.

In ogni caso, è il tema dell'attività amministrativa di diritto privato a porre più complessi problemi in termini di rapportabilità della sua nozione a quella di autonomia privata.

Massimo Severo Giannini, nella voce *Attività amministrativa* della *Enciclopedia del Diritto* (1958) aveva rilevato come ogni ente pubblico godesse di autonomia privata per la semplice circostanza di essere una persona giuridica.

La giurisprudenza, invece, con riferimento ai contratti dell'amministrazione, aveva distinto gli atti d'imperio, che precedono la conclusione del contratto e sono sottoposti a regole del diritto pubblico, e gli atti di stipula e di esecuzione del contratto, rientranti *tout court* nella disciplina propria del codice civile.

A distanza di alcuni decenni, tuttavia, quella impostazione definita del "doppio grado" cominciava a non reggere l'urto del pensiero di quanti erano ormai

propensi ad affermare l'incompatibilità tra l'autonomia privata e lo statuto speciale dell'azione amministrativa, considerato che l'amministrazione, anche quando agisse con lo strumentario proprio dell'attività privatistica, esprimeva comunque un'attività funzionalizzata qualificata, appunto, attività amministrativa.

Invero, come si è avuto in precedenza occasione di rilevare, non esiste un rapporto di necessarietà biunivoca tra carattere unilaterale del potere e struttura unilaterale dell'atto: nel medesimo atto consensuale, infatti, possono coesistere poteri di diversa natura, ancorché tutti convergenti al regolamento di interessi cui si intenda dar vita, con il concorso, appunto, di poteri autoritativi e non autoritativi.

Nella impostazione di Franco G. Scoca, l'autoritatività designa ormai una nozione tecnico-giuridica alla quale sono estranei sovraccarichi ideologici derivanti dal collegamento, ormai spezzato, con la nozione di sovranità.

“La funzione amministrativa ha dismesso da tempo le vesti delle funzioni sovrane, per acquisire il più dimesso (ma aggiornato con l'idea della sovranità popolare) ruolo di (attività di) servizio”. L'autorità è ormai solo etero-regolazione e il potere autoritativo è, dunque, il potere di disciplinare interessi altrui anche senza il consenso (o il concorso determinante) dei titolari degli interessi.

L'autorità è un attributo del potere precettivo della pubblica amministrazione, ove la precettività si sostanzia come capacità di elaborare la regolazione degli interessi pubblici e di quelli dei privati. L'autoritatività non è quindi una qualificazione dell'atto con il quale il potere viene esercitato; l'atto semmai può qualificarsi imperativo. E anche laddove il potere precettivo non sia autoritativo, in quanto non capace di etero-regolamentare, esso non cessa di essere comunque potere amministrativo funzionalizzato ed assoggettato alla disciplina tipica dell'azione precettiva dell'amministrazione.

Si può dunque affermare che il potere autoritativo può esprimersi in atti unilaterali o in atti consensuali, senza perdere la sua natura che permane autoritativa, come, a titolo esemplificativo, nel caso degli accordi disciplinati dalla l. n. 241 del 1990. Ove il consenso del privato risulti invece necessario per raggiungere un determinato regolamento fra interessi, il potere dell'amministrazione non può considerarsi autoritativo.

D'altra parte, l'amministrazione non esercita mai un potere libero, ma sempre e solo un potere amministrativo: tale condizione è presupposto necessario di legittimità dell'azione, si realizza con la corretta applicazione delle previste regole del procedimento e si sostanzia nell'obbligo di presa in considerazione e di tutela di tutti gli interessi coinvolti nell'azione (sia pubblici che privati), nei limiti consentiti dall'interesse pubblico primario.

Nel pensiero di Franco G. Scoca, l'autoritatività dell'amministrazione (capacità di eteroregolamentazione) diviene dunque garanzia della libertà, in quanto l'azione precettiva non è solo funzionale alla tutela dell'interesse pubblico, ma a quella di tutti gli interessi con imposizione del minor sacrificio possibile (Capac-

cioli): in tale prospettiva, la tutela sostanziale e indefettibile della partecipazione assurge a fonte di legittimazione di esercizio del potere (Spasiano).

Non si frappongono ostacoli o limiti alla concorrenza di elementi consensuali nell'atto amministrativo, ma essi non vanno rapportati ai principi della libera determinazione del contenuto del contratto, quanto "ad un potere precettivo funzionalizzato, vincolato nel fine, disciplinato nella forma e indirizzato nella sostanza".

Nella pragmatica impostazione di Scoca, la differenza tra atti autoritativi e atti privati è data ormai solo dalla identificazione di elementi concreti quali la struttura, la funzione, le situazioni giuridiche soggettive delle quali essi siano espressione. E gli ambiti effettivi della negoziabilità dell'assetto degli interessi, vuoi fissato con atto consensuale, vuoi risultante da atto autoritativo, è comunque limitato come conseguenza naturale della funzionalizzazione del potere amministrativo alla tutela dell'interesse pubblico.

Non si tratta dunque di procedere sulla strada della diffusione di strumenti di consensualità, come ha sinora prevalentemente operato il legislatore, quanto di diffondere adeguati ed efficaci strumenti di partecipazione procedimentale, "in modo da vincolare in maniera più stringente l'azione autoritativa sia alla soddisfazione dell'interesse pubblico (anche mediante più intensa responsabilizzazione degli operatori pubblici) sia al rispetto degli interessi privati, e controllando con più attenzione (anche in sede giurisdizionale) lo svolgimento e l'esito dell'azione autoritativa".

Le libertà espresse dalle situazioni di interesse legittimo, alla luce dell'ordito costituzionale, devono rinvenire, nel pensiero di Franco G. Scoca, tutela nell'esercizio dell'azione autoritativa dell'amministrazione poiché la soddisfazione dell'interesse privato rientra nelle finalità che essa è tenuta a perseguire. Muta definitivamente il rapporto Stato-cittadino, muta il binomio autorità-libertà in quanto amministrazione e cittadino non si collocano più in una relazione di estraneità e di contrapposizione di interessi, ma in una prospettiva (persino obbligata) di collaborazione e di ricerca comune di un equilibrio.

L'ordinamento svela chiaramente che l'interesse pubblico primario non si definisce più nelle sole previsioni dei testi normativi, rendendosi necessario, al fine, un processo conformativo procedimentale, frutto di dialogo fra tutte le parti coinvolte. Rileva Franco G. Scoca che "si deve sottolineare il profondo mutamento di prospettiva: l'interesse privato da interesse tutelato solo di riflesso, e, quindi, non tutelato affatto in quanto interesse privato, diventa oggetto non solo di valutazione da parte dell'amministrazione, ma anche obiettivo di soddisfazione, ove non contrasti con l'interesse pubblico". Tutto ciò, ancora una volta, a dimostrazione della incolumabile differenza tra il diritto soggettivo e l'interesse legittimo: essa "non riguarda solo la tecnica (o il modo, o la misura) della protezione, ma anche l'interesse oggetto della protezione; e ciò anche quando

l'azione dell'amministrazione si dirige, per estinguerlo o ridurlo, verso (o contro) un interesse che è (già) protetto come diritto soggettivo".

Una riflessione di sintesi – Il percorso da Scolari a Scoca, passando attraverso Giannini, ci consente di pervenire ad alcune considerazioni.

Dalla prospettiva di Scolari si apprende che il diritto costituzionale è il diritto delle libertà. In quelle libertà, innate nell'uomo e nella sua natura, è dato rinvenire la fonte di tutti i diritti umani i quali possono rinvenire restrizioni solo nell'impatto con l'autorità, legittimata a porre quei doveri (limitativi delle libertà) che lo Stato impone in ragione della "associazione umana".

Quelle stesse libertà, nella visuale di Giannini, sono il frutto di conquiste storiche degli ordinamenti, non condizioni innate alla natura umana. Esse peraltro constano non solo di diritti o principi, bensì di una miriade di situazioni giuridiche soggettive, che assumono il nome di interessi legittimi, e coincidono con altrettanti beni della vita ai quali le norme dell'ordinamento prestano tutela. La norma, d'altronde, nel pensiero di Giannini presenta due facce: definisce il confine entro il quale il cittadino è legittimato ad agire liberamente, e, contemporaneamente, pone il vincolo, per la pubblica amministrazione, derivante dalla regolazione di ogni elemento della sua azione. La coniugazione del confronto tra l'uso delle libertà riconosciute al privato ed i vincoli all'esercizio dell'azione amministrativa è opera del procedimento.

Le (comunque) permanenti condizioni di contrapposizione tra libertà e autorità, con le storiche e cicliche derive tra forme di eccesso di democrazia e di dispotismo, rinvengono una sorta di composizione nel pensiero di Scoca. Per il maestro, le libertà, a partire da quelle espresse dalle situazioni di interesse legittimo, devono rinvenire tutela nell'esercizio dell'azione autoritativa dell'amministrazione poiché la soddisfazione dell'interesse privato rientra nelle finalità che essa è tenuta a perseguire.

Muta definitivamente il binomio autorità-libertà che, da condizioni di contrapposizione, alla luce degli orientamenti espressi dal legislatore e delle spinte della giurisprudenza, evolve verso inediti modelli di giustapposizione sulla base della circostanza che amministrazione e cittadino non si collocano più in una relazione di estraneità di interessi e l'interesse privato, come sottolinea Scoca, da interesse tutelato solo di riflesso diviene oggetto non solo di valutazione da parte dell'amministrazione, ma precipuo obiettivo di soddisfazione, fino ai massimi limiti compatibili con la cura dell'interesse pubblico.

Pare, nella enunciata prospettiva, potersi chiudere un ulteriore passaggio della equazione originata da Scolari: infatti, se per lui, il diritto costituzionale è il diritto delle libertà (e non dello Stato) e per Giannini il diritto amministrativo è il diritto della contrapposizione tra potere pubblico e interessi legittimi che necessitano di forme di tutela, per Scoca, il diritto amministrativo è il diritto delle garanzie di quelle libertà.

Si tratta di un traguardo di straordinaria civiltà che impegna tutti i giuristi nell'esercizio dei diversi ruoli ai quali sono chiamati. Tanto più, poi, che l'ormai incerta qualificazione degli interessi privati (sempre più connotati anche dalla presenza di elementi di natura quantomeno mista, nei quali non secondari né ininfluenti si prospettano i relativi profili di pubblico interesse) e l'incompletezza delle qualificazioni normative di interesse pubblico, impongono agli operatori giuridici un notevole, ma necessario sforzo di conformazione procedimentale dello stesso interesse pubblico.

Bibliografia essenziale:

- S. Cassese, *Massimo Severo Giannini*, in *Il contributo italiano alla storia del Pensiero*, Treccani, 2012;
- M.S. Giannini, voce *Attività amministrativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1958;
- M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970;
- M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981;
- F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, Torino, 2017;
- F.G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020;
- F.G. Scoca, *Risorgimento e Costituzione*, Milano, 2021;
- F.G. Scoca, *Approfondimenti*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2021;
- F.G. Scoca, *Saverio Scolari: dalle prolusioni di Parma a quelle di Roma* (in corso di stampa)

Saggi

Il suolo come “infrastruttura ambientale” e il ruolo dei rifiuti organici per la sua tutela

di Francesco de Leonardis

SOMMARIO: 1. La “cenerentola” delle matrici ambientali. – 2. Qualche dato essenziale sul suolo. – 3. Caratteristiche, composizione, funzioni e “servizi ecosistemici” del suolo. – 4. Le otto minacce al suolo. – 5. Le funzioni ecosistemiche del suolo tra diritto internazionale e diritto europeo. – 6. La prospettiva “riduttiva” della tutela del suolo nel diritto nazionale. – 7. Il ruolo della gestione dei rifiuti organici per la tutela del suolo. – 8. I materiali compostabili come strumento per la tutela del suolo. – 9. Conclusioni.

“Suolo, acqua, montagne, tutto è carezza di Dio”: Laudato si’, Papa Francesco, par. 84

1. *La “cenerentola” delle matrici ambientali*

Assai opportunamente il Report delle Nazioni Unite *Our Common Future* del 1987, conosciuto come il rapporto Brundtland dal nome di chi lo ha esteso, proponeva, nel suo *incipit*, di guardare al nostro Pianeta in una prospettiva diversa da quella usuale.

Si tratta del punto di vista di chi guarda ad esso dall’esterno, da fuori, dall’alto: “from space, we see a small and fragile ball dominated not by human activity and edifice but by a pattern of clouds, oceans, greenery and soils”.

Nonostante il nostro Pianeta sia costituito per ben due terzi da Oceani e solo per circa un terzo da Suoli¹, questi ultimi sono così rilevanti che sin dall’antichità ci si è riferiti al nostro Pianeta come alla “Terra”: sono assai note le parole del Cantico dei Cantici di San Francesco che hanno dato il nome all’enciclica del 2015 “Laudato si’, mi’ signore, per sora nostra matre Terra, la quale ne sustenta et governa, et produce diversi fructi con coloriti fiori et herba”².

Sebbene il Suolo (lo si scrive volutamente con l’iniziale in maiuscolo) venga citato come prima matrice ambientale nella stessa enciclica³, nel dibattito pubblico esso viene assai spesso⁴, se non ignorato, almeno oscurato dalla con-

¹ M. CHERLET, C. HUTCHINSON, J. REYNOLDS, J. HILL, S. SOMMER, G. VON MALITZ (Eds.), *World Atlas of Desertification*, Publication Office of the European Union, Luxembourg, 2018.

² Cantico delle creature: Fonti Francescane (FF) 263.

³ “La violenza che c’è nel cuore umano ferito si manifesta anche nei sintomi di malattia che avvertiamo nel suolo, nell’acqua, nell’aria e negli esseri viventi” (par. 2). Riferimenti al suolo si ritrovano anche nel par. 10 (“acidificazione del suolo”); nei parr. 23 e 38 (“deforestazione”); nel par. 89 (“la desertificazione del suolo è come una malattia per ciascuno”) e nel par. 140 (“composizione del suolo”).

⁴ Non mancano ovviamente le eccezioni: meritorio, a livello nazionale, è il lavoro che viene

siderazione di altre matrici, anch'esse ovviamente essenziali (l'ambiente marino o le altre matrici dell'aria, dell'atmosfera, degli habitat, della flora e della fauna), anche se negli ultimi anni, fortunatamente, si riscontra un timido accenno ad un'inversione di tendenza⁵.

Non è questa la sede per indagare su quali possano essere le radici di tale frequente sotto-valutazione del Suolo – forse perché è in basso, forse perché lo calpestiamo (la stessa etimologia latina di *solum* porta a considerarlo *in primis* come una sorta di basamento, di pavimento), forse perché lo consideriamo sporco (gli inglesi lo chiamano anche *dirt*), forse perché a differenza dell'aria e dell'acqua, il suolo è storicamente una risorsa di proprietà privata⁶, forse perché si trova in una zona di confluenza tra discipline diverse⁷ o tra competenze diverse⁸ –, il fatto è che, in ogni caso, tranne poche eccezioni⁹, non ci si sofferma su di esso con la dovuta attenzione o, quando lo si fa, lo si considera in una prospettiva che, come vedremo, appare riduttiva perché non ne evidenzia pienamente il suo fondamentale ruolo di infrastruttura ambientale¹⁰.

Tale considerazione “parziale” si riscontra in modo evidente anche sul piano

svolto al riguardo dalla Re Soil Foundation (www.resoilfoundation.org) che svolge una continua opera di sensibilizzazione al riguardo o dal *forum* www.salviamoilpaesaggio.it o, ancora, da associazioni ambientaliste come Legambiente. Si può segnalare anche l'iniziativa internazionale “4 per 1000” lanciata dalla Francia il 1° dicembre 2015 durante la COP21 che mira a dimostrare che l'agricoltura e in particolare i suoli agricoli possono svolgere un ruolo cruciale nella sicurezza alimentare e nei cambiamenti climatici (www.4p1000.org).

⁵ Si pensi ad esempio all'istituzione da parte della FAO nel 2014 di una “Giornata Mondiale del Suolo” (il 5 dicembre) che ha come scopo la sensibilizzazione dell'opinione pubblica sull'importanza di un suolo sano.

⁶ Sul tema, però, della riconducibilità dei suoli alle dimensioni proprietaria e di bene comune si richiama il filone di pensiero di E. BOSCOLO, *Beni privati, beni pubblici e beni comuni*, in *Riv.giur.urb.*, 2013, 431; ID., *I beni ambientali (demanziali e privati) come beni comuni*, in *Riv.giur.amb.*, 2017, 379 e ID., *Beni pubblici e beni comuni: appunti per una sistemazione teorica*, in *Scritti in onore di E. Picozza*, vol. I, 2019, 171ss. con ivi citata ampia bibliografia sui beni comuni.

⁷ Si sofferma, ad es., sui rapporti tra agricoltura e ambiente G. PRIMERANO, *Il carattere multifunzionale dell'agricoltura tra attività economica e tutela dell'ambiente*, in *Dir.amm.*, 2019, 837ss. (con specifici riferimenti al suolo da 858).

⁸ Così ad esempio nel diritto nazionale di tutela del suolo si occupano anche le Regioni: sul punto cfr. F. ANASTASI, *Per un superamento del feudalesimo normativo nella gestione del consumo di suolo*, in *Ambientediritto*, 2020.

⁹ In generale sul suolo cfr. R. PAVIA, *Tra suolo e clima*, Donzelli, 2019, 21; PILERI, *Che cosa c'è sotto. Il suolo, i suoi segreti, le ragioni per difenderlo*, Altraeconomia, 2016; L. BOURGUIGNON, *Il suolo un patrimonio da salvare*, Slow Food Editore, 2004 e C. PERRONE, G. GORELLI, *Il governo del consumo di suolo. Metodi, strategie e criteri*, Firenze, 2012.

¹⁰ Tra gli scienziati che invece da anni parlano del suolo in termini di risorsa capace di generare servizi ecosistemi si possono ricordare M. HAYGARTH, K. RITZ, *The future of soils and land use in the UK: Soil system for the provision of Land-based ecosystem services*, in *Land Use Policy*, vol. 26, Supplement 1, Elsevier, 2009, 187 ss.; R. LAI, *Soil carbon sequestration to mitigate climate change*, in *Geoderma*, 123, Elsevier, 2004, 1-22.

giuridico pur essendo ormai chiara la pluralità di significati del termine¹¹: nel diritto positivo il nostro “povero” Suolo viene messo in ombra rispetto alle altre matrici ambientali soprattutto a livello europeo e nazionale e anche in dottrina, anche in questo caso con poche eccezioni¹², sotto il profilo ambientale si tende a considerarlo solo tangenzialmente lasciandosi molto più spazio alla matrice acqua con la quale pure la tutela del suolo appare, come vedremo, intimamente connessa.

In generale, soprattutto, il Suolo viene ancora prevalentemente considerato come fonte di possibili danni per l'uomo (frane, alluvioni, valanghe, dissesto idrogeologico) e, dunque, fondamentalmente, come risorsa da preservare per tutelare la pubblica incolumità o, al limite, da preservare dalla siccità e non come fornitore per eccellenza di servizi ecosistemici¹³ o di capitale naturale¹⁴.

¹¹ Cfr. CARPENTIERI, *Il “consumo” del territorio e le sue limitazioni. La “rigenerazione urbana”*, in *Federalismi*, n. 1/2020 e W. GASPARRI, *Consumo di suolo e sviluppo sostenibile nella destinazione agricola dei suoli*, in *Dir pubbl.*, 2020, 421 ss. che correttamente parla di bene “multifunzionale”.

¹² E. BOSCOLO, *Oltre il territorio: il suolo quale matrice ambientale e bene comune*, in *Urb.app.*, 2014, 129; ID., *Il suolo quale matrice ambientale e bene comune: il diritto di fronte alla diversificazione della funzione pianificatoria*, in *Scritti in onore di Stella Richter*, II, 1101; W. GASPARRI, *Suolo bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà*, in *Dir pubbl.*, 2016, 69 ss.

¹³ Solo di recente nel diritto europeo si trova una espressa definizione giuridica di “servizi ecosistemici” quali “contributi diretti e indiretti degli ecosistemi ai benefici economici, sociali, culturali e di altro tipo che le persone traggono da tali ecosistemi” (art. 2 par. 14 del regolamento 2020/852 cd. regolamento tassonomia). Con tale nozione si è passati da una concezione dell'ambiente come contenitore ad una concezione dello stesso come fornitore di servizi e a livello giuridico si inizia a interrogarsi su come “tutelare” tale fornitura di servizi anche attraverso strumenti economici (cfr. a livello nazionale l'art. 70 legge n. 22/2015 e l'art. 7, co. 8 d.lgs. 34/2018 e, a livello europeo, l'art. 28 del reg. UE 1305/2013 sui pagamenti agro-climatico-ambientali). Il concetto di servizi ecosistemici è emerso alla fine degli anni Ottanta: H.A. MOONEY, R. EHRLICH, *Ecosystem services: a fragmentary history*, in G.C. Daily (ed.), *Nature Services: Societal Dependence on Natural Ecosystem*, Island Press, Washington DC, USA, 1997, 11-19; R. DE GROOT, *Functions of Nature: Evaluation of Nature in Environmental Planning Management and Decision Making*, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1992. Nella dottrina nazionale tra i pionieri dell'analisi del concetto si vedano M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007; M. CAFAGNO, D. D'ORSOGNA, F. FRACCHIA, *Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2018, n. 3, 713 ss.; M. CARRER, *I servizi ecosistemici. Note per una critica costituzionale*, in *Quaderni amministrativi*, 2020, n. 3, 128 ss.; A. FARI, *Beni e funzioni ambientali. Contributo allo studio della dimensione giuridica dell'ecosistema*, Napoli, 2013; ID., *L'ambiente come funzione. Servizi ecosistemici e capitale naturale*, in *Diritto dell'ambiente* (a cura di G. Rossi), V ed., Giappichelli, 2021, 121; F. FRACCHIA, *Environmental Law: Principles, Definitions and Protection Models*, Napoli, 2018; A. LALLI, *I servizi ecosistemici e il capitale naturale: una prospettiva giuridico-istituzionale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2017, vol. 50, n. 195/196, 39 ss.; M. MONTEDURO, *Environmental Law and Agroecology. Transdisciplinary Approach to Public Ecosystem Services as a New Challenge for Environmental Legal Doctrine*, in *European Environmental Law Review*, 2013, (1)22, 2; M. MONTEDURO, A. DE NUCCIO, *Servicios agroecosistémicos y patrimonio rural material e inmaterial*, in D. SANTIAGO IGLESIAS, L. MÍGUEZ MACHO, A.J. FERREIRA FERNÁNDEZ (Dir.), *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural*, Cizur Menor (Navarra), 2021, 449 ss.; A. SOLAZZO, *I pagamenti per i servizi ecosistemici: problematiche e prospettive*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2016, n. 3-4, 585 ss.

¹⁴ Il concetto di capitale naturale viene dato per presupposto dall'art. 67 della legge 28 dicem-

A livello europeo, nonostante “unanime sia stato il consenso sulla necessità di garantire al Suolo lo stesso grado di protezione riservato alle altre matrici ambientali come l’aria e le acque, perché le funzioni che esso svolge sono determinanti per la sopravvivenza delle persone e degli ecosistemi”¹⁵ e nonostante si sia rilevato che la perdita di suolo e la diminuzione della fertilità appare come la minaccia principale allo sviluppo sostenibile¹⁶, manca ancora, nel 2022, una direttiva specifica sul suolo¹⁷.

A livello nazionale il Codice dell’ambiente (d.lgs. n. 152/2006) si occupa di suolo (peraltro non in una parte specifica ma in prospettiva integrata assieme alle acque¹⁸), principalmente (ma non solo), nella parte III “Norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione, di tutela delle acque dall’inquinamento e di gestione delle risorse idriche” ma tale considerazione viene limitata per lo più alla prospettiva della prevenzione del rischio o del danno ambientale.

Il suolo, infatti, viene considerato principalmente come un possibile “recettore” di contaminazioni¹⁹ oppure come oggetto di dissesto idrogeologico²⁰ oppure come risorsa da preservare rispetto all’edificazione in quella che potremmo definire come la prospettiva urbanistica della tutela del suolo²¹: in ogni caso non lo si considera ancora a tutto campo come vera e propria “infrastruttura ambientale” ma solo riduttivamente a questo o a quel fine.

bre 2015, n. 221 (cd. collegato ambientale) che istituisce il Comitato per il capitale naturale che ha il compito di fornire ogni anno “un rapporto sullo stato del capitale naturale del Paese, corredato da informazioni e dati ambientali espressi in unità fisiche e monetarie, seguendo le metodologie definite dall’Organizzazione delle Nazioni Unite e dall’Unione europea, nonché di valutazioni ex ante ed ex post degli effetti delle politiche pubbliche sul capitale naturale e sui servizi ecosistemici”. L’ultimo rapporto adottato è quello del 2021: Comitato per il Capitale Naturale, Quarto Rapporto sullo stato del Capitale Naturale in Italia, Roma.

¹⁵ Proposta di direttiva che istituisce un quadro per la protezione del suolo e modifica la direttiva 2004/35 del 22 settembre 2006 COM (2006)232 def (d’ora in poi brevemente “Proposta direttiva suolo del 2006”).

¹⁶ COM (2001) 264.

¹⁷ Una legge europea sul suolo è stata annunciata nella Strategia europea sul suolo del 2030 annunciata a novembre 2021 ed è attesa per il secondo trimestre del 2023.

¹⁸ Come del resto avveniva con la legge n. 183/1989 con la quale si era provveduto a suddividere l’intero territorio nazionale in unità territoriali idonee alla funzione, i bacini idrografici a carattere nazionale, interregionale e regionale.

¹⁹ Cfr. art. 4, co. 4 TUA che fissa l’obiettivo di ridurre le emissioni nel suolo per conseguire un elevato livello di protezione dell’ambiente e che a tal fine utilizza lo strumento dell’autorizzazione integrata ambientale; art. 5, co. 1 lett. c); lett. i-ter); lett. i-septies) TUA che lo considera come uno dei fattori su cui possono esercitarsi impatti, inquinamenti ed emissioni;

²⁰ Cfr. artt. 54 ss. TUA.

²¹ Richiama in più punti il ruolo fondamentale che può essere svolto dalla pianificazione urbanistica con contenuti ambientali E. BOSCOLO, *Oltre il territorio*, cit., 130; v. anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, M. DE DONNO, *Governo del territorio e ambiente*, in *Diritto dell’ambiente*, cit. 221; L. PORTALURI, C. NAPOLITANO, *L’ambiente e i piani urbanistici*, *ibidem*, 242.

Indicativo in questa linea è quanto afferma il Piano sulla Transizione Ecologica di recente approvazione per il quale con riguardo al suolo “l’obiettivo del Piano è arrivare a un consumo zero netto entro il 2030, sia minimizzando gli interventi di artificializzazione, sia aumentando il ripristino naturale delle aree più compromesse, quali gli ambiti urbani e le coste. Frane, smottamenti e fenomeni alluvionali riguardano il 90% dei Comuni, con quasi un quinto del territorio a rischio medio-alto. Il Piano prevede di mettere in sicurezza il territorio rafforzando la governance e un sistema di monitoraggio avanzato che diano coerenza a un programma nazionale di prevenzione e contrasto”²².

Anche nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, che pure dedica nell’ambito della missione 2 “Rivoluzione verde e transizione ecologica” un componente alla “Tutela del territorio e della risorse idrica” (M2C4) le finalità di recupero della fertilità del suolo sono accennate solo marginalmente²³ mentre uno spazio assai maggiore lo hanno la prevenzione del rischio idrogeologico²⁴ e la promozione della produzione di biogas²⁵.

Nel diritto internazionale la considerazione del suolo avviene a più ampio raggio: già dal 1992 nella conferenza di Rio si affrontò il problema e si misero le basi per la convenzione sulla desertificazione (d’ora in poi brevemente “UNCCD”) che venne adottata nel 1994²⁶ e che è entrata in vigore nel 1996 e

²² Il Piano di Transizione Ecologica, che intende fornire il quadro concettuale che accompagna gli interventi del piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), approvata con delibera CITE 28 luglio 2021, n. 1 è stata di recente pubblicata sulla G.U. 5 febbraio 2022, n. 30.

²³ PNRR 129. Sulla natura del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza che prevede un volume di investimenti pari a 222,1 miliardi di euro (191,5 finanziati attraverso il Dispositivo per la ripresa e la resilienza e 30,6 attraverso il fondo complementare) v. F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in *giustiziamministrativa*, 2021.

²⁴ PNRR, 146 “l’obiettivo è portare in sicurezza 1,5 milioni di persone oggi a rischio.

²⁵ PNRR, 130.

²⁶ La convenzione delle Nazioni Unite sulla lotta alla siccità e alla desertificazione (*United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, particularly in Africa*) è stata adottata il 17 giugno 1994 a Parigi dal Comitato intergovernativo istituito *ad hoc*, il 22 dicembre 1992, dalla risoluzione 47/188 dell’Assemblea Generale. La Convenzione, che ha durata illimitata, è stata aperta alla firma dal 14 ottobre 1994 al 13 ottobre 1995; in tale arco temporale è stata firmata da 115 Paesi – l’Italia tra questi, il 14 ottobre 1994 – che l’hanno successivamente ratificata (il nostro paese con la legge n. 170 del 4 giugno 1997). La Convenzione, che ha durata illimitata, è in vigore a livello internazionale dal 26 dicembre 1996. Sono ad oggi Parte della Convenzione tutti i membri delle Nazioni Unite in quanto anche i Paesi non firmatari hanno esercitato l’opzione di accesso allo strumento pattizio. L’Unione Europea è parte della Convenzione dal 26 marzo 1998. L’UNCCD è l’unico accordo internazionale giuridicamente vincolante che collega l’ambiente e lo sviluppo alla gestione sostenibile del territorio. Nel 2007 UNCCD ha adottato una strategia decennale (riferita al periodo 2008-2018) nell’ambito della quale le parti della Convenzione hanno ulteriormente specificato i loro obiettivi, per “creare una *partnership* globale per prevenire la desertificazione/degrado del territorio e per mitigare gli effetti della siccità nelle zone colpite al fine di sostenere la riduzione della povertà e la sostenibilità ambientale”.

che però si limitava ad evidenziare il problema della perdita di suoli causata dalla siccità.

Il suolo viene oggi, invece, considerato a tutto tondo in vari obiettivi e target dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite²⁷.

Il Suolo costituisce specificamente l'obiettivo 15 dell'Agenda 2030 che appunto è quello di “proteggere, ripristinare e favorire un uso sostenibile dell'ecosistema terrestre, gestire sostenibilmente le foreste, contrastare la desertificazione, arrestare e far retrocedere il degrado del terreno e fermare la perdita di diversità biologica”; il *target* 15.3 si propone “entro il 2030, combattere la desertificazione, ripristinare le terre degradate, comprese quelle colpite da desertificazione, siccità e inondazioni e battersi per un mondo privo di degrado del suolo” e la tutela del suolo viene richiamata anche nell'obiettivo 2 sulla agricoltura sostenibile in cui ci si propone di “entro il 2030, garantire sistemi di produzione alimentare sostenibili e implementare pratiche agricole resilienti che aumentino la produttività e la produzione, che aiutino a proteggere gli ecosistemi, che rafforzino la capacità di adattamento ai cambiamenti climatici, a condizioni meteorologiche estreme, siccità, inondazioni e altri disastri e che migliorino progressivamente la qualità del suolo”.

2. *Qualche dato essenziale sul suolo*

Seguendo il condivisibile approccio contenuto nell'art. 191 TFUE per il quale ogni politica ambientale deve partire dai dati tecnico-scientifici disponibili, dalla considerazione degli specifici contesti ambientali e dai vantaggi e dagli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione, si ritiene che in questo, come in qualsiasi altro approfondimento giuridico di diritto dell'ambiente, si debba partire dalla conoscenza dell'oggetto che le norme giuridiche si propongono di tutelare o proteggere²⁸.

Gli interrogativi cui si tenterà di dare una risposta, se pur cenni, nella prima parte del presente contributo sono dunque quelli di cosa sia il suolo; perché sia

L'UNCCD prevede la predisposizione di piani di azione nazionale (PAN) finalizzati allo sviluppo sostenibile con l'obiettivo di ridurre le perdite di produttività dei suoli causate da cambiamenti climatici e attività antropiche. Il PAN italiano è stato predisposto secondo le linee guida approvate il 22 luglio 1999 dall'ex CNLD (Comitato Nazionale per la Lotta alla Siccità e alla Desertificazione) ed è stato adottato con delibera CIPE n. 229 del 21 dicembre 1999.

²⁷ La risoluzione 70/1 “Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile” (d'ora in poi brevemente “Agenda 2030”) è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015 e indica 17 obiettivi di sviluppo sostenibile e 169 *target* che li sostanziano.

²⁸ Richiama la necessità di riflettere sulle norme relative al metodo e ai procedimenti di elaborazione e di attuazione delle politiche ambientali M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 2022, 1, 25.

così importante per noi; quali siano le sue caratteristiche; se sia o meno una risorsa rinnovabile; come sia composto; quali criticità si riscontrino oggi in relazione ad esso sia a livello globale, sia a livello europeo che nazionale. Il tutto per verificare se le norme giuridiche in essere riconoscano sufficientemente la valenza di infrastruttura ambientale del suolo stesso o meno.

Si passerà poi a verificare, al di là delle questioni, se le categorie giuridiche esistenti siano sufficienti a garantirne la tutela in relazione alle funzioni ambientali²⁹; quale ruolo possa giocare al riguardo la migliore tutela dei rifiuti organici, quale possa essere la spinta dell'innovazione e delle nuove tecnologie al riguardo e quali siano gli strumenti giuridici, in sintesi, su cui si possa lavorare per migliorare la situazione di questa matrice sotto il profilo più strettamente ambientale.

Ebbene iniziando a rispondere alla prima domanda su che cosa si intenda per suolo possiamo dire che quando si parla di suolo ci si riferisce allo strato superiore della crosta terrestre³⁰: si tratta di quello strato sottile dell'ordine di qualche decina di centimetri che si estende sotto i nostri piedi che si sovrappone al più noto “sottosuolo” che è costituito dalla roccia.

Il suolo è una sorta di involucro che ricopre la parte emersa della superficie del Pianeta e che è pari a circa un terzo dell'intera superficie³¹, si tratta di un piccolo strato di alcune decine di centimetri, una piccola inezia rispetto alle dimensioni del Pianeta ma in cui avvengono una meraviglia di cose che lo rendono il sistema senza dubbio più complesso della Terra: non a caso anche in documenti ufficiali europei, come la Strategia sul suolo di recente approvata³², in genere avari di termini non giuridici, si è usata per il suolo la fantasiosa definizione di “tappeto magico”.

Si tratta, infatti, della matrice ambientale forse più delicata e complessa, segreta e meravigliosa, potente e sottile, viva e non morta, abitata e non desolata³³, a volte persino profumata, dalla quale dipende l'esistenza stessa della specie umana e delle altre specie viventi³⁴.

²⁹ Si richiama il dibattito che vorrebbe la “fuoriuscita” del suolo dalla categoria proprietaria ed il suo inquadramento definitivo in quella dei beni comuni o, in via più moderata, della inclusione di esso in entrambe: cfr. MADDALENA, *La scienza del diritto ambientale ed il necessario ricorso alle categorie giuridiche del diritto romano*, in *Rqda*, 2012, 2; *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva*, in *Federalismi*, 2012.

³⁰ Par. 3 della Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni “Verso una strategia tematica per la protezione del suolo”, 16 aprile 2002 COM (2002) 179 (d'ora in poi brevemente “Comunicazione COM (2002)179”).

³¹ Enc. Treccani, voce *Terra* in cui si legge che “circa il 71% della superficie terrestre, pari a 361 milioni di km quadrati è occupata da acque” e “il restante 29% pari a circa 149 milioni di km quadrati” è costituito dalle terre emerse.

³² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni “Strategia dell'UE per il suolo per il 2030. Suoli sani a vantaggio delle persone, degli alimenti, della natura e del clima”.

³³ La FAO ricorda che “ci sono più organismi in un grammo di suolo sano che persone sulla Terra” (*Campaign Report, World Soil Day*, 5 december 2020).

³⁴ In questo senso la convenzione UNCCD del 1994 che definisce “terre” “il sistema bio-

Come dice un antico proverbio cinese “tutti dipendiamo dal sottile strato di terra e dal fatto che piova” ed esso si può a ragione definire come il “laboratorio di materia prima e di energia che dà vita a tutto quel che c’è sopra”³⁵.

La sua salute, il suo buono stato è dunque importante per noi, non solo perché un Suolo mal tenuto favorisce fenomeni come le frane, gli smottamenti, i dissesti che possono attentare alla nostra incolumità, ma anche (e soprattutto) perché svolge silenziosamente una serie di servizi indispensabili per la vita.

3. *Caratteristiche, composizione, funzioni e “servizi ecosistemici” del suolo*

Le caratteristiche del suolo sono principalmente tre: la non rinnovabilità; la limitatezza e la strategicità³⁶.

Il suolo è una risorsa non rinnovabile³⁷ caratterizzata da una velocità di degradazione rapidissima e da processi di formazione e rigenerazione estremamente lenti³⁸: basti pensare che c’è bisogno di 500 anni per ottenere un suolo di 2,5 centimetri, che 10 centimetri di suolo si formano in 2000 anni e che per formare un suolo di un metro di profondità occorrono 20.000 anni. E lo stesso metro di suolo può essere portato via da un trattore in pochi minuti³⁹.

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 179 del 2019 ha espressamente richiamato questa sua caratteristica della non rinnovabilità: facendo riferimento ad un “processo evolutivo diretto a riconoscere una nuova relazione tra la comunità territoriale e l’ambiente che la circonda” ha evidenziato che “si è consolidata la consapevolezza del suolo [di questo si trattava, in quel giudizio, ndr.] quale risorsa naturale eco-sistemica non rinnovabile, essenziale ai fini dell’equilibrio ambientale, capace di esprimere una funzione sociale e di incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura inter-generazionale”.

È una risorsa limitata dal momento che, come si è anticipato, solo un terzo del Pianeta è coperto dal sottile strato che chiamiamo suolo e solo due terzi di questa parte sono costituiti da suolo fertile⁴⁰.

Non solo il suolo fertile è quindi limitato in senso assoluto ma purtroppo è oggetto di un continuo processo di perdita: il ritmo con cui si perde suolo fertile

produttivo terrestre comprendente il suolo, i vegetali, gli altri esseri viventi e i fenomeni ecologici e idrologici che si producono all’interno di questo sistema (art. 1 lett. e).

³⁵ PILERI, *Che cosa c’è sotto*, cit., 19.

³⁶ Cfr. A. McBRATNEY, D. J. FIELD, A. KOCH, *The dimensions of soil security*, in *Geoderma*, 2013, 203-213.

³⁷ Par. 1 della Proposta direttiva suolo del 2006.

³⁸ Comunicazione COM (2002)179 par. 2.3.

³⁹ PILERI, *Che cosa c’è sotto*, cit., 10.

⁴⁰ Per la FAO il 33% dei suoli mondiali sarebbe moderatamente o fortemente degradato.

nel mondo è impressionante se si pensa che circa 23 ettari di suolo vengono persi ogni minuto⁴¹.

Il suolo è una risorsa strategica per i servizi che esso svolge: da esso, come vedremo, si ottiene cibo e acqua per l'uomo oltre che per le altre specie viventi, ed esso svolge una fondamentale azione di mitigazione dei cambiamenti climatici.

Dato che la popolazione mondiale è in continua crescita (dal circa 1 miliardo degli inizi dell'Ottocento agli attuali circa 8 miliardi) esso può essere sicuramente definito come risorsa ormai scarsa e da preservare in ogni caso essenziale per la vita.

Le componenti fondamentali del suolo, come si legge nella comunicazione del 2002, sono quattro: i minerali o sostanze inorganiche (si tratta di sabbia, argilla, limo che costituiscono il 45% del suolo)⁴²; la componente o materia organica (che vale per circa il 5% ma che, come stiamo per vedere, è fondamentale per il ruolo di infrastruttura ambientale del suolo)⁴³; l'acqua (che pesa per circa il 25%); l'aria (che vale circa il 25%).

Grazie a tali componenti, richiamate dalla sua definizione contenuta nell'art. 5, lett. v-quater) d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 recante Testo Unico dell'ambiente (d'ora in poi brevemente “TUA”)⁴⁴ che appunto si riferisce a “componenti

⁴¹ Il *Joint Researh Center* della UE sostiene che il 20% della superficie dell'Unione è soggetta ad erosione: tra le aree più impattate dalla desertificazione vi sono Cipro (99%), la Spagna (74%), l'Italia (59%), il Portogallo (50%) e la Romania (30%). Per quel che riguarda il nostro paese uno studio congiunto di CNR, ISPRA ed ENEA nel 2015 ha rilevato che circa il 5% del territorio italiano è già sterile, che un altro 5% è in corso un processo di desertificazione e il 20% è a rischio desertificazione. Cfr. D. DI SIMONE, S. RONCHI, *Terra! Conservare le superfici, tutelare la risorsa: il suolo, un bene comune*, Rimini, 2012; G. Pezzi, *Diffusione urbana e consumo di suolo: misurare le relazioni con gli indici della Landscape Economy*, in *Urbanistica*, 149, 107.

⁴² Comunicazione COM (2002)179 par. 2.3.

⁴³ La materia organica del suolo, in gran parte composta da carbonio, partecipa a quattro principali servizi ecosistemici: fertilità del suolo per le piante, loro ritenzione idrica, resistenza del suolo all'erosione e loro biodiversità. Anche piccoli cambiamenti negli *stock* di carbonio possono avere effetti importanti sia sulla produttività agricola che sul ciclo globale dei gas serra. Fonte: Iniziativa internazionale 4 per 1000 “Suoli per la sicurezza alimentare e per il clima”.

⁴⁴ In questa sede non ci si sofferma sulle note discussioni dottrinali se si tratti di un codice in senso formale o meno; se sia meglio far ad esso riferimento esclusivamente come testo unico o come “norme in materia ambientale” o, più in generale, se sia possibile o meno una codificazione in materia ambientale data la magmaticità e continua mutevolezza della materia. Sul punto si rinvia a F. FRACCHIA, *Codificare l'ambiente*, in *Studi sul codice dell'ambiente*, a cura di M. CHITI, R. URSI, Giappichelli, 2009, 13 ss.; A. CELOTTO, *Il codice che non c'è: il diritto ambientale tra codificazione e semplificazione*, in *Giustizia amministrativa*, 2009, 5 ss.; CERBO, *Le novità nel codice dell'ambiente*, in *Urb.app.*, 2008, 533 ss.; F. FONDERICO, *La “codificazione” del diritto dell'ambiente in Italia, modelli e questioni*, in *Riv.trim.dir.pubb.*, 2006, 612; si consenta di rinviare F. DE LEONARDIS, *La Corte Costituzionale sul codice dell'ambiente tra moderazione e disinvoltura*, in *Riv.giur.ed.*, 2009, 7, 585; A. FARI, *Commento alla parte prima. Disposizioni comuni e principi generali*, in *Codice dell'ambiente commentato*, a cura di D. A. Röttgen, A. Fari, cit., 2021, 1 ss.

minerali, materia organica, acqua, aria e organismi viventi”, il suolo costituisce l’interfaccia tra la Terra (geosfera), l’aria (l’atmosfera) e l’acqua (idrosfera)⁴⁵ e svolge una pluralità di funzioni o di servizi ecosistemici⁴⁶.

Nel considerando 7 della proposta di direttiva sul suolo del 2006 si leggeva che “il suolo deve essere utilizzato in maniera sostenibile, in modo da conservarne le capacità di fornire servizi di tipo ecologico, economico e sociale e di mantenerne le funzioni, affinché le generazioni future possano vedere soddisfatte le proprie esigenze”.

La proposta di direttiva del 2006 individuava sette fondamentali funzioni che corrispondono ai cd. “servizi ecosistemici” del suolo⁴⁷.

In primo luogo, il suolo fornisce il 95% di cibo⁴⁸ e quindi appare la prima risorsa per la produzione di cibo: agricoltura e silvicoltura dipendono in gran parte da esso nel senso che necessitano di suolo per rifornirsi di acqua e per fissare le proprie radici.

In secondo luogo, ha una funzione di equilibrio sia del ciclo dell’acqua perché consente lo stoccaggio, la filtrazione e la trasformazione di nutrienti e acqua garantendone la potabilità⁴⁹ sia dal punto di vista dell’assorbimento dei contaminanti (il suolo svolge un’efficace azione dal momento che i microrganismi presenti nel suolo contribuiscono con la loro incessante azione a rigenerarlo distruggendo nel tempo i contaminanti che in esso siano stati depositati).

In terzo luogo, il suolo costituisce una vera e propria riserva di biodiversità costituendo l’habitat per una enorme quantità di organismi che vivono sotto la sua superficie. Un dato impressionante è che in esso abita circa un quarto di tutta la biodiversità del Pianeta⁵⁰.

In quarto luogo, il suolo costituisce l’ambiente fisico e culturale per le persone. È a tutti noto che si tratta della piattaforma dell’attività umana oltre ad essere un elemento del paesaggio e del patrimonio culturale. E questa forse è una delle funzioni del suolo più immediate da percepire e meglio difese fino ad ora.

In quinto luogo, il suolo appare come il più grande deposito di carbonio del Pianeta: è il cd. “potere tampone” del suolo (*carbon sink*) ossia la sua capacità di catturare carbonio dall’atmosfera. Solo citando alcuni numeri⁵¹ si capisce come

⁴⁵ Comunicazione COM (2002)179 par. 2.1.

⁴⁶ In dottrina richiama con chiarezza tali funzioni E. BOSCOLO, *Oltre il territorio*, cit., 132.

⁴⁷ Tali funzioni vengono richiamate dal d.d.l. 1398 Nugnes del 2019 attualmente in corso di esame al Senato.

⁴⁸ FAO, Campaign Report, World Soil Day, 5 december 2020.

⁴⁹ Entro il 2050 questo strato fragile dovrebbe nutrire e filtrare acqua potabile e pronta al consumo per una popolazione di circa 10 miliardi di persone.

⁵⁰ FAO, *State of knowledge of soil biodiversity-Status, challenges and potentialities e Campaign Report*, World Soil Day, 5 december 2020.

⁵¹ Il carbonio presente in atmosfera è stimato in 850 miliardi di tonnellate, il carbonio presente nelle foreste in 360 miliardi di tonnellate, il carbonio presente nel suolo 4000 miliardi di ton-

il suolo in buona salute appaia determinante per contrastare il cambiamento climatico in quanto vera e propria “spugna” per la CO².

In sesto luogo il suolo è fonte di materie prime: si pensi ad esempio alle biomasse come il legno. Come evidenziato nei report della FAO poi, il suolo, costituisce una sorta di enorme e naturale farmacia se si considera che la gran parte degli antibiotici sono realizzati attraverso microorganismi che si trovano nel suolo⁵².

In settimo luogo il suolo costituisce un archivio del patrimonio geologico, geomorfologico e archeologico.

I servizi che vengono svolti dal suolo, assai superiori rispetto a quelli che vengono usualmente presi in considerazione ad es. nei piani urbanistici, sono stati ben sintetizzati in quattro fondamentali famiglie⁵³: i servizi di supporto⁵⁴, quelli di approvvigionamento⁵⁵, quelli di regolazione⁵⁶ e quelli sociali e culturali⁵⁷.

In sintesi, il suolo non è solo ciò che deve essere difeso per evitare dissesti o contaminazioni ma, per la sua fornitura di servizi ecosistemici (si calcola che solo le terre coltivate e i pascoli dell'UE producano servizi ecosistemici quantificabili in 76 miliardi di euro all'anno) appare come l'infrastruttura ambientale più importante da difendere per l'equilibrio del Pianeta⁵⁸.

4. *Le otto minacce al suolo*

Il suolo è una risorsa naturale che sta subendo pressioni ambientali sempre più insistenti come emerge chiaramente dall'Atlante mondiale sulla desertifica-

nellate. Essendo di gran lunga il più grande deposito di carbonio del Pianeta, la sua tutela appare essenziale per il contrasto dei cambiamenti climatici (secondo dati FAO i suoli coltivati sul nostro Pianeta hanno perso tra il 25% e il 75% di carbonio rilasciato nell'atmosfera sotto forma di CO₂). Se il livello di carbonio immagazzinato dai suoli nei primi 30/40 centimetri aumentasse del 4% l'aumento annuale di anidride carbonica nell'atmosfera sarebbe notevolmente ridotto.

⁵² FAO, *Campaign Report, World Soil Day*, 5 december 2020.

⁵³ M. HAYGARTH, K. RITZ, *The future of soils and land use in the UK: Soil system for the provision of Land-based ecosystem services*, cit., 187 ss.

⁵⁴ Il suolo in quanto sede di importanti reazioni bio-geochimiche primarie rende possibile il ciclo del carbonio ma anche quelli dell'azoto, del fosforo e di tanti altri elementi nutritivi.

⁵⁵ Il suolo rende possibile l'approvvigionamento, l'accumulo delle acque, la formazione e il mantenimento di habitat, la biodiversità e la produzione di patrimonio genetico, la generazione di sostanza organica e di biomassa oltre allo stoccaggio di importanti materie prime.

⁵⁶ Il suolo provvede alla filtrazione e depurazione delle acque, al controllo biologico interno, al controllo della concentrazione dei gas serra in atmosfera così influenzando il clima, al controllo dell'erosione.

⁵⁷ Tra di essi vi è l'identità, il paesaggio, i patrimoni storici e archeologici, lo svago, la salute e il benessere.

⁵⁸ J. F. PONGE, *The soil as an ecosystem*, in *Biology and Fertility of Soils*, Springer Verlag, 2015, 51 (6), 645-648.

zione che è arrivato alla sua terza edizione del 2018 (dopo quelle del 1992 in concomitanza con la conferenza di Rio e del 1997 a ridosso dell'entrata in vigore della convenzione sulla desertificazione).

Basti pensare che le terre emerse, che, come si è detto, costituiscono circa un terzo della superficie del Pianeta, sono fertili solo per due terzi e che è previsto che se si continua con l'attuale trend di degrado verranno compromesse per il 90% al 2050⁵⁹: si tratta di numeri impressionanti.

È importante da subito chiarire che quando il suolo perde la capacità di svolgere le proprie funzioni si parla di desertificazione⁶⁰ che, potremmo dire, costituisce la morte, il contrario della tutela del suolo: la convenzione del 1994 UNCCD si riferisce ad essa come al “degrado del suolo in aree aride, semiaride e secche subumide in conseguenza di svariati fattori, tra cui le variazioni climatiche e le attività umane”⁶¹ ed essa viene valutata attraverso tre sottoindicatori: la produttività del terreno; la presenza di carbonio organico nel suolo; la copertura del terreno e i cambiamenti di livello di quest'ultima.

La comunicazione europea del 2002 sintetizza i problemi del suolo in otto punti fondamentali: 1) erosione, 2) diminuzione della materia organica, 3) contaminazione, 4) salinizzazione, 5) compattazione, 6) diminuzione della biodiversità, 7) impermeabilizzazioni e 8) smottamenti.

Il primo problema è quello dell'erosione: il suolo a livello globale si degrada sempre più velocemente. Ben 24 miliardi di tonnellate di suoli fertili ogni anno scompaiono per effetto di vento, acqua corrente, ghiaccio e gravità. Si tratta di 3 tonnellate per abitante per anno. L'erosione tende peraltro a spazzare via la parte migliore del suolo, il cd. topsoil, che è la parte migliore per le colture agrarie. Si tratta di un fenomeno naturale che però viene notevolmente accelerato dall'attività dell'uomo (ad esempio, eliminare un bosco o una foresta, oltre che rendere erodibile il posto in cui essa insisteva, comporta che venga meno una barriera frangivento anche per i suoli vicini).

Il secondo problema è quello dell'impoverimento della materia organica. È assolutamente necessario mantenere il carbonio nel suolo perché in sua assenza il suolo non solo diventa non fertile ma minaccia le condizioni di esistenza dei microorganismi che vi abitano. La causa di questo secondo problema è soprattutto antropica e ha che fare con le deforestazioni, con le trasformazioni in prati di aree agricole, con gli incendi, con le arature troppo profonde. Gran parte dei processi di degrado hanno in comune il declino del contenuto di materia organica del suolo che si associa ad una perdita di fertilità e di produttività vegetale ma anche a una diminuzione di resilienza del suolo.

⁵⁹ FAO, *Campaign Report, World Soil Day*, 5 december 2020.

⁶⁰ Comunicazione COM (2002)179 par. 4.

⁶¹ Su tale convenzione si veda D. DE PIETRI, *La convenzione per combattere la desertificazione*, in *Riv. Giur.amb.*, 1999, 171.

Il terzo problema è quello delle contaminazioni. Una delle proprietà chiave dei suoli è la loro porosità che consente loro di assorbire l'acqua e l'aria che sono indispensabili per il funzionamento del complesso sistema che il suolo racchiude. Questo punto di forza rappresenta anche la sua debolezza perché consente il facile assorbimento di liquidi nocivi come idrocarburi, olii, ammoniache, anti-parassitari, piogge acide, fanghi. Questa minaccia trova nell'uomo la sua causa.

Il quarto problema è quello della salinizzazione. Il sale tende ad uccidere il suolo inibendo i suoi processi metabolici e danneggiando irreversibilmente gli ecosistemi che lo costituiscono. Il sale può giungere nel suolo attraverso l'irrigazione e l'abuso dei fertilizzanti in agricoltura e costituisce una minaccia per la fertilità e quindi per la produzione alimentare.

Il quinto problema è quello della compattazione. I suoli respirano grazie alla porosità diffusa che garantisce gli scambi tra interno ed esterno. Se la superficie si densifica riducendo la porosità, producendosi il progressivo indurimento del manto superficiale per banale e ripetuta compressione degli strati superiori (ad esempio rotolamento di gomme), il suolo non riesce più a respirare e muore. Ecco perché banalmente si arano i terreni, per farli respirare ed ecco perché terreni compattati diminuiscono la loro resa anche di un 35%.

Il sesto problema è quello della perdita di biodiversità. Le comunità biotiche che hanno il suolo come loro habitat sono tra loro dipendenti. Se sostanze estranee e tossiche eliminano una delle comunità biotiche anche le altre vengono a mancare rompendosi gli equilibri.

Il settimo problema è quello dell'impermeabilizzazione che si ha quando il suolo viene consumato per l'edificazione. Nel momento in cui si urbanizza si rimuove completamente lo strato di suolo e si compromette per sempre la capacità del suolo di trattenere l'acqua. Il suolo è una gigantesca spugna ricca di pori capace di trattenere acqua dal 10 al 25% di volume per poi rilasciarla parzialmente e in un tempo dilazionato. Una volta che un suolo viene coperto smette per sempre di assorbire acqua.

L'ottavo problema è quello delle frane, degli smottamenti, del dissesto o del rischio idrogeologico. Ogni esondazione, ogni frana porta via suolo fertile. È questa come si è detto la minaccia di cui si occupa il legislatore nazionale e che oggi si ritrova nelle regole contenute nella parte III del TUA che a propria volta sostituisce e abroga le precedenti leggi del 1923, del 1939 e del 1989⁶².

I fenomeni di degrado del suolo hanno un'incidenza significativa anche su altri settori di interesse europeo come la tutela delle acque di superficie, la salute umana, i cambiamenti climatici, la tutela della natura e della biodiversità e la sicurezza alimentare.

⁶² Cfr. sul punto E. BUOSO, *Difesa del suolo e sua tutela*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di Dell'Anno-E. Picozza, vol. III, Cedam, 2015, 572 e F. DI DIO, *Frane e dissesto idrogeologico: verso una strategia di adattamento ai cambiamenti climatici*, cit., 463 ss.

Se si pensa che, come si è detto, ogni minuto nel mondo si perdono 23 ettari di terreno si capisce quale sia l'urgenza di provvedere al riguardo: in Europa, ad esempio, già oggi, si calcola che tra il 60 e il 70% dei suoli non sia in buona salute⁶³.

In particolare, il rischio di desertificazione è particolarmente serio in tutto il Sud dell'Europa e particolarmente nel nostro Paese (le zone in cui i suoli sono più compromessi, come risulta dall'Atlante mondiale della desertificazione, sono infatti il Portogallo meridionale, alcune aree della Spagna e dell'Italia meridionale, il sud-est della Grecia, Malta, Cipro e nelle zone che costeggiano il Mar Nero in Bulgaria e in Romania)⁶⁴.

Da uno studio condotto dall'Agenzia dell'Ambiente è emerso che nel corso di meno di un decennio (2008-2017) le zone desertificate in Europa sono aumentate di un'area pressoché equivalente alla Grecia e alla Slovacchia⁶⁵ ed essa già interessa il 73% delle terre aride coltivate in Africa.

La cattiva gestione del suolo, infine, produrrà problemi d'ordine politico e sociale come migrazioni e guerre: secondo il Segretariato della Convenzione UNCCD “entro dieci anni 67 milioni di disperati del Nord Africa e 145 del Sahel, 212 in tutto, si metteranno a marciare per sopravvivere” e secondo David Sekler, direttore generale dell'Istituto internazionale di gestione dell'acqua delle Nazioni Unite “entro i prossimi anni si potranno scatenare conflitti armati per l'approvvigionamento di acqua tra Paesi diversi e persino tra Regioni diverse di uno stesso Paese”.

5. *Le funzioni ecosistemiche del suolo tra diritto internazionale e diritto europeo*

A livello di diritto internazionale la tutela del suolo ha fatto capolino dapprima timidamente e poi in modo sempre più evidente anche sotto il profilo di infrastruttura ambientale.

Così nella prima dichiarazione generale, quella di Stoccolma, del 1972 che pur si riferisce al nostro Pianeta come la “Terra”⁶⁶ il suolo non viene menzionato direttamente⁶⁷.

⁶³ Strategia europea per il suolo, 2021.

⁶⁴ Relazione speciale Corte Conti europea del 2018, 7.

⁶⁵ Relazione speciale Corte Conti europea del 2018, 11.

⁶⁶ Cfr. artt. 2, 3, 5 e 8. Nell'articolo 3, ad esempio, si scriveva che “la capacità della Terra di produrre risorse naturali rinnovabili deve essere mantenuta e, ove ciò sia possibile, ripristinata e migliorata”.

⁶⁷ L'art. 2 di tale dichiarazione indicava la necessità di salvaguardare “le risorse naturali della Terra, ivi incluse l'aria, l'acqua, la flora e la fauna...” ma senza menzionare il suolo anche se esso veniva ad essere implicitamente ricompreso nel concetto di “sistema ecologico naturale” più avanti citato.

Un primo importante documento di tutela del suolo è la *World Soil Charter* della FAO approvata nel 1981⁶⁸ e che è stata aggiornata nel 2015⁶⁹.

Una specifica considerazione del suolo (anche sotto il profilo ecosistemico) la troviamo anche sia nella Carta Mondiale della Natura del 1982⁷⁰ che nella *World Soils Policy* approvata nello stesso anno dall'UNEP.

È nel corso della conferenza di Rio del 1992 che il suolo inizia ad attestarsi saldamente come oggetto di tutela dal punto di vista ambientale: il principio 7 della dichiarazione di Rio si riferisce alla necessità di “conservare, tutelare e ripristinare la salute e l'integrità dell'ecosistema terrestre”.

Come noto nel corso della conferenza di Rio del 1992 vennero firmate due convenzioni assai importanti, quella sulla biodiversità e quella sui cambiamenti climatici; meno noto è che, sempre a Rio, si misero le basi per la stesura e la firma di quella che viene considerata come la terza convenzione di Rio, appunto la convenzione innanzi citata contro la desertificazione⁷¹.

Nello stesso anno 1992 venne pubblicato per la prima volta dalle Nazioni Unite un atlante mondiale della desertificazione poi aggiornato nel 1997 e nel 2018 ai cui dati si è fatto riferimento nei paragrafi precedenti al fine di prendere consapevolezza della difficile situazione globale, europea e del nostro Paese.

Alla tutela del suolo vengono dedicati vari articoli della dichiarazione di Rio+20 del 2012 a partire dal paragrafo 205 e nel 2015 le Nazioni Unite hanno adottato l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile: in essa, come si è anticipato, uno degli obiettivi, il 15, ha ad oggetto proprio la matrice suolo.

A livello di diritto europeo non vi sono nel TFUE riferimenti specifici al suolo ma occorre considerare che non vi sono riferimenti neppure ad altre risorse ambientali come aria, acqua etc. dal momento che il trattato si riferisce ad esse come risorse (così ad esempio nell'art. 21 lett. f ci si riferisce alla necessità di “preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali, al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile” e all'art. 191, par. 1 si parla genericamente di “risorse naturali”). Le uniche risorse menzionate specificamente, in più occasioni, nei Trattati, sono le risorse biologiche del mare.

⁶⁸ Risoluzione 8/81 della FAO.

⁶⁹ Approvata dalla Conferenza della FAO nel giugno 2015.

⁷⁰ L'art. 10 lett. b) sancisce che “la produttività dei suoli sarà mantenuta o migliorata con interventi che salvaguardino la loro fertilità a lungo termine e i processi di decomposizione organica e che prevengano l'erosione così come ogni altra forma di degradazione”. In questo caso vi è accanto all'acqua una menzione espressa del suolo.

⁷¹ Ad oggi tale convenzione appare come lo strumento di diritto internazionale più importante con riferimento alla tutela del suolo e in esso si legge che le parti intendono adoperarsi congiuntamente per migliorare e ripristinare la produttività del terreno. Si noti che ognuno dei paesi si è assunto l'obbligo di definire e attuare programmi di azione nazionali (PAN) per combattere la desertificazione.

Mentre praticamente su tutte le altre matrici ambientali vi sono atti di diritto derivato (numerose le direttive sull'aria; sull'acqua; sulla biodiversità; sugli *habitat*; sugli uccelli etc.), il suolo, come si diceva, non ha ancora una direttiva *ad hoc*.

Come è stato rilevato con forza da una relazione speciale della Corte dei Conti europea del 2018⁷² manca una politica specifica di protezione del suolo a livello comunitario anche se disposizioni a tutela del suolo si trovano integrate in altre direttive in materia di acque, di rifiuti, di sostanze chimiche, di pesticidi, di prevenzione dell'inquinamento di origine industriale e di tutela della natura.

Eppure, il diritto europeo agli inizi degli anni Duemila⁷³ aveva messo ben a fuoco il tema della tutela del suolo come servizio ecosistemico: il Sesto programma di azione ambientale del 2002⁷⁴ in più punti faceva riferimento alla necessità di occuparsi della tutela del suolo⁷⁵ e nella proposta operata nello stesso anno dalla Commissione⁷⁶ si evidenziava chiaramente, ad esempio, il nesso tra suolo, gas serra e cambiamenti climatici⁷⁷.

⁷² “Non esiste una strategia, a livello dell’UE, per far fronte alla desertificazione e al degrado del suolo”: Corte dei Conti Europea, Relazione speciale “Combattere la desertificazione nell’UE: di fronte a una minaccia crescente occorre rafforzare le misure”, 2018, punto V. Sempre per tale relazione “nel 2015 l’UE e gli Stati membri si sono impegnati a raggiungere entro il 2030 la neutralità in termini di degrado del suolo. Non è stata condotta, tuttavia, una valutazione completa sul degrado del suolo a livello dell’UE né è stata concordata alcuna metodologia al riguardo”: punto VII. In generale sulla Corte dei Conti europea si veda la monografia del compianto D. SICLARI, *La Corte dei Conti europea nel sistema multilivello dei controlli*, Napoli, 2012.

⁷³ Tra i primi documenti europei sul suolo si può comunque ricordare la Carta europea del suolo approvata dal Consiglio d’Europa a Strasburgo nel 1972. Una ricostruzione delle tappe fondamentali del diritto europeo al riguardo in M. A. SANDULLI, *Cambiamenti climatici, tutela del suolo e uso responsabile delle risorse idriche*, in *Riv. Giur.ed.*, 2019, II, 291 ss.

⁷⁴ Decisione n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 luglio 2002 che istituisce il sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente.

⁷⁵ Cfr. considerando 22 (“il suolo è una risorsa limitata, che attualmente è sotto pressione dal punto di vista ambientale”); art. 6 par. 1 che indica tra gli obiettivi e aree di azione prioritarie per l’ambiente e la diversità biologica quello di “promuovere un uso sostenibile del suolo, con particolare attenzione alla prevenzione dei fenomeni di erosione, deterioramento, contaminazione e desertificazione” con “elaborazione di una strategia tematica in materia di protezione di suolo (...)”, par. 2 lett. c.

⁷⁶ Comunicazione “Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta – Sesto programma di azione per l’ambiente”, COM (2001) 0031 def del 24 gennaio 2001.

⁷⁷ Per tale comunicazione: “I gas di serra problematici sono il biossido di carbonio (CO₂), il metano (CH₄), l’ossido di azoto (N₂O), e i cosiddetti gas fluorurati. La principale causa dell’aumento delle emissioni dei gas di serra è la combustione di combustibili fossili per automobili, automezzi pesanti, aeroplani, centrali elettriche, sistemi di riscaldamento domestico, ecc. Tra le altre fonti di gas di serra vi sono le emissioni di metano del bestiame, gli ossidi di azoto dei terreni agricoli, le emissioni di metano generate dai rifiuti in discarica e le emissioni di gas fluorurati dei processi di produzione. La deforestazione e le modifiche dell’assetto territoriale sono ulteriori importanti fattori che contribuiscono al rilascio di CO₂ nell’atmosfera. È viceversa possibile ridurre la concentrazione di CO₂ nell’atmosfera mediante tecniche di isolamento geologico e

Dopo la comunicazione dello stesso anno “Verso una strategia tematica per la protezione del suolo”⁷⁸, nel settembre del 2006, la Commissione adottò una Strategia tematica per la protezione del suolo⁷⁹ e in esito ad essa venne proposta la direttiva quadro per la protezione del suolo⁸⁰.

Avendo nel 2007 un blocco di minoranza di cinque Stati membri (Germania, Francia, Paesi Bassi, Austria e Regno Unito) votato contro la proposta nell’ambito del Consiglio Ambiente, pur avendo tutti gli altri 22 Stati membri votato a favore, a distanza di ben otto anni dalla sua presentazione, il 30 aprile 2014 la Commissione decise di ritirare la sua proposta.

Negli anni successivi vari sono stati gli interventi programmatici relativi al suolo.

Nella comunicazione della Commissione europea “Tabella di marcia verso un’Europa efficiente nell’impiego delle risorse”⁸¹ uno specifico capitolo viene dedicato a terra (*Land*) e suoli (*Soil*) fissando l’obiettivo al 2050 dell’obiettivo netto di suolo zero⁸².

Nell’aprile 2013 la Commissione nell’adottare una strategia dell’UE di adattamento ai cambiamenti climatici ha messo in evidenza l’insostituibile ruolo del suolo come deposito di carbonio e nel novembre dello stesso anno nel settimo programma di azione ambientale in materia di ambiente fino al 2020 “Vivere bene entro i limiti del nostro Pianeta” ha evidenziato l’obiettivo di un mondo esente dal degrado di suolo⁸³.

Sempre nel 2013 l’UE ha adottato la sua strategia forestale evidenziando che le foreste sono importanti non solo per lo sviluppo rurale ma per combattere il degrado del suolo e la desertificazione.

Anche nel regolamento UE n. 1307/2013 sui regimi di sostegno agli agricoltori per la PAC si prevede come condizione di tali sostegni che vengano poste in essere azioni volte a prevenire l’erosione, mantenere i livelli di materia organica

catturando il carbonio nella biomassa (foreste) e nel suolo mediante la modifica dei modelli e delle pratiche di utilizzo del territorio”.

⁷⁸ COM (2002) 179.

⁷⁹ COM (2006) 231 final.

⁸⁰ Si trattava della comunicazione 22 settembre 2006 con la quale la Commissione propose una proposta di direttiva quadro per la protezione del suolo che avrebbe dovuto modificare la direttiva 2004/35.

⁸¹ COM (2011) 571.

⁸² Si noti che consumo netto zero non significa congelare l’infrastruttura urbana impedendo in assoluto di occupare nuovo territorio ma al contrario di occupare spazi liberi a condizione che vengano de-sigillati o ripristinati ad usi agricoli o seminaturali aree di pari superficie in precedenza urbanizzate e impermeabilizzate: Legambiente, *Report Fermare il consumo di suolo, rigenerare le città*.

⁸³ Considerando 19 della Decisione n. 1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013 su un programma di azione dell’Unione in materia di ambiente fino al 2020 “*Vivere bene entro i limiti del nostro Pianeta*” (cfr. anche i punti 6, 8, 12, 17, 20, 22, 23, 24, 25, 28, 42, 46, 100 del programma allegato).

nel suolo etc. (sono previsti fondi al riguardo anche nello strumento *LIFE* che costituisce uno strumento finanziario per l'ambiente).

Importanti riferimenti alla tutela del suolo si trovano pure nel regolamento *Land Use, Land Use Change and Forestry* del 30 maggio 2018 n. 841.

Di recente, il 17 novembre 2021, nell'ambito delle iniziative conseguenti alla *Green Deal* (che pure in più punti richiama la tutela del suolo), attraverso la Strategia dell'Ue per il suolo per il 2030⁸⁴, la Commissione ha annunciato di voler adottare una vera e propria legge europea per la protezione del suolo entro il 2023.

6. *La prospettiva "riduttiva" della tutela del suolo nel diritto nazionale*

Non è questa certo la sede per affrontare e commentare le norme nazionali sulla tutela del suolo dal momento che per esse si imporrebbe una trattazione assai più ampia, s'intende soffermarsi solo sul fatto che nel diritto nazionale si guardi al suolo, almeno a livello di normazione primaria, ancora forse in una prospettiva riduttiva che poco valorizza le funzioni ecosistemiche dello stesso⁸⁵.

Basti pensare, innanzitutto, che per circa una decina di anni dalla sua entrata in vigore il suolo veniva definito tautologicamente all'art. 54, co. 1, lett. a) TUA come "suolo: il territorio, il suolo, il sottosuolo, gli abitati e le opere infrastrutturali"⁸⁶.

Solo con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 46 esso è stato ridefinito come "lo strato più superficiale della crosta terrestre situato tra il substrato roccioso e la superficie. Il suolo è costituito da componenti minerali, materia organica, acqua, aria e organismi viventi. Ai soli fini dell'applicazione della Parte Terza, l'accezione del termine comprende, oltre al suolo come precedentemente definito, anche il territorio, il sottosuolo, gli abitati e le opere infrastrutturali"⁸⁷.

Nonostante la definizione sia più ampia, essa resta ancora del tutto insuf-

⁸⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 17 novembre 2021 "*Suoli sani a vantaggio delle persone, degli alimenti, della natura e del clima*", COM (2021) 699 final che prevede una strategia volta ad avere suoli restored, resilient and adequately protected entro il 2050 (*zero net land take*).

⁸⁵ In generale per un'analisi attenta dei temi connessi alla tutela del suolo cfr. A. FARÌ, E. FIDELBO, *Difesa del suolo e tutela delle acque*, in *Diritto dell'ambiente*, cit., 424; M. MONTINI, *Profili di diritto internazionale*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di Dell'Anno, E. Picozza, vol. I, *Principi generali*, 2012, 9ss.; E. BUOSO, *La difesa del suolo*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., 569 ss.; R. LOMBARDI, *La difesa del suolo*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di R. Ferrara, M.A. Sandulli, Milano, 2014, III, 667; A. CROSETTI, *Suolo (difesa del)*, in *Dig. disc. pubbl.*, II agg., Torino, 2008, 875 ss.; F. DI DIO, *Frane e dissesto idrogeologico: verso una strategia di adattamento ai cambiamenti climatici*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 463 ss.

⁸⁶ Perplessità al riguardo erano state manifestate sul punto in dottrina da E. BOSCOLO, *Oltre il territorio*, cit., 130. La norma del TUA a propria volta riprendeva quella della legge n. 183/1989 sulla difesa del suolo: sul punto vedi le interessanti considerazioni di PILERI, *Che cosa c'è sotto*, cit., 47.

⁸⁷ Si tratta dell'art. 5 lett. v-*quater*) che ha superato la precedente definizione contenuta nell'art. 54 TUA.

ficiente dal momento che si limita a citare la composizione del suolo ma non l'insieme dei suoi servizi che invece appaiono essere ciò che maggiormente lo caratterizza, come viene esattamente sottolineato nell'ultima Strategia europea sul suolo.

L'impostazione del diritto nazionale appare ancora come parziale e riduttiva dal momento che si concentra fundamentalmente su alcune delle minacce che si sono indicate (smottamenti ed erosione) trascurando le altre e conseguentemente focalizza la tutela solo con riguardo ad alcune delle sue funzioni.

Sia sufficiente scorrere l'art. 54 co. 1, lett. u) per verificare che la finalità della difesa del suolo per tale testo normativo è principalmente (ed esclusivamente) quella di “ridurre il rischio idraulico” e di “stabilizzare i fenomeni di dissesto geologico”.

Anche il tema della lotta alla desertificazione viene inteso fundamentalmente come una lotta contro la siccità⁸⁸.

Sebbene la tutela del suolo sia inserita nel testo che racchiude la gran parte delle discipline ambientali e che da alcuni viene definito come un vero e proprio codice dell'ambiente il suolo viene ancora considerato, quindi, fundamentalmente come “piattaforma” da gestire perché in assenza di tutela può generare rischi per l'incolumità dell'uomo.

In altri ordinamenti, come quello tedesco ad esempio, il riferimento alle funzioni ambientali del suolo è, invece, già assai presente⁸⁹ anche se singolarmente la Germania, come si è innanzi ricordato, è stato uno dei Paesi che a suo tempo hanno votato contro l'adozione di una direttiva sul suolo.

Anche le recenti proposte in tema di normative di contenimento di suolo sembrano centrarsi fundamentalmente sugli aspetti urbanistici⁹⁰.

⁸⁸ L'Italia, che ha ratificato la sua adesione alla UNCCD, in veste di paese sia donatore che affetto dalla desertificazione, per l'attuazione della Convenzione ha istituito, con DPCM del 26 settembre 1997 presso il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio, il Comitato nazionale per la lotta alla desertificazione – CNLD, oggi Comitato nazionale di lotta alla siccità ed alla desertificazione – CNLSD, incaricato di coordinare l'attuazione della Convenzione in Italia.

Con delibera n. 229 del 21 Dicembre 1999, il CIPE ha adottato il Programma di azione nazionale per la lotta alla siccità ed alla desertificazione, che individua le politiche e le misure da attuare da parte dello Stato, delle Regioni e delle Autorità di Bacino per combattere la desertificazione e la siccità in Italia e definisce quattro settori prioritari di intervento: protezione del suolo, gestione sostenibile delle risorse idriche, riduzione dell'impatto delle attività produttive e riequilibrio del territorio

⁸⁹ E. BUOSO, *La difesa del suolo*, cit., 572 nota 11 e 577 nota 31.

⁹⁰ La dottrina sul contenimento di suolo è ormai vasta: si veda ad es., a cura di G. F. CARTEI, L. De Lucia, *Contenere il consumo di suolo. Saperi ed esperienze a confronto*, Napoli 2014; G. F. CARTEI, *Il problema giuridico del consumo di suolo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 6, 1261; G. IUDICA, *Ruolo dell'agricoltura e consumo di suolo*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 2, 260 ss.

7. *Il ruolo della gestione dei rifiuti organici per la tutela del suolo*

Come si è detto per poter svolgere le proprie funzioni ecosistemiche, tra cui ad esempio la cattura di carbonio, il suolo deve essere dotato di sostanza organica: ove questa manchi si dovrebbe parlare non più di Suolo ma di materiale inorganico o di suolo “morto” o, ancora, di “deserto”.

Ebbene, come si è ricordato, purtroppo i dati parlano chiaro sul fatto che il Suolo soprattutto in Europa va perdendo sempre più materia organica e sta quindi trasformandosi, in un numero sempre maggiore di aree, tra cui gran parte del nostro Paese, in terreno morto e senza vita⁹¹.

Nello stesso tempo il continente europeo è uno di quelli che per condizioni di ricchezza e modelli di consumo produce più rifiuto organico⁹² e specialmente quel particolare tipo di rifiuto organico che è il cd. “*food waste*” costituito dall’insieme degli scarti degli alimenti casalinghi (la classica buccia di mela ad esempio) che è una delle fondamentali categorie di rifiuto organico accanto al cd. verde, ossia agli sfalci di potatura⁹³.

Questi rifiuti organici prodotti dal *food waste* sono ricchissimi di materiale organico, una vera e propria miniera di nutrienti, di vitamine essenziale per la vita (o la rigenerazione) del Suolo⁹⁴.

Tale ricchezza di nutrienti presente nel *food waste* si riesce a ri-trasferire nel suolo a seguito di un trattamento industriale in cui di fatto si accelera un proces-

⁹¹ Si veda ad esempio il report WWF Italia, *Report sul consumo di suolo: Le aree metropolitane divorano il territorio in 50 anni urbanizzazione +300%, 180 mila nuovi edifici negli ultimi 10 anni*, 2017.

⁹² I rifiuti organici costituiscono la parte preponderante dei rifiuti urbani dal punto di vista quantitativo (si consideri che la frazione organica rappresenta circa un terzo dei rifiuti urbani: Fonte Rapporto Ispra sui rifiuti del 2019). La disciplina di tali rifiuti è contenuta nell’art. 182 *ter* TUA che è stato inserito dall’art. 9 del d.lgs. 3 dicembre 2010, n. 205 e successivamente sostituito dall’art. 1, co. 8, del d.lgs. 3 settembre 2020, n. 116 che a sua volta ha recepito la direttiva 2018/851 (d’ora in poi brevemente “direttiva rifiuti”). In materia di rifiuti la bibliografia è assai ampia: cfr. ad es. Dell’Anno, *Disciplina della materia dei rifiuti in Trattato di diritto dell’ambiente* (diretto da Dell’Anno-E.Picozza), 2013, vol. II, 161; G. BOTTINO e R. FEDERICI, *Rifiuti*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e G. Greco, Milano, 2007; A. SAMUELS, *The Legal Concept of Waste*, in «JPL», 2010, 11, 1391; I. CHEYNE, *The Definition of Waste in EC Law*, in «JEL», 2002 1, 14, 61; D. ROTTIGEN, *Commento alla parte quarta*, in *Codice dell’ambiente commentato*, 2021, Gruppo 24 ore, 139 ss; si consenta di rinviare F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: da problema a “risorsa” nel sistema dell’economia circolare*, in *Diritto dell’ambiente*, cit., 324 ss.

⁹³ Nella classificazione dei rifiuti operata in base alla decisione della Commissione 2000/532/CE del 3 maggio 2000 i rifiuti organici sono ricompresi tra i rifiuti urbani (capitolo 20: “rifiuti domestici e assimilati prodotti da attività commerciali e industriali nonché dalle istituzioni inclusi i rifiuti della raccolta differenziata”) ed essi ricadono se “*food waste*” sotto il codice CER 20 01 08 rifiuti biodegradabili di cucine e mense o se “verde” (manutenzione del verde, delle potature, pulizia prati, siepi) sotto il codice 20 02 01 “rifiuti biodegradabili”.

⁹⁴ Nel *food waste* si ritrova la c.d. “trinità” dei macroelementi che stanno alla base delle necessità delle colture e che è composta da azoto, fosforo e potassio.

so di stabilizzazione che la natura di per sé avrebbe operato anche se in tempi assai più lunghi (il cd. compostaggio)⁹⁵.

Il materiale che si ottiene da tale trattamento, vera e propria medicina per i suoli indeboliti, viene chiamato “compost” e non è altro che il fertilizzante che ha appunto la funzione di restituire al suolo quella sostanza organica che aveva perso facendolo conseguentemente rin vigorire e rivivere⁹⁶.

La corretta gestione del rifiuto organico rappresenta il caso di economia circolare⁹⁷ per eccellenza perché i nutrienti che trovano origine nel suolo (il suolo produce la mela) ritornano poi al suolo attraverso un processo di gestione dello scarto (la buccia di mela diventa fertilizzante) che mima la natura semplicemente accelerandone la velocità di realizzazione attraverso un trattamento industriale e un processo di sistema che impone la collaborazione di una serie di soggetti (il cittadino *in primis* ma anche le istituzioni, le imprese, il mondo della ricerca e dell’innovazione).

In ogni caso il paradosso è che nel nostro Continente abbiamo suoli che muoiono perché privi di nutrienti e allo stesso tempo una grande miniera di nutrienti contenuta nel *food waste* che non utilizziamo.

I nutrienti vengono sprecati per varie ragioni: o perché semplicemente il *food waste* viene mandato in discarica non essendo stato raccolto separatamente (e quindi si perde con ingenti costi esterni ed impatti ambientali negativi) (mancata raccolta differenziata)⁹⁸; o perché il *food waste* viene raccolto senza attenzione quindi contaminato (in genere dalla plastica) e quindi non può essere più utilizzato (raccolta differenziata non di qualità); o perché il *food waste* viene in tutto o in parte “bruciato” per ottenere combustibili (uso del *food waste* a fini di recupero energetico)⁹⁹.

⁹⁵ Cfr. art. 183, co. 1 lett. qq-ter) TUA che fornisce la definizione di compostaggio come “trattamento aerobico di degradazione e stabilizzazione”.

⁹⁶ La definizione di compost è contenuta nell’art. 183, co. 1 lett. ee) TUA ed è stata modificata dall’art. 2, co. 9, lett. m) del d.lgs. 3 settembre 2020, n. 116. Il compost può essere ottenuto da un tradizionale processo di digestione aerobica (un impianto di compostaggio in cui l’input è rappresentato dal rifiuto organico o da altri rifiuti a matrice organica e l’output principale dal compost) oppure da un processo di digestione anaerobica integrato da un impianto di compostaggio (in questo caso gli *output* dell’impianto sono biometano e compost).

⁹⁷ Sulle nozioni di economia circolare si consenta di rinviare a F. DE LEONARDIS, voce *Economia circolare (diritto pubblico)*, in *Dig. Disc.pubbl.*, 2021.

⁹⁸ Ad oggi quasi il 70% dei rifiuti organici nell’Unione Europea, così come la gran parte dei fanghi di depurazione provenienti dal trattamento delle acque reflue urbane, viene ancora inviato in discarica.

⁹⁹ L’idea di utilizzare il rifiuto organico per produrre energia appare senz’altro meritoria ma comunque nella gerarchia dei rifiuti prevista dall’art. 179 TUA appare un gradino sotto la digestione aerobica o il compostaggio che rappresenta la forma di riciclo organico per eccellenza. In altre parole, nella gerarchia delle azioni il riciclo di rifiuti organici o assimilati da cui deriva il compost dovrebbe essere considerato prioritario rispetto al riciclo che produca energia o che produca

La destinazione del *food waste* che appare più utile alla tutela della matrice suolo è, dunque, senz'altro, quella del cd. riciclaggio organico e ad essa non a caso si riferisce la legislazione italiana in più punti¹⁰⁰.

Le fasi della gestione del rifiuto organico finalizzata a restituire nutrienti al suolo possono essere, quindi, sintetizzate nella raccolta separata dell'organico fatta in modo da ottenere un organico pulito o di qualità (senza altri elementi contaminanti); nel riciclaggio organico effettuato negli impianti di trattamento; nella produzione di fertilizzante (compost)¹⁰¹.

Il tutto si conclude, a chiusura del cerchio, con il ritorno del compost al suolo che, a quel punto, viene ad essere vivificato e “salvato” dalla desertificazione e che pertanto può continuare a fornire i propri servizi ecosistemici.

La raccolta separata dell'organico e il riciclaggio organico sono, dunque, alcuni dei modi più semplici per “salvare” suoli: basti pensare che in Europa i rifiuti organici disponibili sono circa il 40% di tutti i rifiuti urbani¹⁰² e che nel nostro Paese essi costituiscono la frazione di maggior peso di tutti i rifiuti raccolti separatamente¹⁰³.

Pur essendo una ricetta semplice, in molti paesi, il nostro Paese per una volta fa eccezione costituendo una vera eccellenza in Europa e nel Mondo (solo la Corea del Sud fa meglio di noi), non la si mette ancora in pratica: solo il 17% dei rifiuti organici in media viene trasformato in compost in Europa.

I passi in avanti sono fortunatamente riscontrabili nel diritto positivo anche se ancora forse troppo timidi: esiste oggi finalmente una definizione di rifiuto organico¹⁰⁴ anche se tra le varie categorie di rifiuti quelli organici sono stati gli

materie prime seconde che, ovviamente, in un sistema a cascata, possono essere considerati step intermedi rispetto a quello finale di “ritorno” al suolo.

¹⁰⁰ L'art. 182 *ter*, co. 1, TUA prevede espressamente che sia le amministrazioni statali che quelle regionali “favoriscono, nell'ambito delle risorse previste a legislazione vigente, il riciclaggio, ivi compresi il compostaggio e la digestione dei rifiuti organici in modo da rispettare un elevato livello di protezione dell'ambiente e che dia luogo ad un prodotto che in uscita che soddisfi pertinenti standard di elevata qualità”.

¹⁰¹ I requisiti dei fertilizzanti sono definiti dal d.lgs. 29 aprile 2010, n. 75.

¹⁰² In Europa la produzione complessiva di rifiuti urbani nei 27 paesi membri è di circa 220 milioni di tonnellate. La media di rifiuti urbani per abitante in Europa è di 484 chili per abitante. Di questi circa 88 milioni di tonnellate sono organici. EEA Report, N. 4/2020, *Bio-waste in Europe – Turning challenges into opportunities*.

¹⁰³ In Italia la produzione complessiva di rifiuti urbani è di circa 30 milioni di tonnellate. Di questi circa 7,5 sono raccolti separatamente e si tratta della frazione merceologica che pesa di più di tutte quelle raccolte in modo differenziato (3,5 carta; 2,2 vetro; 1,5 plastica; 0,9 metallo etc.). La media di rifiuti urbani per abitante in Italia è inferiore alla media europea essendo di 455 chili per abitante (siamo tra i paesi virtuosi mentre ad esempio paesi che producono molti rifiuti urbani sono Austria, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Norvegia, Svizzera).

¹⁰⁴ Il legislatore europeo nel pacchetto “*Circular Economy*” ne ha dato una nuova definizione che innova quella precedente del 2008: art. 3 punto 4 direttiva rifiuti 851/2018.

ultimi ad essere “normati” (si pensi, ad esempio, che non esiste ancora nel nostro paese un consorzio obbligatorio per la gestione dell’organico mentre esistono consorzi/sistemi di EPR, come si vedrà, per quasi tutte le altre tipologie di rifiuto).

Esiste oggi un obbligo di raccolta separata del rifiuto organico che è stato sancito prima a livello europeo¹⁰⁵ e che è stato recepito dal legislatore italiano¹⁰⁶: la frazione organica è stata quindi l’ultima ad essere raccolta in modo separato.

Esiste oggi un obbligo di sottoposizione del rifiuto organico ad un riciclaggio inteso ad assicurare un livello elevato di protezione ambientale nonché rifiuti in uscita che soddisfino le pertinenti norme di qualità¹⁰⁷.

L’adempimento di tali obblighi viene considerato di rilievo tale da imporre l’obbligo di una relazione degli Stati membri sui rifiuti urbani e i rifiuti organici, compresa la copertura materiale e territoriale della raccolta differenziata¹⁰⁸.

Nella direttiva rifiuti del 2018, ancora, si prevede una scadenza entro la quale la Commissione debba chiedere alle organizzazioni europee di normazione di definire norme europee per i rifiuti organici immessi nei processi di riciclaggio organico, per il compost e per il digestato, sulla base delle migliori pratiche disponibili.

Ovviamente da tali obblighi di raccolta e riciclo del rifiuto organico deriva, anche, che i rifiuti urbani biodegradabili non possano essere collocati in discarica¹⁰⁹.

La buona gestione del rifiuto organico, secondo il modello dell’economia circolare, infatti, non costituisce il fine ma un mezzo per rigenerare l’ambiente e in particolare i suoli.

8. *I materiali compostabili come strumento per la tutela del suolo*

L’economia circolare organica, sul versante tutela del suolo, si sostanzia, quindi, *in primis* nel gestire al meglio i rifiuti organici esistenti.

Qui soccorre la ricerca e l’innovazione tecnologica: considerato che uno dei problemi che da sempre si sono manifestati per la migliore gestione dell’organico è stato rappresentato dai contenitori in plastica (si pensi ai vecchi sacchi neri

¹⁰⁵ Art. 22 della direttiva rifiuti.

¹⁰⁶ Considerando 41 e art. 22 direttiva rifiuti.

¹⁰⁷ Considerando 57 direttiva rifiuti e art. 22, par. 2, lett. *a*), direttiva rifiuti.

¹⁰⁸ Art. 10 direttiva rifiuti.

¹⁰⁹ La dir. 1999/31/CE sulle discariche già prevedeva all’art. 5 sui rifiuti e trattamenti non ammissibili in una discarica che la quantità dei rifiuti urbani biodegradabili dovesse essere progressivamente diminuita fino al 35%. Il principio si ritrova nel considerando 7 direttiva discariche. L’art. 2, lett. *m*), della dir. 1999/31/CE (discariche) contiene una definizione di rifiuto biodegradabile più ampia di quella contenuta nell’art. 3, n. 4 della dir. 2008/98/UE (rifiuti).

in polietilene con cui si raccoglieva la spazzatura ma anche alle vecchie buste di plastica, tecnicamente anche in questo caso di polietilene, che creavano non pochi problemi alla gestione del rifiuto organico rendendo più difficoltoso il processo di estrazione dei nutrienti) si è dovuto “inventare” un nuovo materiale, che si chiama bioplastica, ma che plastica di fatto non è perché ha un fine vita completamente diverso da altri tipi di plastica¹¹⁰, che è rappresentato dai materiali compostabili che hanno lo stesso fine vita del rifiuto organico.

Così come avviene per un albero, una pianta, un animale che alla fine del loro ciclo ritornano ad essere un valore aggiunto per il suolo o, in generale, per gli ecosistemi, allo stesso modo l'idea è stata quella di progettare e produrre beni che alla fine del proprio ciclo non solo costituiscano il meno possibile fattori di pressione sull'ambiente ma che, addirittura, possano contribuire a migliorarlo come, ad esempio, consentendo una gestione di rifiuto organico che non abbia poi il problema di separarlo dalla plastica tradizionale all'interno della quale è stato raccolto.

I materiali compostabili sono quindi polimeri che vengono prodotti in gran parte da materie prime rinnovabili (come gli amidi e gli zuccheri) e che non vengono realizzati a partire dal petrolio come le plastiche tradizionali e che hanno lo stesso fine vita dell'organico e che sono stati progettati fin dall'inizio per “non dar fastidio” all'umido nel fine vita anzi per facilitarne la gestione.

Con tali materiali, ad esempio, si realizzano le buste per la spesa compostabili (quelle che troviamo nei supermercati e che sono più lisce al tatto di quelle di plastica) che hanno lo stesso fine vita dell'umido, che possono/devono essere riutilizzate per la raccolta del rifiuto umido e che sono oggi rese obbligatorie dalla legislazione italiana ove non si decida di usare il sacco riutilizzabile¹¹¹.

Giustamente quindi l'art. 22 della direttiva rifiuti dispone che “gli Stati membri possano consentire che i rifiuti aventi analoghe proprietà di biodegradabilità e compostabilità che rispettino le norme europee o le norme nazionali equivalenti, per imballaggi recuperabili mediante compostaggio e biodegradazione, siano raccolti insieme ai rifiuti organici”¹¹².

Si tratta, infatti, del riconoscimento normativo di quei materiali, i rifiuti aventi analoghe proprietà di biodegradabilità e compostabilità, che costituiscono uno degli *output* della c.d. bioeconomia ossia che sono stati progettati per

¹¹⁰ Come afferma R. BODEI, *La vita delle cose*, Bari, 2013, 9 “nelle diverse culture, l'attribuzione dei nomi alle cose e la struttura delle classificazioni concettuali segue, infatti, percorsi specifici in base agli interessi dominanti e ai criteri che servono da guida: per noi la neve è neve, mentre tra gli eschimesi vi sono decine di nomi per indicarla (distinguere le varie tipologie è per loro vitale)”.

¹¹¹ In questo senso dispongono gli artt. 226 bis, 226 ter e 226 quater TUA. In buona sostanza un mucchietto di bucce di mela raccolto da un sacco compostabile consente una gestione perfetta in un impianto di compostaggio perché non richiede processi di separazione e soprattutto perché non contamina il rifiuto organico.

¹¹² La norma europea è stata recepita nel nostro Paese dall'art. 182 *ter* TUA.

comportarsi nel loro fine vita come i rifiuti organici di cui facilitano la gestione (trasformandosi in compost, in fertilizzante o in elementi nutrienti per il suolo così come fanno i rifiuti organici “naturali” senza intaccarne la qualità)¹¹³.

La bioeconomia si pone così come strumento strategico per puntare alla rigenerazione partendo dal mantenimento e dal rafforzamento della fertilità dei suoli, dal ripristino della materia organica, dalla costruzione di un nuovo rapporto tra città ed agricoltura e dallo sviluppo di un’impiantistica adeguata e di prodotti sostenibili in grado di non accumularsi sull’ambiente¹¹⁴.

9. Conclusioni

Nelle pagine che precedono si è dimostrato che, pur non essendo immediatamente percepibile ai non addetti ai lavori, vi è un legame inscindibile tra suolo, agricoltura, gestione di rifiuti organici e nuove tecnologie e che tale legame appare invece evidente quando si mettano a fuoco le funzioni e i servizi ecosistemi che il suolo fornisce.

Se quanto si è, se pur per cenni, indicato si riscontra a livello globale ed europeo, ciò vale tanto più in un Paese come il nostro che eccelle per la produzione alimentare, che dovrebbe essere autosufficiente anche nella produzione delle materie prime e che più di altri è colpito da fenomeni naturali di desertificazione: il nostro Paese dovrebbe prendere consapevolezza definitiva che il nostro Suolo fertile è scarso in quantità, che si sta consumando sempre di più e che occorre non solo difenderlo dal consumo edilizio¹¹⁵ ma anche “rigenerarlo” mediante una iniezione di “ricostituenti” organici puliti ottenuti dalla gestione dei rifiuti organici¹¹⁶.

Si è visto anche che uno dei nemici più temibili del Suolo è la plastica, vi è più plastica nel Suolo che nell’Oceano come risulta da un documento recente della FAO¹¹⁷, e che la tecnologia ci ha aiutato a disegnare un sistema virtuoso progettato proprio per consentire la migliore gestione del rifiuto organico.

¹¹³ Una definizione specifica di plastica biodegradabile si trova nella dir. 904/2019 (*Single Use Plastics*) all’art. 3 n. 16 mentre quella di imballaggio biodegradabile si trova nell’all. II, n. 3, lett. d), della dir. 94/62/CE.

¹¹⁴ Strategia europea per la bioeconomia e lo sviluppo sostenibile del 2018: COM(2018) 673 final.

¹¹⁵ Il tema è assai vivo anche in dottrina come si è indicato nei paragrafi che precedono e vi fu una proposta di legge in tal senso nella XVI legislatura di cui però l’esame non iniziò mai; vi furono numerose iniziative legislative nel corso della XVII legislatura che però si fermarono ed oggi vede l’esame del d.d.l. 1398 Nugnes del luglio 2019 che è tuttora in corso di esame in Senato.

¹¹⁶ Manca, invece, come più volte si è rilevato una riflessione ampia non solo sulla nozione di rifiuto organico ma, soprattutto, sulle sue connessioni con la tutela del suolo.

¹¹⁷ FAO, *Assessment of Agricultural Plastics and their Sustainability, A call for action*, 2021, 3.

Il nostro Paese, questa è la notizia buona, eccelle nella gestione del rifiuto organico e favorisce gli strumenti come i nuovi materiali compostabili che tale gestione favoriscono, ma, e questa è la notizia cattiva, non vi è ancora piena consapevolezza delle funzioni ecosistemiche del suolo, del fatto che la gestione dei rifiuti organici appare come uno degli strumenti indispensabili per risolvere il problema e che i materiali compostabili appaiono a propria volta come uno strumento per la migliore gestione dei rifiuti organici.

Si è visto che la legislazione nazionale è ancora troppo ancorata alla difesa del suolo per i rischi che esso può comportare per l'incolumità delle persone piuttosto che per le sue funzioni ecosistemiche, anche se non mancano le norme che hanno favorito un vero e proprio cambiamento di paradigma sui nuovi materiali.

Conseguentemente manca una seria programmazione a livello nazionale e regionale, che oggi peraltro troverebbe una nuova fonte di legittimazione nell'art. 41 Cost. come modificato dalla legge costituzionale n. 1/2022¹¹⁸, manca una seria incentivazione per gli impianti di trattamento dei rifiuti organici che sono di fatto "dimenticati" dal Piano della Transizione ecologica e dal PNRR, manca il *favor* per gli impianti che abbiano tentato in questi anni di realizzare il compost con la massima qualità possibile.

Manca, ancora, purtroppo una visione di sistema anche alla Commissione europea che, pur avendo riconosciuto in più punti che occorre restituire sostanza organica ai suoli per rigenerarli, agisce ancora con poca determinazione sulla gestione dei rifiuti organici nei vari paesi europei (consentendo in molti casi di "recuperarli" sotto forma di energia) e che di fronte a normative che tentano di fare "sistema" come quella italiana (favorendo l'utilizzazione dei nuovi materiali) per migliorare l'ambiente e il clima si dimostra ancora troppo ancorata a schemi e logiche del passato.

La terribile situazione di conflitto che stiamo vivendo, che tutti auspichiamo possa terminare al più presto, evidenzia, se vogliamo con maggior chiarezza che in passato, non solo i concetti di interdipendenza globale, ma anche che si debba accelerare sia sul versante dell'autosufficienza energetica, sia su quello del risparmio energetico ma anche su quello della produzione alimentare e ciò richiama inevitabilmente le connessioni con quella matrice troppo spesso "dimenticata" alla quale con queste poche pagine si è cercato, se pur con evidenti limiti, di restituire il ruolo fondamentale che le spetta di diritto.

¹¹⁸ Sul punto si consenta di rinviare a F. DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma programma dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Apertacontrada*, 28 febbraio 2022.

Il senso della specialità e la vicenda dell'autonomia siciliana (dalle esperienze del passato una lezione per l'avvenire)*

di Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. Le cause che hanno fin qui ostato ad un'apprezzabile affermazione dell'autonomia. – 2. La miopia che sta base del mancato rifacimento organico dello statuto siciliano, fatto oggetto unicamente di circoscritte, seppur non insignificanti, modifiche, e gli ulteriori interventi di carattere istituzionale ad oggi adottati, nondimeno non esenti da mende. – 3. Le non poche né lievi carenze riscontratesi al piano dell'attività. – 4. La sfortunata vicenda delle norme “programmatiche” contenute negli statuti di diritto comune. – 5. Il ribaltamento della specialità in se stessa e la soluzione-tampone apprestata a mezzo della clausola di maggior favore. – 6. Per un modello di “specialità diffusa”, integrato e sorretto da un complessivo ripensamento della struttura della Repubblica ispirato all'idea del regionalismo cooperativo.

1. *Le cause che hanno fin qui ostato ad un'apprezzabile affermazione dell'autonomia*

Non è possibile esprimere alcuna valutazione circa il senso dell'autonomia regionale in genere e, per ciò che è qui di specifico interesse, di quella speciale (in sé e per sé così con riguardo a questo o quell'ente che ne è, o meglio *dovrebbe* esserne, beneficiario), per il modo con cui si è concretamente affermata, se non la s'inscrive nel contesto istituzionale del tempo in cui ne è maturata la genesi e negli sviluppi che se ne sono quindi avuti nell'esperienza.

Avverto subito che, ora per una ragione ed ora per un'altra, il concorso di plurime e sfavorevoli congiunture non ha consentito un saldo radicamento dell'autonomia nel terreno ordinamentale (e, prima ancora, in quello sociale) e, dunque, la sua crescita ed affermazione in modi complessivamente appaganti.

Due le cause principali che hanno portato a quest'esito infausto per l'autonomia, tanto nella sua forma “ordinaria” – com'è usualmente chiamata – quanto in quella differenziata e tipica di ciascun ente che ne gode (*rectius, avrebbe dovuto* goderne).

La prima è di natura culturale. Al di là di ciò che s'è pensato (e si pensa) da parte di quanti, in tempi ormai risalenti così come ancora al presente, si sono fatti (e si fanno) portatori di un modello “forte” di autonomia, il terreno politico e sociale nel quale quest'idea avrebbe dovuto (e dovrebbe) attecchire non era stato (e non è) adeguatamente spianato e coltivato sì da consentire il conseguimento dello scopo. Un'esperienza ormai pluridecennale dà conferma del fatto che non v'era all'inizio¹ né è poi maturata una mentalità largamente condivisa ed effetti-

* Relazione al Convegno su *Autonomie speciali e regionalismo italiano*, a cura di F. Cortese e J. Woelk, Trento 17-19 marzo 2022, alla cui data lo scritto è aggiornato.

¹ Si è, ancora di recente, fatto notare da una sensibile dottrina [A. MORRONE, *Per la Repubblica*

vamente orientata alla promozione dell'autonomia². Eccezion fatta delle Regioni connotate dal bilinguismo quale espressione emblematica di un'identità internamente composita e bisognosa di essere salvaguardata con ogni mezzo, tra i quali è la valorizzazione della specialità, nelle rimanenti Regioni in cui l'autonomia avrebbe dovuto affermarsi è dato constatare che essa seguita a restare ai margini dei dibattiti tra gli operatori politico-istituzionali e in seno al corpo sociale, attratti da questioni considerate – a ragione o a torto – prioritarie e, comunque, meritevoli di maggiore considerazione. Ne dà testimonianza la vicenda recente del disegno volto alla c.d. “differenziazione” dell'autonomia ordinaria³ in applicazione del congegno prefigurato dall'art. 116, III c., Cost. che, ancora fino a poco tempo addietro, sembrava pronto per essere finalmente varato a beneficio di alcune Regioni e che poi si è insabbiato ed è stato posposto a fronte di questioni maggiormente pressanti, a partire da quelle che fanno capo alla pandemia sanitaria in atto ed a tutto ciò che ad essa si collega⁴.

delle autonomie dopo la pandemia, in Europa, in Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio. Scritti in onore di Bilancia, in Federalismi (www.federalismi.it), 4/2022, 2 febbraio 2022, 651] che le Regioni sono state “un'invenzione di puro pensiero in un contesto in cui i rapporti di forza politica riguardavano altri ben più reali e attrezzati soggetti” (c.vo testuale).

² Ho già avuto modo di rilevare il difetto nel nostro Paese di un'autentica cultura dell'autonomia nel mio *Per un nuovo statuto del Trentino-Alto Adige (chiose a margine di due documenti preparatori della riscrittura dell'atto)*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, 2/2018, 18 giugno 2018, 421. V., inoltre, utilmente, i contributi riuniti in *La cultura dell'autonomia: le condizioni pre-giuridiche per un'efficace autonomia regionale*, a cura di R. Toniatti, Università degli Studi di Trento, Trento 2018, e A. MORELLI, *Quale futuro per il regionalismo italiano?*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, 155 ss. Sulla storia del concetto, v., poi, L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Giuffrè, Milano 2018, spec. il cap. I.

³ Non riprendo qui, dopo averne detto altrove, la vessata questione relativa all'eventuale utilizzo del modulo di “differenziazione” previsto dall'art. 116, III c., anche a beneficio delle Regioni speciali. Insuperabile mi parrebbe al riguardo essere l'ostacolo frapposto dalla lettera del disposto in parola, che peraltro si deve – non si dimentichi – allo stesso legislatore che ha introdotto la clausola di maggior favore, della quale – volendo – il legislatore stesso avrebbe potuto tenere conto formulando diversamente l'enunciato. Oltre tutto, le Regioni speciali sono già... *differenziate*, proprio perché godono di un regime loro proprio e, sulla carta (ma – ahimè –, in buona sostanza, solo su questa), maggiormente vantaggioso, in quanto idoneo ad esprimersi ben oltre gli ambiti materiali indicati nell'art. 116. Infine, non si trascuri l'effetto *boomerang* che potrebbe originare dalla promozione dell'autonomia, seppur circoscritta ai soli ambiti materiali indicati nell'art. 116, per il fatto che appagate in tal modo alcune istanze avanzate dalle Regioni in parola, potrebbe venire bell'e sepolto il più ambizioso disegno di un complessivo rifacimento degli statuti con le procedure loro proprie (su di che, *amplius, infra*).

⁴ Su questa vicenda ad oggi in corso, v. L. VIOLINI, *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.*, Giappichelli, Torino 2021, e G. BOGGERO, *Allontanare lo spettro della “centralizzazione statalista”: il regionalismo differenziato dopo la pandemia. A margine di: A. GIOVANARDI, D. STEVANATO, Autonomia, differenziazione, responsabilità. Numeri, principi e prospettive del regionalismo rafforzato*, Marsilio, Padova, 2020, 268, in *Oss. cost. (www.osservatorioaic.it)*, 6/2021, 7 dicembre 2021, 573 ss. Per taluni profili di metodo, v. L. DI MAJO, *Regionalismo differenziato: una questione di metodo, prima ancora del merito*, in *Riv. AIC (www.rivistaaic.it)*.

La seconda causa, alla prima peraltro strettamente legata, è di ordine economico-sociale. Man mano infatti che vengono affermandosi in modo prepotente bisogni diffusamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale, quella che ad una prima (ma erronea) impressione appare essere una questione meramente istituzionale risulta fatalmente posposta nell'agenda delle cose da fare. D'altronde, le emergenze – come si è soliti chiamarle, sia pure sovente dilatando in modo abnorme un termine che invece richiederebbe di essere usato con somma ocularità e prudenza – si succedono a vicenda e talvolta sovrappongono in misura continua: tra le altre, ieri il terrorismo interno, poi la minaccia separatista che, nondimeno, è stata rapidamente riassorbita pure laddove si era più vistosamente manifestata⁵ e di cui, senza andare ora troppo indietro nel tempo – per singolare ironia della sorte e nemesi storica –, ha fatto la propria bandiera

it), 1/2020, 4 febbraio 2020, 232 ss.; quanto, poi, a talune questioni di procedura, v. R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2019, 17 dicembre 2019, 260 ss.; E. TIRA, *L'attuazione del regionalismo differenziato e il ruolo del Parlamento nella stipula delle intese ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 3/2020, 1 ss. e A.I. ARENA, *Questioni procedurali sull'approvazione delle leggi di cui all'art. 116, comma 3, Cost.*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2021, 20 aprile 2021, 295 ss. Sulle prospettive aperte per la promozione dell'autonomia dal disposto costituzionale in parola, in aggiunta agli scritti appena richiamati, v., tra gli altri, A.M. CITRIGNO, *La dimensione regionale dei diritti sociali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2020, 7 gennaio 2020, 1 ss.; M. BERTOLISSI, *Premesse per una lettura "sostanziale" dell'articolo 116, 3° comma, della Costituzione*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2020, 3 marzo 2020, 439 ss.; G. TARLI BARBIERI, *L'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.: procedure e prospettive*, in *Corti supreme e Salute*, 1/2020 (www.cortisupremeesalute.it), 125 ss.; C. DELLA GIUSTINA, *Quel che resta della Costituzione italiana dopo l'emergenza sanitaria COVID-19. Riflessioni in materia di regionalismo differenziato e tecnocrazia*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2020, 18 agosto 2020, 1562 ss.; C. NEGRI, *Il regionalismo differenziato di cui all'art. 116, co. 3, della Costituzione. Un tentativo di inquadramento sistematico nel Titolo V della Costituzione*, in *Dir. reg.* (www.dirittiregionali.it), 1/2021, 31 marzo 2021, 143 ss.; nella stessa *Rivista*, V.P. GROSSI, *La perdurante attualità del regionalismo differenziato. Un'analisi dei contenuti delle 'bozze d'intesa'*, 2/2021, 18 maggio 2021, 358 ss.; G. RIVOSECCHI, *Il regionalismo differenziato, un istituto della Repubblica delle autonomie: perché e come realizzarlo entro i limiti di sistema*, 3/2021, 19 ottobre 2021, 779 ss. e, pure *ivi*, C.B. CEFFA, *Alla ricerca del "Titolo" perfetto. Le conseguenze paradossali della conquista dell'autonomia nell'inquieto rapporto, non solo in tempo di emergenza, tra Stato e Regioni*, 8 febbraio 2022, 999 ss. Per i riflessi che potrebbero aversene per la specialità, v., inoltre, AA.VV., *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, a cura di M. Immordino, N. Gullo e G. Armao, Editoriale Scientifica, Napoli 2021. Infine, AA.VV., *Specialità e differenziazione. Le nuove frontiere del regionalismo italiano*, a cura di G. Armao – F. Astone – M. Immordino – G. Moschella – V. Prudente, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, e AA.VV., *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie (1970-2020) in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica*, a cura di R. Toniatti, Università di Trento, Trento 2022.

⁵ Eloquente il dato, riferito da G. FERRAIUOLO, *Il regionalismo italiano tra tecnica e spirito*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 25/2021, 3 novembre 2021, 93, secondo cui le liste autonomiste/indipendentiste in Sicilia alle regionali del 1947 ottennero il 9% dei voti e circa il 3% a quelle del 1951, per poi scomparire del tutto alle successive tornate elettorali.

un movimento politico che oggi appare invece essere nazionalista ad oltranza⁶, poi ancora la crisi economica a più riprese manifestatasi con particolarmente aggressività e ovviamente aggravatasi per effetto della pandemia⁷, e, da ultimo, la traumatica ed inquietante vicenda ad oggi drammaticamente in corso riguardante l'aggressione militare all'Ucraina da parte della Russia, dagli imprevedibili e ad oggi oscuri sviluppi che potrebbero, anche a breve, aversene.

Sta di fatto che, per una ragione o per l'altra, la ristrutturazione dell'ordinamento all'insegna del valore di autonomia tarda a prendere una forma seppur in parte apprezzabile. Per un difetto di miopia col tempo sempre di più accentuatosi, non ci si avvede, purtroppo, del fatto che dotare l'ordinamento stesso di sedi istituzionali nuove o come che sia significativamente rinnovate e di strumenti congeniali ad un contesto ormai profondamente diverso anche rispetto ad un passato non remoto equivale a predisporre le condizioni ottimali di partenza per dare appagamento a quei bisogni sociali che altrimenti sarebbero destinati a restare, in tutto o in parte, disattesi. Gli strumenti, infatti, non devono – com'è chiaro – essere utilizzati in modo autoreferenziale (e, dunque, per la riproduzione del potere da parte di chi lo detiene e se ne avvale per il proprio tornaconto) ma richiedono di essere costantemente azionati, al meglio del loro potenziale espressivo, al servizio dei bisogni maggiormente sentiti in seno alla collettività. Il che poi – per ciò che qui specificamente importa – equivale a dire che l'operato dei pubblici poteri e l'azione delle forze politiche cui esso, in buona sostanza, si deve ricevono dal valore di autonomia, nel suo fare “sistema” con i valori costituzionali restanti, un fermo orientamento di scopo, sì da convertirsi in un servizio per la comunità stanziata sul territorio. Quanto meno, così dovrebbe essere secondo modello...

Insomma, un fatto di mentalità da un canto, ragioni obiettive di contesto dall'altro: tutto cospira perché l'idea regionale non riesca a decollare ed a portarsi in alto, così come potrebbe (e dovrebbe), traducendosi in un beneficio per la collettività, e non già in un costo o – peggio – in un fattore di aggravamento delle non poche storture che sono profondamente radicate nel tessuto sociale e delle quali spesso ci si avvede proprio dal raffronto tra i contesti (nella più larga accezione) e i loro differenti sviluppi che si hanno nei territori di cui si compone la Repubblica e che tali sono rimasti malgrado l'affermazione di quel “modello”

⁶ Sulla “questione settentrionale”, per il modo con cui se n'è fatta interprete la Lega, specie nella sua prima stagione di lotta politica, v., nuovamente, lo scritto appena richiamato di G. FERRAIUOLO, 94 ss.

⁷ Si può invero comprendere che, specie nella sua fase iniziale, essa sia stata affrontata con forte centralizzazione. Si capisce, invece, assai meno (o, diciamo pure, non si capisce affatto) che la successiva gestione, specie per ciò che concerne la ripresa, prenda forma con il medesimo metodo, non poco penalizzante per l'autonomia [ragiona delle prospettive che potrebbero al riguardo delinearsi nel prossimo futuro A. MORRONE, *Per la Repubblica delle autonomie dopo la pandemia, in Europa*, cit.].

degenere che va sotto il nome di “regionalismo dell’uniformità”⁸. Un “modello” che poi – come si sa – ha tratto (e seguita a trarre), in rilevante misura, alimento proprio dalle emergenze suddette (e, segnatamente, da quella economica) alle quali si fa sempre più stancamente richiamo a giustificazione della torsione del vero modello, quello costituzionale, conseguente all’appiattimento dell’autonomia *tout court*, secondo quanto si vedrà meglio a momenti. Non è, dunque, a caso se, ciclicamente, si perviene al punto di rimettere in discussione la stessa esistenza delle Regioni⁹, senza che nondimeno ci si avveda del fatto che una soluzione radicale siffatta si porrebbe quale il classico rimedio peggiore del male, proiettando a raggiera i suoi nefasti effetti per l’intero ordinamento, con riflessi immediati – per ciò che è, poi, di maggior rilievo – per l’appagamento di alcuni dei più diffusi ed avvertiti bisogni in seno al corpo sociale.

2. *La miopia che sta base del mancato rifacimento organico dello statuto siciliano, fatto oggetto unicamente di circoscritte, seppur non insignificanti, modifiche, e gli ulteriori interventi di carattere istituzionale ad oggi adottati, nondimeno non esenti da mende*

Ora, volendo tentare di soppesare – se così può dirsi – la consistenza dell’autonomia, due appaiono essere i piani sui quali siffatta verifica può aversi in modo complessivamente attendibile: quello strutturale (dell’organizzazione) e quello funzionale (delle competenze e delle modalità del loro esercizio).

Le maggiori delusioni – va subito rilevato – vengono dal secondo, ma almeno in parte si devono a circostanze ed esperienze maturate al primo; e se ne ha una pronta spiegazione. Laddove, infatti, si tratti di offrire l’opportunità a ciascun ente dotato di autonomia di differenziarsi rispetto agli altri e soprattutto allo Stato, ricercando pertanto soluzioni originali per la propria organizzazione interna, i margini di manovra a ciascuno di essi al riguardo riconosciuti non sono, per vero, insignificanti, per quanto ovviamente soggetti a limiti a presidio dell’unità-indivisibilità della Repubblica, nondimeno talvolta intesi e fatti valere in modo eccessivamente costrittivo per l’autonomia. Sta di fatto, però, che un’autentica, apprezzabile diversificazione di soluzioni organizzative, specificamente

⁸ Alcuni studiosi [tra i quali, V. TEOTONICO, *La specialità e la crisi del regionalismo*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2014, 7 novembre 2014, 5] giudicano paradossale il perpetuarsi di condizioni disomogenee di sviluppo dei territori regionali pur dopo l’affermazione del modello in parola; il vero è però che quest’ultimo non ha sciolto alcuni nodi strutturali che si radicano in modo fitto ed inestricabile nel profondo del tessuto sociale ed economico del Paese che, a conti fatti, è stato scalfito solo in superficie, in alcune sue esteriori e marginali proiezioni senza nondimeno essere stato rivoltato da cima a fondo in linea con il grandioso progetto di riforma mirabilmente enunciato nei principi fondamentali della Carta (e, segnatamente, nell’art. 3, II c.).

⁹ Riferimenti al riguardo in S. PARISI, *Cinquant’anni di Regioni: cesure apparenti, ricorsività dei luoghi comuni*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, 185 ss.

riguardanti la disciplina dei rapporti caratterizzanti la forma di governo e le stesse relazioni dell'apparato con la comunità (la "forma di Regione") non si è avuta (e non si ha): basti solo pensare alle modalità di elezione del Presidente della Regione ed ai rapporti che connotano la forma di governo, le une e gli altri fatti oggetti di discipline in larga misura stancamente ripetitive. Testimonianza eloquente, questa, del fatto che, malgrado la considerevole diversità dei territori, per la natura degli interessi da essi emergenti e bisognosi di essere salvaguardati, il grado di sviluppo economico-sociale riscontrabile in ciascuno di essi e quant'altro rende diversa ogni Regione dalle altre e giustifica la loro stessa esistenza¹⁰, ugualmente si reputa che modelli istituzionali essenzialmente fatti in serie, come se fossero sfornati tutti dalla stessa fabbrica, possano costituire la ricetta giusta per l'ottimale appagamento dei più diffusi ed avvertiti bisogni.

Il vero è che a base degli esiti deludenti riscontratisi specie in alcune Regioni (tra le quali, appunto, la Sicilia) per ciò che concerne l'azione di governo regionale stanno cause plurime e concomitanti, solo in parte riportabili al difetto dei congegni istituzionali e in larga misura invece addebitabili ad un personale politico che ha mostrato una non particolarmente spiccata capacità di progettazione, resa viepiù evidente in determinate congiunture nel corso delle quali era (ed è) invero vistosa e pressante la massa dei problemi bisognosi di soluzione. A ciò, poi, si aggiunga la miopia esibita da coloro che sono stati (e sono) chiamati a responsabilità di governo, col fatto stesso di ritenere prioritario apprestare – come si avrà modo di vedere meglio a breve – discipline normative aventi carattere settoriale o, addirittura, microsettoriale, in quanto volte a dare ristoro ad una cerchia non di rado ristretta di cittadini piuttosto che porre mano al rifacimento delle discipline aventi natura istituzionale, ritenute meno utili per la collettività o, diciamo pure, da questa non avvertite come urgenti. Si tenga inoltre presente l'incidenza esercitata da emergenze fattesi col tempo viepiù ingravescenti che hanno accentuato la mai sopita vocazione al riaccentramento in capo allo Stato della regolazione delle dinamiche sociali (in larga accezione), secondo quanto è, da ultimo, emblematicamente testimoniato dall'esperienza odierna caratterizzata dall'adozione di misure volte a far fronte alla pandemia sanitaria.

Ora, il mancato rifacimento complessivo delle strutture istituzionali disvela un difetto grave di prospettiva da parte di coloro che col tempo hanno avuto responsabilità di governo in ambito locale, sol che si pensi che, proprio dotandosi prioritariamente di strumenti nuovi o profondamente rinnovati rispetto ad

¹⁰ Per vero, da tempo e da molti si è fatto notare che sarebbe necessario ridisegnare i confini territoriali delle Regioni, in specie accorpandone alcune e, in genere, ponendo mano ad un complessivo ripensamento del sistema delle autonomie territoriali della Repubblica. Un progetto particolarmente ambizioso, questo, che tuttavia – quanto meno nel breve periodo – appare irrealizzabile, ostandovi motivi di campanile unitamente a ragioni di ordine economico il cui esame va tuttavia ben oltre l'*bortus conclusus* entro il quale questo studio è tenuto a restare.

altri di risalente fattura, è quindi possibile porre mano a discipline normative congrue rispetto ai bisogni della collettività stanziata sul territorio¹¹. Ancora di più, poi, ciò vale per le Regioni ad autonomia differenziata sol che si consideri che i relativi statuti, in quanto provvisti di forma costituzionale, avrebbero potuto e potrebbero dotare le Regioni stesse di strumenti particolarmente incisivi, di cui non sono invece provviste le rimanenti Regioni. Si pensi solo agli atti aventi forza di legge, la cui introduzione ha peraltro sollevato riserve e perplessità ad oggi non sopite ma che pure potrebbe essere riconsiderata nel quadro di un complessivo ripensamento dei meccanismi relativi alla forma di governo; e ancora, con specifico riguardo alla Sicilia, sulla cui autonomia sono oggi stato chiamato a fare il punto, si consideri il ruolo attivo che potrebbe esserle riconosciuto, quale porta sul Mediterraneo e luogo di approdo di una parte consistente di migranti, tanto sul piano delle relazioni con l'Unione europea e delle relazioni internazionali intrecciate dalla Regione quanto in occasione della stipula ad opera dello Stato di accordi con altri Stati che si affaccino sul *mare nostrum* e, in genere, del compimento di attività di rilievo estero proiettate su di esso¹².

Non è, ad ogni buon conto, senza significato che in nessuna delle cinque Regioni ad autonomia differenziata si sia fatto luogo a quel rifacimento degli statuti che in sede di riscrittura del Titolo V era stato considerato (se non proprio imminente, quanto meno) suscettibile di aversi a breve¹³. Ed è bensì vero che si è posto in passato mano alla progettazione di nuove carte statutarie, in sede politica ovvero dottrinale, senza che tuttavia si sia riuscito ad andare oltre talune, pure non secondarie ma circoscritte *quoad obiectum*, innovazioni.

Così è stato infatti – per ciò che è qui di specifico interesse – per la Sicilia, il cui statuto è stato – come si sa – a più ondate modificato¹⁴ ma non, appunto, interamente rifatto¹⁵. La Regione ha, inoltre, varato alcune leggi aventi rilievo

¹¹ Si è opportunamente rilevato, con notazione riferita ad una specifica Regione ma – come si viene dicendo – suscettibile di valere anche per le altre, che «il maggior *vulnus* della nostra autonomia, anche e soprattutto in relazione al diritto dell'Unione Europea, sta nella mancata riforma dello Statuto regionale...» [G. LANZINGER, *La riforma dello Statuto di autonomia del Trentino-Alto Adige/Südtirol: se non ora, quando?*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 7/2020, 27 marzo 2020, 193].

¹² Penso ora, ad es., al pressoché insignificante rendimento della partecipazione del Presidente della Regione con rango di Ministro alle riunioni del Consiglio dei ministri in cui si discutono questioni specificamente incidenti sulle relazioni internazionali di cui si fa ora parola. Di altre previsioni statutarie si dirà più avanti.

¹³ Si è al riguardo rilevato che ai governanti locali conviene di più tenersi le “vetuste” carte statutarie piuttosto che far luogo al loro ammodernamento, nel timore che per effetto della riforma possano essere messe in discussione alcune rivendicazioni a beneficio dell'autonomia, specie in campo finanziario (G. TARLI BARBIERI, *I nodi irrisolti del regionalismo italiano, a venti anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, spec. 220 ss.).

¹⁴ ... con leggi cost. nn. 1 del 1972, 3 del 1989 e 2 del 2001.

¹⁵ A vuoto è andato il tentativo posto in essere nel 2003 da una Commissione istituita per iniziativa del Presidente della Regione V. Leanza che ha prodotto una bozza di nuovo statuto,

istituzionale, con specifico riguardo alla materia elettorale, alle consultazioni referendarie, alla forma di governo¹⁶, senza che nondimeno l'impianto statutario, risalente – com'è noto – ad oltre tre quarti di secolo addietro, sia stato fatto oggetto, come avrebbe meritato, di un complessivo e profondo ripensamento. Ed è singolare che si sia invertito l'ordine giusto delle cose, ponendo mano dapprima all'adozione di leggi comunque bisognose di mantenersi in linea con le indicazioni statutarie e rimandando a chissà quando il rifacimento organico dello statuto. È infatti chiaro che, laddove esso dovesse finalmente aversi dotando la carta statutaria di contenuti seppur in parte inconciliabili con le discipline legislative suddette, si dovrà nuovamente intervenire per il necessario adeguamento di queste ultime. Convengo, nondimeno, col fatto che, non apparendo imminente – a quanto pare – la riscrittura dell'atto fondativo dell'autonomia della Regione, far tardare ulteriormente l'approvazione delle leggi suddette avrebbe recato non pochi né lievi inconvenienti di ordine istituzionale. Che, ad ogni buon conto,

peraltro per vero non esente da mende [a riguardo delle quali, se si vuole, può vedersi il mio *Riforma dello statuto siciliano e riordino del sistema delle fonti (a proposito della bozza Leanza)*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 2/2003, 29 maggio 2003, nonché in *Nuove aut.*, 1-2/2004, 13 ss.], così come privo di concreto riscontro si è rivelato un progetto di statuto messo a punto da alcuni costituzionalisti siciliani (può vedersi in AA.VV., *Per un nuovo statuto della Regione siciliana*, a cura di A. Ruggeri – G. D'Amico – L. D'Andrea – G. Moschella, Giappichelli, Torino 2017; vi si è richiamata, tra gli altri, A. ROMEO, *Attualità e prospettive dello Statuto siciliano nel contesto delle autonomie speciali*, in AA.VV., *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, cit., 147 ss.).

¹⁶ Faccio qui menzione, in particolare, delle leggi siciliane nn. 14 del 2001 e 1 del 2004 (in materia di referendum), 7 del 2005 (in tema di elezione a suffragio universale e diretto del Presidente della Regione), nonché della legge stat. n. 26 del 2020 (concernente la forma di governo, la nomina e revoca degli assessori e la conclusione anticipata della legislatura), la quale ultima in ispecie non sembra avere, per vero, introdotto novità di ragguardevole spessore [v., infatti, i puntuali rilievi critici di M. ARMANNI, *La nuova legge statutaria della Regione siciliana*. Much ado about nothing, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 3/2020, 1313 ss.]. Segnalò, infine, l'apprezzabile iniziativa da ultimo adottata con la presentazione nell'ottobre dello scorso anno di un progetto di legge (n. 1096, a firma Amata) che, recependo ed originalmente rielaborando una proposta da tempo affacciata (e della cui opportunità mi sono da tempo dichiarato convinto), innova alla procedura stabilita dall'art. 43 dello statuto per il varo delle norme di attuazione di quest'ultimo, in particolare sollecitando il Governo a dare seguito entro un lasso di tempo ragionevole (centoventi giorni) alle norme già predisposte dalla commissione paritetica ovvero di rinviarle a quest'ultima sollecitandone la modifica oppure motivando le ragioni che ostano alla loro adozione. Il progetto in esame va, nondimeno incontro al limite di non fissare un termine alla commissione stessa perché si pronunzi sui rilievi mossi dal Governo. Ad ogni buon conto, chi sa quanto rilevante sia il ruolo giocato dalle norme di attuazione per la specificazione ed implementazione delle previsioni statutarie (su di che, per tutti, M. SIAS, *Le norme di attuazione degli statuti speciali. Dall'autonomia differenziata all'autonomia speciale*, Jovene, Napoli 2012; M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, e S. PAJNO, *Aspetti problematici delle norme di attuazione degli statuti speciali*, in AA.VV., *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, cit., 157 ss.) non può che rallegrarsi di questa iniziativa il cui futuro appare pur sempre incerto, soggetto com'è al vaglio ed all'eventuale seguito che si darà all'iniziativa legislativa in parola.

vi sia il bisogno di una nuova carta statutaria è testimoniato *per tabulas* dal fatto stesso delle innovazioni alle quali l'atto licenziato nel '46 è andato soggetto non soltanto per via normativa ma pure (e soprattutto) ad opera della giurisprudenza, cui si deve la potatura di alcuni suoi "rami secchi"¹⁷, a partire da quello relativo alla istituzione dell'Alta Corte, in frontale contrasto con il principio di unicità della giurisdizione costituzionale. Non si trascurino, poi, le previsioni rimaste lettera morta¹⁸, in quanto oggettivamente incapaci di farsi valere nell'esperienza, quale ad es. quella relativa ai poteri riconosciuti al Presidente ed al Governo della Regione per ciò che concerne l'utilizzo delle forze di polizia, ormai dunque da considerare desueta¹⁹.

Insomma, senza stare ora a far luogo ad una ricognizione punto per punto delle disposizioni statutarie rimaste sulla carta ovvero fatte oggetto di corposi adattamenti, è pacifico che lo *statuto vivente* sia cosa ben diversa dallo *statuto vigente*; e se ne capisce subito la ragione, sol che si pensi alle profonde trasformazioni avutesi dal tempo del varo dell'atto ad oggi e, soprattutto, alla diversa temperie storico-politica nella quale il primo è stato elaborato, facendo quindi da apripista agli altri enti ad autonomia differenziata e prestandosi allo scopo di gettare acqua sul fuoco di un movimento separatista che, nella confusa e sofferta stagione dell'immediato dopoguerra, appariva invero minaccioso, specie per una Repubblica che allora muoveva i primi passi ed aveva bisogno di rendersi stabile in un clima di rinnovata armonia al proprio interno²⁰. Si spiega, nondimeno, in questa

¹⁷ ... secondo l'azzeccata qualifica datane da un'accreditata e non dimenticata dottrina [I. MARTINES, *Lo statuto siciliano oggi* (1983), in ID., *Opere*, III, Giuffrè, Milano 2000, spec. 839, ma *passim*].

¹⁸ Ad esse, in special modo, calza a pennello il giudizio dato da una sensibile dottrina dello stato complessivo dell'autonomia siciliana, che lo riprende da una colorita espressione del Presidente Alessi: v., dunque, G. VERDE, "Sepolta viva". *Il Governo Alessi e l'avvio dell'autonomia speciale della Regione siciliana (30 maggio 1947 – 11 gennaio 1949)*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016. Di un'autonomia "sfiorita" si discorre, poi, in una densa riflessione di S. PAJNO, *La Sicilia, ovvero dell'autonomia sfiorita*, in *Riv. giur. mezz.*, 2011, 519 ss. Lo stesso VERDE ha, peraltro, ripetutamente insistito, con alcune crude ed efficaci analisi, sulla condizione dell'autonomia della Regione e le sue prospettive: tra gli altri suoi studi, v. *Quale futuro per l'autonomia speciale della Regione siciliana?*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 16/2016, 10 agosto 2016, e *Lo statuto speciale della Regione siciliana e la sua attuazione*, in AA.VV., *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, cit., 131 ss. V., inoltre, AA.VV., *L'alba della Sicilia*, Sellerio, Palermo 1996, e la densa ma efficace riflessione di G. PITRUZZELLA, *C'è un futuro per la specialità della Regione siciliana?*, in *Le Regioni*, 2001, 499 ss.

¹⁹ Mai dire mai, però; e, per effetto della mancata rimozione esplicita (con legge ovvero per mano della Consulta) della norma in parola, nulla esclude che un domani un Presidente di Regione la faccia risvegliare dal suo annoso letargo. Non ho alcun dubbio, tuttavia, che una eventuale iniziativa in tal senso sarebbe prontamente stoppata.

²⁰ Sulla genesi della specialità un chiaro quadro di sintesi può vedersi in GIANGASPERO, *La nascita delle Regioni speciali*, in AA.VV., *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, I, a cura di S. Mangiameli, Giuffrè, Milano 2012, 119 ss. Con specifico riguardo alla vicenda valdostana, che – come si sa – ha spianato la via alla sperimentazione della specialità, v. A.M. POGGI

luce l'impianto "parafederale" che connotava le relazioni Stato-Regione, emblematicamente testimoniato appunto dalla già richiamata Alta Corte, un impianto per vero troppo avanzato, per concezione e possibili realizzazioni, rispetto all'idea di Regione quindi affermatasi alla Costituente e, più ancora, poi, vistosamente deviante dal solco entro cui veniva svolgendosi l'indirizzo politico dei Governi del tempo, dalla marcata vocazione centralista, testimoniata emblematicamente dal deliberato proposito di non porre mano all'attuazione dell'istituto regionale per l'intero territorio della Repubblica. Un concorso di fattori – come si vede – cospirava per far deviare l'esperienza regionale dal suo corso naturale, quale si specchiava in un dettato statutario peraltro connotato da indicazioni sommamente vaghe ed approssimative.

A ciò si aggiungano i difetti di costruzione esibiti dalla disciplina concernente i meccanismi di governo, primo su tutti quello relativo all'impianto della relazione fiduciaria ed alle sue concrete vicende. Si pensi solo al discusso ingranaggio del *simul simul*, di cui alla legge cost. n. 2 del 2001, pure pensato per un buon fine (la stabilità e continuità dell'azione di governo) ma che, nell'esperienza poi invalsa in sede regionale così come in ambito locale, a motivo del suo inesorabile rigore²¹, ha dato luogo ad effetti perversi, sol che si pensi che avere un Governo stabile non equivale ad assicurare che sia anche un buon Governo²². Forse, avrebbe potuto giovare allo scopo la previsione della sfiducia costruttiva,

– A. MASTROPAOLO, *La specialità della Valle d'Aosta tra fatto e norma*, in *Le Regioni*, 6/2017, 1165 ss., e R. LOUVIN, *Il profilo storico-istituzionale dell'ordinamento valdostano*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste*, a cura di Costanzo – R. Louvin – L. Trucco, Giappichelli, Torino 2020, 1 ss. Per il Friuli-Venezia Giulia, v. E. D'ORLANDO, *Genesis, sviluppi e prospettive dell'autonomia speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Friuli-Venezia Giulia*, a cura di E. D'Orlando e L. Mezzetti, Giappichelli, Torino 2017, 1 ss. Per il Trentino-Alto Adige, riferimenti possono aversi da E. HAPFACHER, *Spunti per il regionalismo da una "speciale" specialità: l'esempio dell'Alto Adige/Südtirol*, in AA.VV., *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie (1970-2020) in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica*, cit., 179 ss. Per la Sardegna, v. PINNA, *Le origini e l'evoluzione dell'autonomia sarda*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sardegna*, a cura di M. Betzu – G. Demuro – Pinna, Giappichelli, Torino 2020, 3 ss. Infine, quanto alla Sicilia, v. C. TRAMONTANA, *Le origini dell'autonomia regionale e la genesi dello statuto siciliano*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, a cura di A. Ruggeri e G. Verde, Giappichelli, Torino 2012, 3 ss., nonché gli scritti sopra richiamati di G. VERDE.

²¹ Nei fatti, il meccanismo in parola si fonda su una sorta di "equilibrio del terrore" – secondo la felice immagine di un'accreditata dottrina (G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Le fonti del diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, a cura mia e dello stesso S., Giuffrè, Milano 2001, 211) – al quale soggiacciono entrambi gli organi della direzione politica e che condiziona pesantemente il modo con cui in concreto si avvalgono dei poteri di autonomia di cui sono dotati.

²² Sul punto, di cruciale rilievo, può, volendo, vedersi quanto se ne dice nel mio *Prospettive del regionalismo in Italia (nota minima su una questione controversa)*, in *Le Regioni*, 1-2/2017, spec. 30 ss.; nella stessa *Rivista*, hanno di recente auspicato un ripensamento della clausola in parola anche M. DELLA MORTE e L. RONCHETTI, *Simul stabunt... simul stabunt: a quale prezzo?*, 1-2/2021, 95 ss., spec. 106 ss.

ad imitazione del modello tedesco, al quale si è non a caso ispirato, pur con significativi adattamenti, il progetto messo a punto dai costituzionalisti siciliani, sopra richiamato, nel quale si prefigura una originale “sfiducia propositiva”²³.

Al di là, ad ogni buon conto, di ciò che si è fatto o che potrebbe farsi a mezzo di soluzioni normative di natura istituzionale, resta il nodo irrisolto della “qualità” del personale politico o – se si preferisce altrimenti dire, con linguaggio usuale – della “*rappresentatività*” dei *rappresentanti* di cui, in sede centrale così come in periferia, sono state messe in mostra non poche né lievi carenze alle quali non si è ancora per vero capito come vi si potrà porre, seppur in parte, rimedio²⁴.

3. *Le non poche né lievi carenze riscontratesi al piano dell'attività*

È poi di tutta evidenza che lacune e carenze complessive riguardanti l'organizzazione hanno la loro immediata proiezione al piano dell'attività, condizionandone pesantemente il modo di essere e gli effetti dalla stessa discendenti. Anche a questo piano, nondimeno, i negativi risultati conseguiti in molte Regioni, tra le quali la Sicilia, si devono alla convergenza di più cause dalla diversa connotazione complessiva.

In breve, si hanno responsabilità addebitabili agli organi regionali (ed alle forze politiche che in essi s'incarnano) e responsabilità che invece si appuntano al centro, sia in capo agli organi della direzione politica e sia pure nei massimi organi di garanzia, Presidente della Repubblica per un verso, Corte costituzionale soprattutto per un altro verso. Ma non si trascuri neppure il contesto internazionale e sovranazionale, del quale pure l'azione degli operatori di diritto interno deve tener conto, specie in quelle situazioni di crisi economica, cui si è già fatto cenno, dalle quali è venuta una spinta formidabile verso una piatta e sconsolante uniformità degli indirizzi politici invalsi in sede regionale, in vistoso scostamento da quel modello della (sia pur limitata) differenziazione emergente dalla Costituzione e, più ancora, dagli statuti di speciale autonomia²⁵.

²³ Se ne può vedere la illustrazione in G. MOSCHELLA, *Il Presidente della Regione siciliana: un'ipotesi di riforma nella prospettiva della razionalizzazione della forma di governo*, in AA.VV., *Per un nuovo statuto della Regione siciliana*, cit., 60 ss., spec. 66 s., e, pure *ivi*, F. GIUFFRÈ – F. PATERNITI, *L'assemblea regionale siciliana nell'ottica di una rinnovata cooperazione funzionale con gli altri organi istituzionali dell'ente*, 75 ss., spec. 83 ss.

²⁴ Il vero è che – come si è fatto altrove notare – al fondo della cruciale questione ora posta c'è un difetto di natura culturale che richiederebbe drastiche misure da mettere in atto in seno al corpo sociale, nel quale si radica il sistema dei partiti e dal quale si estrae il personale politico chiamato a responsabilità di governo (ma di ciò, com'è chiaro, in altri luoghi).

²⁵ Qui pure, nondimeno, si è commesso (e si commette) un errore grave di prospettiva o, se si vuol altrimenti dire, di metodo dell'azione di governo, dal momento che i vincoli discendenti *ab extra* non sono affatto inconciliabili con la promozione dell'autonomia e potrebbero, anzi, sortire,

Sta di fatto, ad ogni buon conto, che non poche volte l'azione "uniformante" dello Stato a discapito dell'autonomia si è portata troppo oltre, spegnendo l'aspirazione di quest'ultima alla propria affermazione in misura complessivamente apprezzabile. Gli organi di garanzia – come un momento fa si diceva – hanno poi fatto la loro parte per il raggiungimento di quest'esito, come si viene dicendo deviante dal solco costituzionale (e statutario): il Capo dello Stato perlopiù in forma omissiva²⁶, la Corte costituzionale in forma commissiva, a mezzo di innumerevoli pronunzie che, seppur non legate tra di loro sì da comporre un indirizzo politico in senso proprio²⁷, hanno nondimeno portato all'effetto di spegnere sul nascere le maggiori aspettative dell'autonomia di potersi tradurre in un servizio per la comunità stanziata sul territorio.

In questo quadro, qui abbozzato unicamente in alcuni dei suoi tratti maggiormente espressivi, la vicenda della legislazione siciliana è davvero emblematica. Leggi di riforma sociale se ne sono avute davvero poche, mentre la gran parte degli atti licenziati dall'assemblea si è connotata (e seguita senza sosta a connotarsi) – come si accennava poc'anzi – quale settoriale o, addirittura, microsettoriale, in funzione della cattura e del mantenimento del consenso ora di questa ed

specie in taluni campi materiali di esperienza, effetti maggiormente positivi proprio per il tramite della stessa. Come spesso accade, il difetto non è tanto nella macchina quanto nel pilota, incapace di guidarla a modo e di portarla al massimo grado di rendimento raggiungibile, pur alle difficili (e, per vero, talora proibitive) condizioni oggettive di contesto. Si fatica, invero, a capire perché mai gli obiettivi fissati in sede sovranazionale non possano essere centrati promuovendo la (pur parziale) diversificazione delle discipline di attuazione della normativa eurounitaria e invece, per un triste e – a quanto pare – inesorabile destino, richiedano una piatta ed incolore uniformità apprestata dalla mano statale.

²⁶ Quante leggi statali compressive, a volte in modo vistoso, dell'autonomia si conoscono, infatti, che sono state rinviata alle Camere in sede di promulgazione? Gli esiti consegnatici dagli studi maggiormente accurati [tra i quali, quello di L. TRUCCO, *Garanzia dell'autonomia regionale e potere di rinvio delle leggi statali*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 10/2016, *Focus riforma costituzionale*, 18 maggio 2016] non richiedono, nella loro cruda evidenza, alcun commento. Alla luce dell'esperienza fin qui maturata e per l'aspetto ora considerato, sembra dunque essere alquanto generoso il giudizio dato da chi discorre del Capo dello Stato come di un "Presidente delle Autonomie" (G. LAURI – M. MALVICINI, *Il Presidente delle Autonomie? Il capo dello Stato tra unità nazionale e regionalismo asimmetrico nell'ordinamento costituzionale in trasformazione*, in AA.VV., *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, a cura di C. Bertolino – A. Morelli – G. Sobrino, Univ. Torino, Torino 2020, 267 ss.).

²⁷ Convengo a riguardo del fatto che la Corte non si è mai data un "indirizzo" in senso proprio volto al riaccostamento di materie e funzioni; ha, però, speso la sua "forza politica" – per riprendere una formula particolarmente cara al mio compianto Maestro [v., dunque, di T. MARTINES almeno il suo *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche* (1957), ora in *Id.*, *Opere*, cit., I, 151 ss. e, con specifico riguardo alla Corte costituzionale, 206 ss.] – mostrandosi maggiormente sensibile nei riguardi delle istanze facenti capo agli organi centrali d'indirizzo piuttosto che per quelle di cui si sono fatti (e si fanno) portatori gli organi regionali.

ora di quella cerchia di elettori²⁸. Non è poi di certo a caso che una parte cospicua del contenzioso Stato-Regioni – un primato di certo non invidiabile – originato da leggi abbia per protagonista proprio l'isola, per responsabilità che sono, a mia opinione, equamente da spartire tra chi fa le leggi e chi le controlla e le porta alla cognizione del giudice costituzionale.

Come che sia di ciò, un punto è comunque da tempo chiarito e va tenuto fermo; ed è che il modello di una legislazione per “tipi” di competenza, ciascuno idoneo ad esercitarsi su materie sue proprie, è a conti fatti “saltato”, specie per effetto della formidabile pressione esercitata dal criterio onnivoro dell'interesse nazionale le cui concrete applicazioni si sono dimostrate gravemente penalizzanti per l'autonomia in genere e, segnatamente, per quella speciale²⁹. Le etichette relative alle materie hanno esibito – com'era peraltro da attendersi – una mediocre e pressoché nulla capacità di delimitazione dei campi nei quali l'autonomia è chiamata ad esprimersi e così pure le formule concernenti i limiti nei riguardi dei quali gli atti regionali avrebbero dovuto mostrarsi rispettosi hanno costituito e seguitano a costituire oggetto di vistose ed incisive manipolazioni da parte degli organi statali d'indirizzo prima, della Corte costituzionale poi, in applicazione di tecniche decisorie dotate di somma vaghezza concettuale e duttilità strutturale, come tali dunque idonee a prestarsi ad utilizzi contingenti, secondo occasione, e non sempre coerenti tra di loro³⁰.

Ebbene, lo scarto tra modello e prassi appare essere particolarmente vistoso proprio in relazione all'autonomia che avrebbe dovuto essere maggiormente promossa e, più ancora, proprio a quella della Regione siciliana. È chiaro, infatti, che quanto più avanzato appare essere il disegno statutario lungo la via della promozione dell'autonomia, tanto più cocente risulta la delusione per le rea-

²⁸ Si è fatto il punto sullo stato complessivo della legislazione e della normazione in genere della Regione nel cap. I della parte III dei *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, cit., dedicato a *Le potestà di normazione* (alla cui stesura hanno concorso G. Scala, F. Leotta, G.C.A. Ferro, A. Randazzo, L. Salamone, L. Lorello, G. Sorrenti e A. Sciortino), i cui dati, per vero, risalendo a dieci anni addietro, richiederebbero di essere ormai aggiornati, senza che tuttavia si siano nel frattempo registrate novità di particolare rilievo. Più di recente, possono poi vedersi le indicazioni offerte, nella prospettiva del rifacimento dello statuto, dai contributi di G. D'Amico, M.L. Quattrocchi ed E. Cavasino che sono in AA.VV., *Per un nuovo statuto della Regione siciliana*, cit., rispettivamente a 10 ss., 108 ss. e 115 ss.

²⁹ Sulla centralità di posto stabilmente detenuto dall'interesse nazionale nelle esperienze di giustizia costituzionale riguardanti le relazioni Stato-Regioni, v. A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020.

³⁰ Si rammenti, per tutte, la tecnica del ritaglio interno alle materie, prestatasi allo scopo di svuotare queste ultime di parte cospicua del loro potenziale espressivo, o l'altra del criterio della prevalenza, grazie al quale alcune materie o loro porzioni di non secondaria estensione sono state riportate al centro, e via dicendo.

lizzazioni che se ne sono concretamente avute³¹. Non è, d'altronde, per mero accidente che il “coordinamento” tra l’atto fondativo dell’autonomia stessa e la Costituzione si sia avuto – come si è qui rammentato –, in considerevole misura, per effetto di una innaturale, seppur per vero necessitata, supplenza esercitata dal giudice delle leggi, assumendo tuttavia sembianze complessivamente irriconoscibili in rapporto al modello, specie in conseguenza di quell’appiattimento di “tipi” di potestà legislativa, unitamente alla dissoluzione dei confini dei campi materiali, di cui si è venuti dicendo.

4. *La sfortunata vicenda delle norme “programmatiche” contenute negli statuti di diritto comune*

S’inscrive, d'altronde, in questo quadro la triste vicenda maturata nelle Regioni di diritto comune con riguardo alle c.d. norme programmatiche – come un tempo si era soliti chiamarle, prima della precisazione al riguardo fatta dalla giurisprudenza che ha escluso la loro assimilabilità alle norme della Carta costituzionale aventi lo stesso nome³² –, disattivate della loro *vis* prescrittiva e declassate al rango di mere enunciazioni di valore politico³³. È pur vero che gli enunciati ad esse relativi appaiono essere fin troppo sovrabbondanti e generici, di modo che la discussa questione concernente la invasione da molti paventata, da parte delle norme suddette, della sfera di competenze propria dello Stato (e, segnatamente, della possibile interferenza con i principi fondamentali delle leggi-cornice) nei fatti si è rivelata “eccessivamente gonfiata”³⁴. Essi, tuttavia, presentano il pregio di far luogo ad una lettura dell’autonomia non espressiva di quella visione miope ed asfittica³⁵ che è invece testimoniata, per un verso, dagli statuti speciali che ne sono privi³⁶, a motivo della diversa congiuntura in cui è maturata la loro elabo-

³¹ Può tornare utile allo scopo il raffronto, posto a base dei *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, cit., tra le indicazioni statutarie e le più rilevanti esperienze, dimostratesi dalle stesse sensibilmente discoste, quando non pure con esse frontalmente contrastanti. Negli anni successivi alla pubblicazione di quest’opera il quadro, poi, non è di certo migliorato, portandosi anzi ad ulteriore esasperazione alcune risalenti tendenze gravemente penalizzanti nei riguardi dell’autonomia.

³² Così, nelle notissime (e discusse) pronunzie della Corte costituzionale nn. 372, 378 e 379 del 2004.

³³ Sulla vicenda in parola, di recente, L. VIOLINI, *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l’attuazione dell’art. 116, III comma, Cost.*, cit., 37 ss.

³⁴ Così, T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale*¹⁰, Giuffrè – Francis Lefebvre, Milano 2019, 162.

³⁵ ... per riprendere ora il severo giudizio di T. MARTINES, *Lo statuto siciliano, oggi*, cit., 825 ss., spec. 829.

³⁶ La “epifania” delle norme in parola – come l’ha efficacemente chiamata G. SORRENTI, *L’“epifania” delle norme programmatiche nella nuova proposta di statuto siciliano*, in AA.VV., *Per un nuovo statuto*

razione rispetto al tempo della nascita degli statuti ordinari, e, per un altro verso, dalle esperienze maturate sul terreno sia delle materie di competenza regionale in genere sia dei limiti all'autonomia, quali concretamente affermatesi.

Sta di fatto che, seppur riconosciuti gli enunciati in parola come aventi natura meramente politica, se si pone a raffronto il modello di società regionale che in essi si specchia con le realizzazioni avutesi al piano della legislazione volta a darvi attuazione e, più ancora, poi con l'effettiva implementazione della normativa regionale³⁷, l'esito che se ne ha è per vero deludente e persino, per taluni ambiti materiali, sconcertante. I disposti statutari suddetti, infatti, sancivano³⁸ un impegno della Regione a salvaguardia dei diritti fondamentali e per il rifacimento del tessuto sociale che, seppur eccessivamente ambizioso e chiaramente debordante dai pur lassi argini segnati dalle etichette costituzionali³⁹, si è nondimeno rivelato alla prova dei fatti sostanzialmente disatteso, specie nelle Regioni meridionali⁴⁰.

della Regione siciliana, cit., 45 ss. – figura poi nella bozza di nuovo statuto siciliano messa a punto dai costituzionalisti dell'isola, dietro richiamata.

³⁷ ... a riguardo della quale, specie per il modo con cui l'amministrazione vi dà esecuzione e la porta ad effetto, si riscontrano carenze di conoscenza particolarmente elevate. Si pensi solo a quanto poco si sa delle circolari adottate a finalità esplicativa o attuativa degli atti normativi, sovente disponibili solo nel chiuso di uffici impenetrabili dall'esterno.

³⁸ Utilizzo la forma verbale al passato in modo non casuale, dal momento che molti di essi sono ormai da ritenere – a quanto pare – caduti in desuetudine.

³⁹ Ancora T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, A. MORELLI, nello scritto e al luogo sopra cit., fanno notare che gli statuti si sono fatti “prendere troppo la mano”; allo stesso tempo, però, invitano (163) a guardarsi dal rischio che gli statuti possano far luogo ad una disciplina eccessivamente contenuta della disciplina loro propria, non ricoprendo per intero il campo della organizzazione rimesso alla loro coltivazione. Una questione, questa, che merita una particolare attenzione con riguardo alle Regioni speciali (e, per ciò che è qui di specifico interesse, alla Sicilia) e porta a rimarcare in modo fermo il bisogno di profittare del rifacimento degli statuti, in primo luogo, e, poi, delle leggi adottate per darvi la prima e immediata specificazione-attuazione (a partire da quelle statutarie) per far luogo a soluzioni originali ed incisive, estese all'intero campo della organizzazione, nella sua più ampia accezione, comprensiva cioè sia della disciplina della forma di governo che di quella della “forma di Regione”, siccome riferita ai rapporti tra apparato governante e comunità governata.

⁴⁰ È pur vero che le Regioni hanno fatto luogo ad una produzione legislativa imponente per quantità, una parte non secondaria della quale può riferirsi, in modo diretto o indiretto, ai diritti fondamentali, secondo quanto hanno testimoniato alcuni studi a ciò specificamente dedicati (per tutti, il corposo volume curato da A. Morelli e L. Trucco su *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino 2014). Sarebbe però interessante scorporare gli esiti di queste ricerche non tanto distinguendo – come pure potrebbe farsi – a seconda dei tipi di potestà di cui le leggi sono espressione, quanto sistemandole per fasce territoriali di provenienza. Temo che il raffronto tra quanto di buono si è fatto (e si fa) da parte delle Regioni del centro-nord non regga il raffronto con ciò che hanno fatto (e fanno) le Regioni meridionali, tra le quali – per ciò che qui più importa – la nostra, anche in ragione di condizioni complessive di contesto che restano profondamente diseguali (sui modi con cui l'autonomia si è affermata nelle Regioni in parola, v. i contributi che sono in *Le Regioni*, 5/2017, a partire dall'Editoriale di A. MORELLI, *La condizione delle Regioni meridionali: a*

Ora, è pur vero che – come si è rammentato – lo statuto della Sicilia non vi fa menzione; ciò che, nondimeno, non sgravava e non sgrava la Regione dell'onere di dare il proprio fattivo concorso all'appagamento di alcuni dei più avvertiti e diffusi bisogni, specie a mezzo di leggi di riforma sociale, e non già – come, invece, molte volte si è avuto (e si ha) – con il varo di quelle misure settoriali o, addirittura, microsettoriali, cui si è poc'anzi fatto cenno.

5. *Il ribaltamento della specialità in se stessa e la soluzione-tampone apprestata a mezzo della clausola di maggior favore*

Si è, insomma, assistito, in breve, ad una sorta di ribaltamento della specialità su se stessa, sotto un duplice aspetto: vuoi per il fatto che l'azione degli organi centrali dello Stato non ha dato modo alla “specialissima” autonomia della Regione di potersi affermare in conformità alle indicazioni risultanti dal modello e vuoi perché gli organi regionali sono venuti largamente meno al compito loro demandato di portare ad effetto l'autonomia stessa nella sua genuina e qualificante accezione, quale cura cioè dei più diffusi ed avvertiti bisogni. Il mancato rifacimento organico dello statuto emblematicamente rappresenta ed esprime queste diffuse e gravi inadempienze: né la Regione è riuscita ad elaborare un progetto credibile e *temporis ratione* aggiornato, al di là della già richiamata bozza Leanza abortita sul nascere, né le assemblee elettive nazionali hanno fatto luogo all'approvazione della legge costituzionale che avrebbe dovuto sancire la nascita del nuovo statuto.

In questa situazione stagnante, il vigore degli statuti speciali in atto esistenti, che per effetto della riscrittura del Titolo V avrebbe dovuto essere transeunte, in attesa della loro sostituzione ad opera dei nuovi, è divenuto condizionato e bisognoso di verifiche riguardanti ciascuna delle loro norme alla luce della clausola di maggior favore. Allo stesso tempo, è, però, ormai tendenzialmente stabile, con grave pregiudizio per la specialità, pur dopo la soluzione-tampone apprestata dalla clausola in parola, con tutte le incertezze che nondimeno restano legate al modo con cui è in concreto fatta valere, a seguito di accertamenti fatti di volta in volta su un terreno scivoloso e pieno di insidie per l'autonomia: quello, appunto, su cui prende forma il raffronto tra Costituzione e statuto mirato all'obiettivo del riconoscimento della norma di volta in volta maggiormente vantaggiosa per la Regione. Un raffronto, in ultima istanza, pur sempre demandato al giudice delle leggi ed orientato alla salvaguardia di un'autonomia che nondimeno resta, nel suo insieme, arretrata e comunque sostanzialmente diversa dalla sua originaria conce-

che punto è la notte?, 891 ss., e dal saggio di A. SPADARO, *Riflessioni sparse sul regionalismo italiano: il caso delle Regioni meridionali*, 899 ss., che ne dà una cruda e impietosa raffigurazione, tuttavia – ahimè – sostanzialmente veritiera).

zione: rimesso, insomma, all'organo che ha pur sempre dimostrato di volersi fare portatore di una tendenza che, nel complesso e fatte nondimeno salve alcune pur non insignificanti eccezioni, appare marcatamente volta al riaccentramento di materie (o di loro porzioni) ed alla omologazione delle competenze⁴¹, nel segno di una svilita concezione dell'autonomia e di una deformata affermazione della stessa unità-indivisibilità della Repubblica⁴².

Certo si è, ad ogni buon conto, che suona paradossale il fatto che, da un canto, si riconosca alle cinque Regioni (e due Province autonome) una *naturale* condizione di specialità, bisognosa quindi di rispecchiarsi in previsioni e comportamenti con essa coerenti ed adeguati ad assicurarne la valorizzazione, e, da

⁴¹ Trattasi – come si sa – di un dato di comune acquisizione (di recente, per tutti, M. BELLETTI, *La riforma del Titolo V «sotto attacco». Dall'entusiasmo regionalista alle torsioni centraliste*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, 25 ss.). E non è privo d'interesse osservare che questo *trend* si riscontra, sia pure in forme sensibilmente diverse, anche in altri Paesi, persino in quelli che, secondo modello, dovrebbero risultare caratterizzati da un maggiore “decentramento” interno (in larga accezione), quale si ha negli ordinamenti federali. E ciò, per il concorrere di plurime cause, in ispecie per l'incidenza esercitata da vincoli di ordine economico-sociale provenienti *ab extra*, che in modo marcato condizionano l'autodeterminazione politica di tutti gli enti di diritto interno, centrale e periferici (in tema, un animato dibattito può vedersi in *Le Regioni*, 1/2018, alimentato dallo studio di A. MORRONE, *Tendenze del federalismo in Europa dopo la crisi*, 13 ss.; ulteriori svolgimenti, poi, a breve). Nell'Europa del Nord, invece, secondo il resoconto che ne fa BIANCHI, *Le autonomie territoriali nell'Europa settentrionale tra centralismo apparente e tendenze centrifughe*, in *Dir. reg.* (www.dirittiregionali.it), 1/2021, 77 ss., si registrano spinte centrifughe.

⁴² In realtà, come si è tentato di argomentare altrove, autonomia ed unità non sono da considerare valori distinti o, peggio, contrapposti, ponendosi piuttosto quali i due profili di un unico, internamente articolato, valore, secondo quanto peraltro risulta dalla lettera dell'enunciato costituzionale che inscindibilmente lega l'una all'altra, riducendole ad unità concettuale ed assiologico-positiva (sull'art. 5, di recente e per tutti, S. STALANO, *Costituzione italiana: art. 5*, Carocci, Roma 2017, e L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, cit.). L'una cioè non può aversi a discapito dell'altra; ed è, perciò, che ogni forzatura patita dalla prima fatalmente risona a carico della seconda, e viceversa [maggiori ragguagli sul punto, di cruciale rilievo, possono, volendo aversi dai miei *Il valore di “unità-autonomia” quale fondamento e limite dei giudizi in via d'azione e della “specializzazione” dell'autonomia regionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, a cura di M. Cosulich, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 429 ss., e già in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2020, 28 settembre 2020, 100 ss., e *Autonomia e unità-indivisibilità della Repubblica: il modello costituzionale alla prova dell'emergenza*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 3/2020, 18 ottobre 2020, 132 ss. Cfr. al mio punto di vista quelli di G. DEMURO, *La Repubblica delle autonomie, una e indivisibile*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 7/2018, 14 dicembre 2018, num. spec., 68 ss.; F. PASTORE, *Brevi considerazioni su unità e indivisibilità della Repubblica italiana*, in AA.VV., *Autonomie territoriali e principio di indivisibilità nello Stato unitario: Italia e Spagna*, a cura dello stesso e di J. Lozano Miralles, Wolters Kluwer – Cedam, Milano 2020, 183 ss., e, pure *ivi*, E.A. IMPARATO, *L'autonomia teleologicamente orientata e il regionalismo differenziato. Verso una maggiore eguaglianza sostanziale o la dissoluzione?*, 205 ss.; C. CARUSO, *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, Bononia University Press, Bologna 2020; R. BIN, *Il filo rosso della dialettica tra unità e autonomia: ieri, oggi, domani*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, 41 ss., e, nella stessa *Rivista*, Q. CAMERLENGO, *Unità e autonomia: una questione di indirizzo politico*, 57 ss.].

un altro canto, si stabilisca che la specialità stessa, in molte delle sue più qualificanti espressioni, debba (chissà fino a quando...) restare – come dire? – spenta o disattivata e piuttosto rimpiazzata da una sostanziale omologazione alla condizione propria delle Regioni di diritto comune⁴³.

Il vero è che la clausola suddetta è un elemento obiettivamente spurio, un vero e proprio corpo estraneo ed inconciliabile con l'idea stessa di autonomia differenziata, ma costituisce, per riconoscimento dello stesso legislatore che l'ha prevista, una sorta di *male minore* che per l'istante conviene agli enti che ne sono destinatari subire perché appunto pur sempre meno penalizzante rispetto allo stato delle cose qual era e quale avrebbe seguito ad essere in difetto della clausola stessa.

Sta di fatto che la clausola, con la sua stessa esistenza, alimenta – si è detto da una sensibile dottrina⁴⁴ – quella “situazione di incertezza e transitorietà” cui si deve il mai sopito dibattito in merito alla specialità, in merito a ciò che è stata (e che è) e, soprattutto, a ciò che potrebbe essere, per un verso, in relazione alla eventuale, auspicata “specializzazione” dell'autonomia ordinaria, di cui al già richiamato art. 116, e, per un altro verso, in vista di un complessivo ripensamento dell'assetto istituzionale della Repubblica, quale potrebbe aversi per effetto di innovazioni ora di maggiore ed ora di minore portata alla Carta ed alla disciplina sottostante.

6. *Per un modello di “specialità diffusa”, integrato e sorretto da un complessivo ripensamento della struttura della Repubblica ispirato all'idea del regionalismo cooperativo*

Si dispone ormai degli elementi necessari al fine di una serena e disincantata valutazione di ciò che ha fin qui rappresentato la specialità in genere e quella siciliana in ispecie e tentare – nei limiti consentiti da un contesto peraltro complessivamente confuso ed appannato, oltre che afflitto da perduranti e gravi tensioni e contraddizioni – qualche notazione in merito ai prossimi sviluppi della vicenda regionale.

Molte cose sono ad oggi incerte e bisognose di essere messe a punto come si deve. Ad es., nulla di sicuro si sa in merito all'uso che si farà (o non farà...) della

⁴³ Già oltre venti anni addietro un'accreditata dottrina aveva, d'altronde, rilevato con lucida e cruda amarezza che le Regioni speciali si trovavano ristrette nell'alternativa soffocante di restare in una condizione di arretratezza rispetto alle Regioni di diritto comune ovvero di inseguirle per avere esteso il regime di maggior favore ad esse ormai riconosciuto [A. D'ATENA, *Dove va l'autonomia regionale speciale? Prime riflessioni sulle tendenze evolutive in atto (con particolare riguardo alla Sardegna ed alle Valle d'Aosta)*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, 208 ss., spec. 219].

⁴⁴ A. DEFFENU, *Riflessioni sparse sul futuro della specialità regionale con particolare riferimento alla Regione Sardegna*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, II, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 1524.

previsione di cui all'art. 116 quanto alla eventuale "specializzazione" dell'autonomia delle Regioni di diritto comune, quante di esse richiederebbero di potersene avvalere e, soprattutto, quale ne potrà essere il volto; ed è ovvio che siffatta forma di tipizzazione dell'autonomia non resterà comunque senza conseguenze tanto nei riguardi della conformazione del regime proprio delle stesse Regioni di diritto comune che non se ne avvarranno, restando pertanto prive dei benefici ad essa conseguenti, quanto nei riguardi degli ulteriori sviluppi della specialità. Mi parrebbe nondimeno provato che quest'ultima – secondo modello – possa (e debba) legittimamente aspirare ad essere maggiormente promossa e valorizzata al confronto con le condizioni di autonomia spettanti alle stesse Regioni "specializzate". Lo stacco, insomma, tra il regime ordinario (seppur "specializzato") e il regime speciale (in senso stretto) dovrebbe restare⁴⁵, sempre che – beninteso – abbia ancora un senso il suo perdurante mantenimento⁴⁶.

Qui, è invero il *punctum crucis* della questione ora nuovamente discussa. Tutto, invero, cospira per la cancellazione senza rimpianto alcuno dalla lavagna costituzionale dell'antica bipartizione in "tipi", contraddetta da plurime e convergenti esperienze, ad alcune delle quali si è sopra accennato, eccezion fatta per le Regioni bilingui la cui struttura appare espressiva di una identità assiologica ed istituzionale internamente composita e meritevole di essere salvaguardata e trasmessa anche per l'avvenire.

Irragionevole è, ad ogni buon conto, in primo luogo la piatta uniformità di regime stabilita per le Regioni di diritto comune (salva la opportunità della loro "specializzazione", nondimeno circoscritta ad un pugno di materie eccessivamente contenuto⁴⁷). Da molti e da tempo si fa infatti giustamente notare come siffatto unico regime frontalmente contrasti con il principio di eguaglianza che, applicato alle realtà regionali, vorrebbe che contesti economici e sociali diversi fossero fatti oggetto di trattamenti parimenti diversi⁴⁸; e non occorre qui rilevare

⁴⁵ È stato fatto notare da un'avveduta dottrina che "il regionalismo differenziato non può sconfinare in quello speciale: sarebbe, infatti, una surrettizia e quanto mai pericolosa strisciante forma di violazione della Costituzione" [A. POGGI, *IL regionalismo italiano ancora alla ricerca del "modello plurale" delineato in Costituzione*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 1/2020, 8 gennaio 2020, 16].

⁴⁶ Notazioni fortemente critiche al riguardo si rinvencono in una nutrita schiera di studiosi: riferimenti, di recente, in PINNA, *Tre discorsi sulla specialità regionale sarda*, in *Le Regioni*, 4/2018, 623 ss.; A. MORELLI, *Quale futuro per il regionalismo italiano?*, cit., spec. 160 ss., e, dello stesso, *Il regionalismo differenziato e l'autonomia speciale: nuovo ordine o vecchio caos?*, in AA.VV., *Specialità e differenziazione. Le nuove frontiere del regionalismo italiano*, cit., 207 ss., nonché G. TARLI BARBIERI, *I nodi irrisolti del regionalismo italiano, a venti anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., 211 ss., spec. 220 ss.

⁴⁷ Misteriosa, per vero, resta la ragione per cui proprio su quelle materie e non pure su altre si prefiguri la eventuale "specializzazione" dell'autonomia.

⁴⁸ Così, per tutti, R. BIN, *Prospettive della specialità*, in *Le Regioni*, 3/2006, 443, e L. ANTONINI, *I segni dei tempi. Dal Veneto al Molise quale futuro per il regionalismo italiano?*, Editoriale, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 4/2017, 22 febbraio 2017, 11, ai quali si richiama ora anche A. DEFFENU, *op. cit.*, 1536.

ciò che è sotto gli occhi di tutti, vale a dire la diversa connotazione complessiva di ciascuna Regione rispetto alle altre⁴⁹.

Irragionevole è assegnare i medesimi campi materiali alla coltivazione di tutte le Regioni di diritto comune, laddove appunto diversa è la realtà dei luoghi e, dunque, la natura degli interessi dagli stessi emergenti e bisognosi di essere opportunamente salvaguardati. Irragionevole è, poi, la individuazione dei campi stessi a mezzo di etichette dotate di somma vaghezza (per non dire vacuità) concettuale, come tali passibili di corpose e vistose manipolazioni da parte degli organi della direzione politica in prima battuta e dei garanti poi (a partire, ovviamente, dal giudice costituzionale cui in ultima istanza compete la loro definizione). Di un modo siffatto di spartire le competenze tra Stato e Regioni, tuttavia, non è possibile fare a meno, per quanto un maggiore sforzo di specificazione concettuale sarebbe, forse, stato auspicabile, senza ad ogni buon conto pervenire all'esito di un eccessivo irrigidimento delle previsioni costituzionali e statutarie, inconciliabile con la natura dei documenti che le contiene. Si può, comunque, pensare a soluzioni idonee a compensare l'autonomia di ciò che può perdere, così come ha in passato perduto, per effetto di quei ritagli interni alle materie cui si è dietro accennato; ma di ciò, subito appresso.

Il vero è che il modello ideale verso il quale tendere – come mi affanno a dire da tempo e sempre di più mi convinco⁵⁰ – è (o meglio, con doverosa cautela, *sarebbe*) quello di un regime di *specialità diffusa*, dandosi cioè modo a ciascuna Regione di attingere da un “paniere” dislocato al centro quanto ritenuto necessario per la ottimale affermazione della propria autonomia e, di riflesso, per l'appagamento dei peculiari e maggiormente avvertiti bisogni della comunità stanziata sul proprio territorio⁵¹. È però anche vero che, nei fatti, gli spazi consentiti all'autodeterminazione regionale restano non particolarmente consistenti, dai confini labilmente tracciati e comunque pur sempre facilmente scavalcabili, specie per effetto della espansione, virtualmente senza confini, delle norme statali aventi carattere “trasversale”, senza peraltro trascurare la circostanza per cui

⁴⁹ Le stesse Regioni, quali appaiono ad oggi definite nei loro confini territoriali e nel numero, andrebbero – come si faceva poc'anzi notare – da tempo fatte oggetto di un complessivo, radicale ripensamento, al presente (e nel prossimo futuro) tuttavia irrealizzabile. È bene però che si abbia piena avvertenza del fatto che il vizio di fondo dell'intera impalcatura regionale sta proprio qui, ancora prima che nell'articolazione dell'istituto regionale nei due tipi tradizionali.

⁵⁰ V., dunque, volendo, i miei *Prospettive di una “specialità” diffusa delle autonomie regionali*, in *Nuove aut.*, 6/2000, 845 ss., e *La specialità regionale: dalle sofferte e non gratificanti esperienze del passato (e del presente) una lezione da mettere a frutto nella ricerca di una nuova e qualificante identità*, in *Dir. reg.* (www.dirittiregionali.it), 3/2020, 11 dicembre 2020, 505 ss., spec. 541 ss.

⁵¹ Il modello di riferimento è, dunque, quello spagnolo, bisognoso pur tuttavia di non secondari adattamenti, anche al fine di fugare il rischio di quell'incombente “mimetismo statutario” del quale si mostra avvertita una sensibile dottrina [A. D'ATENA, *Passato, presente... e futuro delle autonomie regionali speciali*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2014, 5 dicembre 2014, 3].

le stesse discipline statali si trovano, in buona sostanza, confinate dalla normativa euromunitaria ai margini dei campi astrattamente coltivabili e non godono ormai più (se mai hanno davvero goduto...) di una capacità di autodeterminazione politica *pleno iure*⁵². Ciò non toglie tuttavia che la duttilità del modello qui vagheggiato si ponga pur sempre quale risorsa preziosa per l'ottimale funzionamento della macchina produttiva delle norme in ambito interno, una risorsa che dunque gioverebbe sfruttare in tutto il suo formidabile potenziale espressivo, rifuggendo dalla stanca e sterile riproposizione di modelli artificialmente irrigiditi, quali appaiono essere quelli ispirati alla "logica" veterogarantista della separazione di materie e competenze. Resta poi ovviamente fermo che taluni ambiti materiali debbano restare sotto l'esclusivo dominio dello Stato a presidio di indisponibili istanze unitarie ad essi facenti capo e fermo altresì il bisogno che su ogni campo possa dispiegarsi in via "sussidiaria" la disciplina statale, in relazione cioè a quei territori nei quali manchi, del tutto o in parte, quella regionale⁵³.

Si è però veduto che un modello siffatto appare essere contraddetto da vigorose e radicate tendenze volte al riaccentramento di materie e competenze e che, dunque, pur laddove dovesse trovare accoglienza nella Costituzione e negli statuti di speciale autonomia, allo scopo opportunamente revisionati, sarebbe verosimilmente rigettato, a mo' di corpo estraneo trapiantato in un organismo refrattario ad ospitarlo, o comunque fatto oggetto di corpose, seppur abilmente mascherate, modifiche tacite, per effetto dell'azione a tenaglia *more solito* esercitata dagli organi centrali d'indirizzo politico e dai garanti (Corte costituzionale in testa)⁵⁴.

⁵² Di qui, poi, il bisogno di un ripensamento *ab ovo* dei concetti di sovranità ed *ex adverso* di autonomia, quanto meno rispetto al modo con cui sono stati, in forza di una risalente tradizione teorica, intesi in un contesto ormai profondamente cambiato rispetto al presente. Rifuggendo, invece, dalla tentazione di ambientare al piano teorico-abstracto la questione della messa a punto del concetto e facendo al riguardo capo ai poteri di cui lo Stato effettivamente dispone, forse non è peregrino affermare – come si è fatto in altri luoghi – che la condizione dello Stato stesso non sia, in molti ambiti materiali, sostanzialmente diversa da quella di un ente "autonomo", a motivo dei vincoli che a suo carico discendono dalla Comunità internazionale e, soprattutto, dall'Unione europea.

⁵³ Nello scenario qui sommariamente descritto, non saprei francamente dire quanto convenga ripescare la potestà concorrente che, poggiando sulla linea evanescente della distinzione tra principi e regole, rischia solo di riprodurre confusione e di essere comunque travolta dal reiterarsi delle applicazioni "onnivore" del criterio dell'interesse che, nei fatti seppur non sempre a parole, seguita ad esercitare un ruolo decisivo nella spartizione in concreto delle competenze [il deciso abbandono della potestà in parola è stato anni addietro proposto da G. SCACCIA, *L'ente regionale fra mitologia federale e realtà costituzionale*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2014, 7 febbraio 2014, 6].

⁵⁴ Con specifico riguardo al trattamento che potrebbe essere nel prossimo futuro riservato alle Regioni ordinarie, si è osservato che «sarebbe un errore di miopia istituzionale, al momento, pensare al tipo delle attuali Regioni di diritto comune come ad una specie in via di estinzione» (R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 4/2017, 658).

Di qui, la necessità di pensare ad ulteriori soluzioni organizzative che, senza minimamente scalfire il modello che si è ora rappresentato nelle sue linee portanti, si pongano a corredo e, per quanto possibile, a scudo protettivo di quest'ultimo.

L'esperienza, peraltro, ci consegna alcune indicazioni di tendenza con le quali – piaccia o no – occorre fare i conti, a partire da quella secondo cui il disegno di un regionalismo “garantista” – come si è soliti chiamarlo – non tiene, non può tenere; e ne dà inequivoca conferma il carattere sfuggente ed evanescente dei riparti per materie contrassegnate da etichette ora più ed ora meno fumose e per tipi di potestà, essi pure sommariamente delineati, di cui si è sopra discorso.

D'altronde, in un contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata, seppur gravata da non rimosse contraddizioni e perduranti tensioni, l'idea di una separazione di competenze, quale che sia la base su cui poggia (rectius, *dovrebbe* poggiare), non è predicabile ad ogni livello istituzionale di esperienza: al piano dei rapporti interordinamentali così come a quello dei rapporti di diritto interno.

Stando così le cose (e senza, nondimeno, rinunciare ad avvalersi delle etichette suddette, opportunamente però specificate), giova soprattutto puntare sul metodo della *integrazione delle competenze*, bisognosa peraltro di prendere forma sia in seno ai procedimenti, quali che siano i luoghi istituzionali nei quali se ne ha l'attivazione e il perfezionamento⁵⁵, e sia pure in seno alle sedi di apparato, allo

Non dissimilmente, un'accreditata dottrina ha rilevato esser “attraente” il modello di specialità diffusa qui nuovamente patrocinato e tuttavia “troppo lontano” dalle “possibilità attuali del nostro legislatore” [così, F. GALLO, nell'Editoriale dal titolo *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie (1970-2020) in un contesto di centralismo asimmetrico*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 10/2021, 7 aprile 2021, XI].

⁵⁵ Per l'idea che mi sono al riguardo fatto, dovrebbe porsi mano alla tessitura di una fitta rete di procedure integrate e reciprocamente legate, apprezzabili tanto in *verticale* (sul versante, cioè, dei rapporti Stato-Regione) quanto in *orizzontale* (sollecitando la presenza in seno al circuito decisionale di entrambi gli organi della direzione politica, in ambito statale così come in ambito regionale, seppur con ruoli tutti da definire in ragione dei connotati peculiari di ciascun procedimento), senza peraltro trascurare – un punto, questo, di cruciale rilievo – il coinvolgimento delle più genuine espressioni della comunità organizzata, sì da innestare – come si vede – nel modo più saldo e fecondo la forma di governo nella forma di Stato (o, in periferia, la forma di Regione).

Non ho, poi, alcun dubbio a riguardo del fatto che di un metodo d'azione siffatto – ché di questo, se ci si pensa, si tratta – deve aversi riscontro già a partire dalle novità positive di maggior rilievo e gravide di implicazioni, quelle di revisione dello statuto, bisognosa di essere rimodulata all'insegna del principio pattizio, sì da recuperare il marchio di origine della carta statutaria del '46 (se si vuole, possono al riguardo vedersi alcune soluzioni affacciate nel mio *Per un nuovo statuto della Regione siciliana*, presentazione dell'incontro di studio dall'omonimo titolo, i cui Atti sono già stati più volte richiamati, spec. 6; cfr., pure *ivi*, le ipotesi di modifica ragionate da A. MORELLI, *Le garanzie statutarie: revisione dello statuto e giudizi davanti alla Corte costituzionale*, 212 ss., spec. 217 ss.). Nulla in contrario – tengo inoltre a precisare – che ciò possa valere anche per altre Regioni. Non sarebbe infine male che lo stesso procedimento di revisione costituzionale, di cui all'art. 138, possa

scopo nondimeno complessivamente rifatte. Insomma, la carta vincente è quella del c.d. “regionalismo cooperativo”, purché – beninteso – risulti conformato a modo⁵⁶, ad imitazione di quanto si è avuto (e si ha) in taluni ordinamenti federali nei quali ha dimostrato di saper dare, tutto sommato, buona prova di sé⁵⁷. È pur vero che i contesti sono, poi, profondamente diversi da un Paese all'altro e che l'idea di trapiantare dall'uno all'altro luogo, in modo meccanico e non vigilato, soluzioni organizzative altrove invalse ed affermatesi in terreni fertili e disponibili per la loro crescita è insensata e bisognosa pertanto di preliminari verifiche all'esito delle quali potrebbe dimostrarsi necessario far luogo a taluni anche non secondari adattamenti. La via, ad ogni buon conto, è quella; percorrerne un'altra equivale, in buona sostanza, a reiterare l'antica illusione, pure coltivata da accreditati studiosi e sensibili operatori politici, di voler costruire o ricostruire l'edificio regionale facendolo poggiare sulle sabbie mobili di un regionalismo “veterogarantista”, ispirato a separazione di materie e funzioni, nel quale alla luce delle esperienze fin qui maturate solo chi è affetto da inguaribile ottimismo (o ingenuità) può riconoscersi.

D'altro canto, assicurando la presenza stabile di rappresentanti delle Regio-

essere, nel quadro qui appena abbozzato, ripensato, sì da rendere ancora più evidente e marcato il carattere di “Repubblica delle autonomie” proprio del nostro ordinamento; ma, di ciò, com'è chiaro, in altro luogo.

⁵⁶ Deludente al riguardo la sperimentazione da noi fatta al tempo della messa a punto della riforma Renzi-Boschi che, nell'erodere le Regioni di porzioni consistenti della loro autonomia, assicuravano ad esse un esiguo compenso in sede di rifacimento della seconda Camera [“molto al di sotto delle aspettative e delle esigenze” è stato giudicato da A. D'ATENA, *La specialità regionale tra deroga ed omologazione*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2016, 15 febbraio 2016, 8, con richiamo ad una precedente riflessione sul punto].

⁵⁷ Ma non si trascuri, al riguardo, il modo con cui l'intera vicenda della “leale cooperazione” ha preso forma nell'esperienza, specie per il discutibile trattamento riservatole dalla giurisprudenza costituzionale, in seno alla quale si riscontrano oscillazioni e carenze ad oggi non rimosse [hanno, di recente, fatto il punto su tutto ciò, tra gli altri, F. COVINO, *Leale collaborazione e funzione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, Jovene, Napoli 2018; E. GIANFRANCESCO, *Dimensione garantista e dimensione collaborativa nel disegno costituzionale dei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2019, 10 luglio 2019, 193 ss.; B. GUASTAFERRO, *Autonomia sovranità rappresentanza. L'evoluzione della forma di Stato in Italia e Regno Unito*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano 2020, spec. 107 ss.; A. PALANO, *Forme di raccordo fra Stato e autonomie territoriali: il principio di leale collaborazione e il sistema delle Conferenze*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 1/2020, 227 ss.; C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, 169 ss., e, nella stessa Rivista, A. BARTOLINI, *Superiorem non recognoscens, ovvero quando la leale collaborazione non funziona*, 3/2021, 523 ss., e G. DI COSIMO, *Le forme della collaborazione al tempo della pandemia*, 543 ss.; C. CARUSO, *Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e Regioni come metafora del regionalismo incompiuto*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 1/2021, 9 febbraio 2021, 283 ss. e, dello stesso, *La leale collaborazione ai tempi del judicial regionalism. Da metodo di governo a criterio di giudizio*, in *Quad. cost.*, 4/2021, 909 ss.; Q. CAMERLENGO, *Le convenzioni costituzionali tra principio di leale collaborazione e teoria dei giochi*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2022, 10 gennaio 2022, 1 ss., spec. 9 ss.].

ni in seno agli organi centrali della direzione politica, a partire ovviamente dalla seconda Camera⁵⁸ e dall'intero sistema delle Conferenze⁵⁹, si può quindi puntare ad un'autentica trasformazione in senso "parafederale" (o federale *tout court*) dell'ordinamento. Il che, al tirar delle somme, equivale a coltivare l'obiettivo di Regioni forti, arricchite nel patrimonio che connota l'autonomia di cui sono dotate, e di un apparato centrale parimenti forte, reso anzi ancora più tale proprio dalla presenza delle Regioni nelle sedi in cui si fa ed incessantemente rinnova la linea politica caratterizzante l'intera Repubblica.

Per quest'aspetto – come si vede – può tornare utile il riferimento anche al vecchio statuto siciliano, per l'ispirazione federale (in senso lato) posta a base della sua formazione e che ne ha connotato l'essenza. Proiettando verso il futuro una felice immagine di un'accreditata dottrina⁶⁰, che però la riferiva al passato, la Sicilia potrebbe, dunque, porsi quale "madre" della nuova, profondamente nuova, regionalizzazione che verrà; quanto meno, è auspicabile che ciò possa avvenire.

Con una delle sue formidabili intuizioni, soleva dire T. Martines che lo statuto siciliano era da considerare "un importante *test* da laboratorio giuridico"⁶¹. Parole davvero profetiche per il caso che dovesse finalmente prendere forma il progetto qui patrocinato, parole invece viziate da palese astrattismo e persino ingenuità laddove dovesse perdurare la colpevole inerzia degli operatori nel porre mano alle novità istituzionali ormai indifferibili e, con essa, l'indirizzo complessivamente penalizzante per l'autonomia a tutt'oggi invalso.

⁵⁸ Sul rifacimento strutturale del Senato, nella ormai ampia lett., v., di recente e per tutti, M.G. RODOMONTE, *Il bicameralismo incompiuto. Democrazia e rappresentanza del pluralismo territoriale in Italia*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano 2020, con le notazioni che su quest'opera sono in G. MAESTRI, *Le Regioni in Senato per integrare la rappresentanza. Leggendo Il bicameralismo incompiuto di Maria Grazia Rodomonte*, in *Dir. reg.* (www.dirittiregionali.it), 3/2021, 28 settembre 2021, 689 ss.

⁵⁹ ... che, nondimeno, richiederebbe esso pure di essere profondamente ripensato rispetto al modo con cui è stato fin qui fatto valere [indicazioni, oltre che negli scritti già cit., in F. CORTESE, *Spigolatura sul sistema delle Conferenze e sulle sue «magnifiche sorti e progressive»: una retrospettiva, un punto di vista e un auspicio*, in *Le Regioni*, 1-2/2017, spec. 130 ss.; R. CARIDÀ, *Leale collaborazione e sistema delle Conferenze*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano 2018; L. DELL'ATTI, *Tra modelli e prassi. Formalismo e informalità nella cooperazione fra Stato e Regioni*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 18/2019, 2 ottobre 2019. Quanto poi ai limiti di rendimento esibiti dalla Conferenza Stato-Regioni in occasione della emergenza sanitaria, v., part., E. CA TELANI, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2/2020, 506 ss.; C. TUBERTINI, *Attualità e futuro del sistema delle Conferenze*, in *Dir. pubbl.*, 2/2021, 667 ss., nonché M. TRAPANI, *Il sistema delle Conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra PNRR e Regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2021, 26 ottobre 2021, 179 ss.].

⁶⁰ Ancora A. D'ATENA, *op. ult. cit.*

⁶¹ *Lo statuto siciliano, oggi*, cit., 833 ss. Dell'autonomia siciliana quale "laboratorio in cui sperimentare il senso della differenziazione possibile" ha, quindi discorso anche G. VERDE, *Quale futuro per l'autonomia speciale della Regione siciliana*, cit., 16.

Abstract

Lo scritto fa il punto sulle cause che hanno impedito all'autonomia regionale in genere ed a quella della Regione siciliana in ispecie di potersi affermare e far valere nei riguardi di plurimi fattori volti ad alterarne il significato complessivo, tra le quali, con specifico riferimento all'isola, il mancato rifacimento organico dello statuto. Rileva, quindi, lo svilimento della specialità e si sofferma quindi sui possibili rimedi a questo stato di cose, prospettando l'adozione di un modello di "specialità diffusa" accompagnato dalla ristrutturazione della Repubblica all'insegna del modello di regionalismo cooperativo.

The significance of Specialty and the history of Sicilian Autonomy (from the experiences of the past one lesson for the future)

The paper examines how Regional autonomy in general and Sicilian Special Autonomy in particular were prevented to be effective and to assert themselves. The lack of an overall reform of the Regional Statute is seen as a specific cause of the decline of Sicilian Special Autonomy. It is then described the general trend of misuse of special autonomy and there are so discussed possible remedies. Among those remedies, it is suggested the adoption of a model of "widespread specialty" accompanied by the restructuring of the Republic under the model of cooperative regionalism.

Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*

di Alberto Zito

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le diverse concezioni della razionalità e l'individuazione di quella che presente tratti strutturali identici o simili alla decisione discrezionale della p.a. – 3. Quale teoria della razionalità è da adottare rispetto al tema della decisione discrezionale della p.a. – 4. Le possibili obiezioni all'utilizzo della teoria della razionalità con riferimento alla decisione discrezionale della p.a. ed il loro superamento. – 5. La piena utilizzazione della teoria della scelta razionale rispetto alla decisione discrezionale della p.a. e la necessità di una parziale riformulazione della nozione di discrezionalità amministrativa. – 6. Teoria della scelta razionale, discrezionalità amministrativa e decisione amministrativa robotica: quali prospettive?

1. *Considerazioni introduttive*

Nell'ambito della scienza economica riveste un posto centrale la teoria della scelta razionale¹. In prima approssimazione si può dire che con tale espressione si fa riferimento a quella scelta che è in grado di massimizzare il beneficio atteso. Detto in altri termini una scelta è razionale se non ne esiste un'altra la cui utilità sia maggiore rispetto all'utilità attesa dalla scelta adottata. Quella descritta costituisce una delle possibili concezioni della scelta razionale e su di essa, come sulle altre, sarà necessario tornare per svolgere i necessari approfondimenti.

Quanto detto però è più che sufficiente, in primo luogo, per comprendere come la regola appena enunciata abbia carattere sostanziale, nel duplice senso che il suo rispetto è condizione *ex ante* della razionalità della decisione, ma è anche condizione *ex post* di valutazione e giudizio sulla decisione assunta ed in

* Il presente studio è dedicato a Maria Immordino ed è destinato alla pubblicazione negli scritti in Suo onore, a sugello di un'amicizia più che trentennale fatta di idee, progetti, confronti, consensi e dissensi.

¹ La centralità nell'ambito della scienza economica della teoria della scelta razionale è un fatto noto sul quale è sufficiente rinviare ad un qualsiasi manuale di economia politica. Si deve aggiungere però che tale teoria ha una grande rilevanza nell'ambito di molte altre scienze sociali, dalla filosofia all'etica, dalla sociologia alla scienza della politica, dalla psicologia allo stesso diritto. Come ricorda, sia pure con riferimento alla teoria dei giochi, che pur sempre è da far rientrare nell'ambito della teoria della scelta razionale, BATTIGALLI, *Teoria dei giochi*, Roma, 2021, "La teoria dei giochi è una disciplina che analizza in modo formale le situazioni decisionali interattive" ed essa "si adatta a una miriade di situazioni economiche, politiche e sociali: concorrenza e collusione tra imprese, organizzazione d'impresa, contrattazione, aste, gare d'appalto, interazione tra scelte di politica economica e scelte dei consumatori, lavoratori e imprese, determinazione delle politiche economiche (monetarie, fiscali, commerciali) da parte di più Stati sovrani, scelte di piattaforme e elettorali, votazioni in comitati e assemblee, scelte di politica internazionale, conflitti militari, attività criminose organizzate, affermarsi di convenzioni sociali".

secondo luogo per illustrare l'oggetto della presente indagine. Ciò che si vuole analizzare è, infatti, se la teoria della scelta razionale, come elaborata in particolare nella scienza economica, possa essere utilizzata proficuamente nella ricostruzione della decisione discrezionale della pubblica amministrazione che assume carattere puntuale ossia che pone la regola del caso concreto. È bene precisare che l'analisi non intende coprire tutte le possibili manifestazioni della discrezionalità amministrativa (queste ultime si possono avere infatti anche negli atti a contenuto generale, in quelli che definiscono una politica pubblica ed in altri ancora), quanto quella parte del fenomeno, sicuramente rilevante, che conduce, come detto, all'adozione di un provvedimento puntuale (dunque essenzialmente la cosiddetta discrezionalità nel *quid*). La ragione di questa limitazione deriva dalla prospettiva stessa dell'indagine: posto, infatti, che si vuole verificare l'utilizzabilità della teoria della scelta razionale nella ricostruzione della discrezionalità amministrativa e posto che tale teoria si riferisce a scelte puntuali del decisore, è evidente come il naturale terreno d'elezione, in cui un tale "trapianto" può realizzarsi sia quello del provvedimento discrezionale puntuale. Pertanto, d'ora in avanti, quando si useranno le espressioni discrezionalità amministrativa, decisione discrezionale, provvedimento discrezionale il riferimento sarà sempre alla scelta effettuata dalla pubblica amministrazione che pone la regola dell'assetto degli interessi in concreto.

Tanto precisato, vi sono perlomeno tre ragioni che spingono a riflettere nella direzione indicata e che dunque giustificano il presente studio.

La prima ragione è che l'esercizio della discrezionalità amministrativa nel *quid* da parte delle pubbliche amministrazioni comporta sempre una scelta tra alternative decisionali, tutte utili alla cura dell'interesse pubblico, che presentano però un contenuto diverso. La seconda ragione risiede nel fatto che la ragionevolezza, che presenta evidenti tratti di somiglianza con la razionalità, costituisce principio regolativo dell'esercizio della discrezionalità amministrativa, nonché il principale parametro di legittimità per il controllo in sede giurisdizionale². La terza ragione è rappresentata dalla circostanza che la teoria della scelta razionale tenta di risolvere un problema di massimizzazione (e come si vedrà di ottimizzazione) della scelta e non si può negare che un tale problema sia presente allorché la pubblica amministrazione eserciti il potere discrezionale.

Esistono dunque tutti i presupposti per avviare in modo proficuo, sia pure senza pretesa di completezza ed esaustività, una ricerca volta a verificare se la teoria della scelta razionale sia suscettibile di essere utilizzata con riferimento alla decisione discrezionale della p.a. con l'obiettivo di fornire una ricostruzione della discrezionalità amministrativa più esaustiva di quella che attualmente riceve.

² Su quanto appena detto qualsiasi indicazione di dottrina e di giurisprudenza sarebbe superflua tanto è nota e centrale la problematica nell'ambito degli studi di diritto amministrativo. Si può forse ricordare lo studio che ha aperto le porte alle riflessioni sulla ragionevolezza ossia indubitabilmente quello di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950, 1-47, cui *adde* sempre del medesimo autore, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118-145.

Un'indagine siffatta dovrà svolgersi necessariamente attraverso i seguenti passaggi: occorrerà in primo luogo fornire chiarimenti sulla nozione di razionalità e soprattutto individuare quale, tra le diverse concezioni della razionalità, sia necessario adottare ai fini della presente indagine; successivamente si dovrà verificare se, per un verso, sussistano ostacoli sul piano fattuale all'applicazione della teoria della scelta razionale e se, per altro verso, sussistano ragioni ostative ricavabili dal diritto positivo ovvero dalla peculiare natura della pubblica amministrazione. Solo successivamente si potrà procedere ad una riformulazione della teoria giuridica della discrezionalità amministrativa nel segno di un ingresso in essa degli elementi propri della teoria della scelta razionale.

C'è infine un'ultima ragione che spinge ad affrontare una ricerca di questo tipo. A ben guardare la scienza giuridica è l'unica tra le scienze diverse dall'economia che sembra restia ad aprirsi all'utilizzazione della teoria della scelta razionale³. È sufficiente a corroborare quanto appena detto volgere lo sguardo alla scienza della politica nel cui ambito, a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso si è avuta un sempre maggiore utilizzo dell'approccio *rational choice*⁴.

Un motivo in più per avviare una riflessione in tal senso nell'ambito degli studi di diritto amministrativo.

³ Non mancano invero alcuni contributi da parte di studiosi di diritto amministrativo che affrontano il tema oggetto del presente saggio in particolare dal punto di vista della teoria dei giochi che, come detto in precedenza, è sicuramente da far rientrare nell'ambito della teoria della scelta razionale (cfr. in particolare M. CLARICH, *Qualità dell'amministrazione e giustizia amministrativa*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, 284 ss.; F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 427 ss.; ID., *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, in particolare 295 ss.). Tuttavia quasi tutti gli autori esprimono dubbi sulla possibilità di utilizzare la teoria della scelta razionale nell'ambito della decisione amministrativa. Su questa posizione scettica si dovrà peraltro tornare nel prosieguo del lavoro.

⁴ La pietra miliare da cui convenzionalmente si fa risalire l'origine dell'approccio della *rational choice* nell'ambito degli studi politologici è il lavoro di K. ARROW, *Social Choice and Individual Values*, New York, 1951, in cui l'autore pone la questione se sia possibile costruire in modo formalizzato un modello che, partendo dalle preferenze individuali sia in grado di pervenire ad una decisione collettiva che rispetti gli assiomi della razionalità. Per un'analisi della teoria cfr. C. LIST, *Social Choice Theory*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013, dove in apertura si legge che "Social choice theory is the study of collective decision processes and procedures. It is not a single theory, but a cluster of models and results concerning the aggregation of individual inputs (e.g., votes, preferences, judgments, welfare) into collective outputs (e.g., collective decisions, preferences, judgments, welfare). Central questions are: How can a group of individuals choose a winning outcome (e.g., policy, electoral candidate) from a given set of options? What are the properties of different voting systems? When is a voting system democratic? How can a collective (e.g., electorate, legislature, collegial court, expert panel, or committee) arrive at coherent collective preferences or judgments on some issues, on the basis of its members' individual preferences or judgments? How can we rank different social alternatives in an order of social welfare? Social choice theorists study these questions not just by looking at examples, but by developing general models and proving theorems".

2. *Le diverse concezioni della razionalità e l'individuazione di quella che presente tratti strutturali identici o simili alla decisione discrezionale della p.a.*

Come detto in apertura, la razionalità è concetto molto usato in particolare nell'ambito della scienza economica ed in tale prospettiva viene in rilievo quale razionalità strumentale ossia razionalità che massimizza il rapporto tra mezzi e fini⁵. In proposito è però necessario precisare come, anche in questa specifica dimensione, esistano perlomeno quattro diverse concezioni di razionalità, una ristretta, una mediana, una allargata ed una rinforzata. Qui i termini ristretta, mediana, allargata e rinforzata sono usati da chi scrive per indicare le (minori o maggiori) condizioni sulla cui base si deve giudicare la razionalità di una decisione.

Nella sua accezione ristretta una scelta può dirsi razionale quando essa risulta coerente con le credenze del decisore e le sue preferenze. Anche in questo caso è necessario qualche precisazione sul significato dei termini appena usati che, se sono familiari per gli economisti, lo sono forse meno per i giuristi. Per credenze si intendono nell'ambito della scienza economica le assunzioni del decisore (ciò che egli ritiene vero o comunque fondato), mentre per preferenze si intendono gli obiettivi perseguiti. Le credenze hanno un ampio spettro dal momento che possono riguardare i fatti, le informazioni, i giudizi espressi da altri soggetti ed altro ancora. L'importante è, come detto, che il decisore le ritenga vere o fondate. Anche le preferenze possono essere le più varie. L'importante in questo caso è che esse esprimano un desiderio o un bisogno del decisore che egli intende realizzare e che dunque costituisce al tempo stesso un obiettivo o un fine.

Da quanto detto risulta evidente come nell'accezione ristretta l'unica condizione, che deve essere soddisfatta affinché la scelta possa essere considerata razionale, sia la coerenza tra le premesse (ossia le credenze), che sono poste a base della decisione, e la preferenza (ossia l'obiettivo che si intende realizzare). Detto in altri termini il giudizio sulla razionalità della scelta non mette in discussione né la validità delle premesse in termini di attendibilità delle stesse né la scelta dell'obiettivo. Il giudizio sulla razionalità della decisione può dunque essere formulato a prescindere da ogni considerazione al riguardo.

Per meglio chiarire la portata della definizione ristretta della razionalità può essere utile un esempio mutuato dalla letteratura sull'argomento⁶. Se una persona

⁵ Accanto alla razionalità strumentale che è una razionalità pratica in quanto predicato di azioni pratiche esistono perlomeno altri due tipi di razionalità: la razionalità logico-deduttiva e la razionalità logico-induttiva.

⁶ L'esempio si trova in G. BONANNO, *Prefazione*, in BATTIGALLI, *Teoria dei giochi*, cit., 15-16, il quale riporta anche altri esempi tra i quali particolarmente significativo è il seguente perché tratto da un avvenimento realmente accaduto (come peraltro è l'esempio riportato nel testo): "All'inizio dell'anno 2012, sulla base di un'interpretazione del calendario dei Maya che si diffuse sui social

appartenente ad una setta religiosa ritiene che ad una certa data si verificherà la fine del mondo, perché così ha previsto il fondatore della setta, e sulla base di ciò smette la propria attività lavorativa, vende i propri beni e si dedica alla conversione dei “peccatori”, che considera la missione più importante cui deve adempiere, la sua decisione in presenza di tali credenze/premesse e di tale preferenza/obiettivo potrà essere definita razionale.

Se però si assume una accezione mediana della nozione di razionalità, questo giudizio non è più valido perché maggiori sono le condizioni che devono essere soddisfatte. Nella accezione mediana, infatti, affinché una scelta possa definirsi razionale, non vi deve essere solo la coerenza tra le premesse e l’obiettivo perché occorre quantomeno verificare se l’obiettivo sarebbe stato raggiungibile anche attraverso altre scelte, oltre a quella assunta. Ne consegue che una decisione, per dirsi razionale, dovrà in primo luogo basarsi sulla elaborazione delle alternative decisionali che sono in grado di perseguire il fine prefissato. Ma, oltre a questo fondamentale passaggio del processo decisionale, la scelta dovrà poi cadere su quella alternativa che consentirà di perseguire l’obiettivo con il minore sacrificio per il soggetto agente degli altri interessi che vengono intercettati dalla decisione⁷.

Per tornare all’esempio fatto la decisione dell’adepto di lasciare il proprio lavoro e vendere i propri beni per dedicarsi alla conversione dei “peccatori” non potrebbe più definirsi razionale in assenza della previa ricerca di quelle alternative decisionali che, ove presenti, erano in grado di fare conseguire l’obiettivo, ossia l’utilità attesa, con minore disutilità per l’adepto stesso.

Esiste una terza accezione della nozione di razionalità che può definirsi allargata. In tale prospettiva, affinché una scelta possa dirsi razionale, non sono sufficienti le sole condizioni di coerenza tra credenze e preferenza e di elaborazione delle alternative decisionali. A venire in rilievo sono infatti anche le premesse e la loro attendibilità oggettiva.

Per tornare nuovamente all’esempio fatto, la scelta dell’adepto, se si applica tale paradigma, non è razionale non solo perché è mancata la ricerca delle alternative decisionali, tutte in grado di far conseguire l’obiettivo, ma anche perché la premessa fattuale, su cui la scelta poggia, ossia l’imminente fine del mondo, è priva di ogni fondamento scientifico.

media, uno studente universitario credette nella previsione che la fine del mondo sarebbe arrivata il 21 dicembre 2012 e, di conseguenza, abbandonò gli studi, vendette i suoi beni e decise di godersi i pochi mesi di vita che gli rimanevano” (p. 16).

⁷ Come ricorda G. BONANNO, *Prefazione*, cit., 22, quella che nel testo ho indicato come accezione mediana è la definizione minima di razionalità con preferenze che soddisfano gli assiomi di von Neumann e Morgenstern. A tali autori, come è noto, si deve la prima compiuta formulazione della teoria dei giochi come strumento analitico per la definizione di modelli nelle scienze sociali e in particolare nell’economia (cfr. in proposito J. VON NEUMANN, O. MORGENSTERN, *Theory on Games and Economic Behavior*, Princeton, 1944). La teoria poi verrà sviluppata a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso da J. NASH di cui cfr. *Essays on Game Theory*, Cheltenham, 1996.

Esiste infine una quarta concezione della razionalità che può essere qualificata come rinforzata. In questo caso, affinché una scelta possa dirsi razionale, si deve aggiungere anche una ulteriore condizione che comporta una parziale riformulazione della teoria stessa: una decisione può dirsi razionale se non ve ne sia un'altra che sia in grado di raggiungere il fine perseguito senza peggiorare la situazione di altri soggetti. In questa formulazione, come è evidente, la teoria della scelta razionale risolve sia un problema di massimizzazione della scelta rispetto all'utilità attesa dal decisore sia un problema di ottimalità sociale, perché si occupa anche delle interdipendenze tra i soggetti e gli interessi di cui sono portatori, un profilo che, come si vedrà, è particolarmente importante nell'ambito della scelta discrezionale della p.a.

Pur in presenza di concezioni differenti, esistono però tra le stesse evidenti profili di identità, che è bene mettere in evidenza.

Un primo tratto comune a tutte e tre le definizioni è rappresentato da una premessa sulla natura dell'essere umano ossia che quest'ultimo agisce sempre in modo intenzionale (volontà del voluto per usare un'espressione cara ai giuristi), ha obiettivi ben definiti ed è mosso dal desiderio di raggiungere tali obiettivi⁸.

Un secondo tratto comune è rappresentato dal fatto che nessuna delle concezioni discute le preferenze e i connessi fini che l'agente ha e per il cui raggiungimento si determina all'azione. Discutere di preferenze comporterebbe, infatti, la formulazione di un giudizio sui valori che minerebbe alle radici la scientificità della teoria. In ogni caso ne cambierebbe la cifra, perché essa andrebbe ad ascrivere nella famiglia delle teorie paternalistiche ossia di quelle teorie che pretendono di dire quale sia l'interesse o l'obiettivo che un individuo deve perseguire in quel dato momento ovvero, detto in altri termini, quale sia il suo bene⁹.

⁸ Nel testo è riportata quasi alla lettera la definizione offerta da R. AUMANN, *What is Game Theory Trying to Accomplish?* in K.J. ARROW, S. HONKAPOHJA, *Frontiers of Economics*, Oxford, 1985, 35.

⁹ Per paternalismo si intende in via generale quella concezione etico-politico-giuridica in base al quale lo Stato può imporre o vietare alla persona di perseguire un fine che ritenga non utile o dannoso per la persona stessa. Il paternalismo, dunque, legittima un intervento coercitivo a tutela di ciò che si ritiene essere il bene della persona (cfr. in proposito G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, 133 ss.). Si deve però aggiungere che, a partire da questa definizione, si sviluppano perlomeno tre distinte posizioni: *i*) quella che respinge in via generale il paternalismo in quanto costituirebbe una inammissibile violazione della libertà e dell'autonomia degli individui con alcune limitate eccezioni (ad esempio il caso dei minori e degli incapaci di intendere e di volere); *ii*) quella che ammette forme di paternalismo *soft* nei casi (ulteriori rispetto a quelli appena ricordati) in cui si tratta di impedire scelte di soggetti che, pur capaci di intendere e di volere, non sono in un particolare momento nella condizione di decidere autonomamente (un individuo sta attraversando un ponte pericolante, ma tale circostanza non gli è nota e non può capire quanto gli sta dicendo un altro individuo in una lingua diversa); *iii*) quella infine che ammette forme di paternalismo *hard* ossia interventi coercitivi volti ad impedire che un soggetto compia un'azione che lo danneggi ovvero che non gli arrechi il beneficio che potrebbe arrecargli un'azione di segno opposto. Sui diversi tipi di paternalismo cfr. G. DWORKIN, *Paternalism*,

E comunque, anche a prescindere dal paternalismo, la teoria della scelta razionale diventerebbe una teoria che prende posizione su ciò che si deve o non si deve fare quando ci si determina all'azione pratica e sarebbe ascrivibile, dunque, nel dominio dell'etica deontica¹⁰.

Ebbene, tanto nella dimensione paternalistica quanto nella dimensione morale, si deve prendere posizione, come è evidente, sui fini e la teoria della scelta razionale non vuole essere né l'una né l'altra cosa, quanto piuttosto una teoria che avanza pretese di scientificità e che dunque formula proposizioni che si riferiscono a fatti empirici, ossia le scelte degli individui, che possono ricevere conferma e smentita dall'osservazione della realtà. Ciò che serve alla teoria non è dunque giudicare le preferenze (e gli obiettivi collegati alle preferenze), ma conoscere quali siano le preferenze. Tale conoscenza è infatti necessaria per instaurare una relazione tra l'agire umano e l'obiettivo perseguito, relazione che costituisce ciò che si può studiare scientificamente senza cadere in un giudizio sui valori.

Per completare il discorso occorre anche dire che la teoria della scelta razionale ha ricevuto degli adattamenti al fine di rendere la stessa più aderente alle modalità con cui nella realtà le persone scelgono e decidono. È evidente, infatti, che presa nel suo modello, per così dire, "puro" la teoria della scelta razionale è inapplicabile ai processi decisionali reali, perché essa fa riferimento ad una razionalità assoluta non praticabile dall'essere umano. Ed infatti il soggetto agente dovrebbe avere una conoscenza pressoché illimitata, dovrebbe cioè acquisire tutte le informazioni necessarie e pertinenti rispetto alla scelta che intende adottare e dovrebbe anche essere in grado di elaborare, sulla base di tali informazioni, tutte le alternative decisionali che sono in grado di fare conseguire l'obiettivo prefissato. Ma, come è evidente, tutto ciò è impossibile che accada nella realtà non soltanto in ragione delle limitate capacità cognitive del decisore, ma anche in ragione di altri vincoli cui è sottoposto, quali il vincolo temporale (a volte le decisioni devono essere prese in tempi rapidi) o il vincolo di contesto (ogni decisione si colloca infatti in un contesto) che, ad esempio, impedisce di acquisire tutte le informazioni necessarie.

Proprio al fine di rendere maggiormente realistica la teoria, la razionalità assoluta viene sostituita dalla cosiddetta razionalità limitata¹¹. Affinché una

in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, voce pubblicata nel 2020 e rivista nel 2020, cui *adde* D. SCOCCIA, *In Defense of Paternalism*, in *Law and Philosophy*, 2008, Vol. 27, n. 4, 351-381.

¹⁰ L'etica deontica si caratterizza per il fatto di individuare principi e regole che debbono essere rispettati nell'agire pratico, se si vuole che l'azione sia considerata etica.

¹¹ Il modello della razionalità limitata (*bounded rationality*) è stato elaborato da H.A. SIMON di cui cfr. in particolare il saggio, *A Behavioral Model of Rational Choice*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1955, 69, n. 1, 99-118. Le basi per l'elaborazione del modello di razionalità limitata vennero peraltro poste dall'autore già negli anni Quaranta del secolo scorso studiando l'organizzazione pubblica dal punto di vista delle decisioni. Già nella prima edizione del volume, intitolato *Administrative Behavior*, New York, 1947 (trad. it. *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1958) il modello risulta

decisione possa dirsi razionale, perlomeno nella concezione mediana, allargata e rinforzata della razionalità, basta che essa si basi su un numero sufficiente di informazioni e di alternative decisionali¹².

La teoria della razionalità limitata però nulla toglie al valore della teoria della scelta razionale e neanche alla scientificità della teoria, perché si risolve in definitiva in una parziale riformulazione della premessa antropologica (l'agente umano è sì razionale, ma nei limiti imposti dal principio di realtà). Il che rende la teoria più facilmente verificabile sul piano empirico.

3. *Quale teoria della razionalità è da adottare rispetto al tema della decisione discrezionale della p.a.*

Dalle considerazioni che si sono svolte emerge già con chiarezza come vi sia più di una somiglianza significativa tra decisione razionale e decisione discrezionale della pubblica amministrazione. In quest'ultima, infatti, assumono rilievo quanto meno le premesse su cui la decisione si basa, l'elaborazione delle alternative decisionale, ove ve ne siano, e l'obiettivo che si intende perseguire ossia l'interesse pubblico fissato dalla norma e successivamente concretizzato grazie allo svolgimento del processo decisionale¹³. Ognuna di questi profili è rilevante se è vero, come è vero, che l'errore sulle premesse, la mancata elaborazione delle alternative decisionali e la violazione del vincolo finalistico dà luogo ad altrettanti vizi della decisione stessa (e dell'atto in cui viene riversata) nella forma dell'eccesso di potere.

Non ci si può però fermare a questo stadio d'analisi, perché occorre verificare quale delle diverse concezioni della razionalità deve essere assunta a base della presente indagine ovvero, in altri termini, quale si riveli epistemologicamente feconda per una sua applicazione alla teoria della decisione discrezionale della pubblica amministrazione.

A tal fine è necessario, in primo luogo, isolare i tratti qualificanti della discrezionalità amministrativa. In proposito pochi dubbi possono sussistere sul fatto che la decisione discrezionale giunga all'esito di un processo che, muovendo

compiutamente elaborato. Nel saggio citato in apertura della nota l'autore lo formalizza anche attraverso l'utilizzo di strumenti matematici. Dopo questo saggio tornerà più volte sull'argomento affinando la teoria della razionalità limitata con il confronto sempre più serrato con gli studi sulla psicologia comportamentale. In proposito cfr. *Scientific Discovery and the Psychology of Problem Solving*, in R. COLODNY (a cura di), *Mind and Cosmos*, Pittsburgh, 22-40.

¹² Cfr. in proposito J.G. MARCH, H.A. SIMON, *Organizations*, New York, 1958 (trad. it. *Teoria dell'organizzazione*, Milano, 1971) secondo cui nella maggior parte dei casi il processo di formazione delle decisioni riguarda l'individuazione di alternative soddisfacenti.

¹³ Sulla concretizzazione dell'interesse pubblico e sui problemi che tale operazione comporta nonché sul complessivo inquadramento teorico della vicenda cfr. N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.

da quella che è stata definita una situazione problematica di realtà, dalla quale emerge la potenziale necessità di intervenire per curare l'interesse pubblico¹⁴, si snoda lungo la seguente sequenza: *i*) accertamento e qualificazione dei fatti; *ii*) individuazione degli interessi secondari (pubblici e privati) presenti nei fatti che possono essere intercettati dalla decisione finale; *iii*) attribuzione di un peso ai suddetti interessi coerente con la loro consistenza reale, con la loro natura e rilevanza nell'ambito dell'ordinamento desunta dalla qualificazione normativa e con le indicazioni contenute nell'indirizzo politico-amministrativo così da definire un ordine gerarchico tra gli stessi; *iv*) concretizzazione dell'interesse pubblico primario; *v*) elaborazione delle alternative decisionali che sono tutte adeguate rispetto alla cura dell'interesse pubblico primario come si presenta in concreto, anch'esse ordinate gerarchicamente sulla base della regola del maggiore o minore sacrificio degli interessi secondari; *vi*) scelta della decisione che rispecchia sia la scala gerarchica in cui sono stati ordinati gli interessi secondari sia la scala gerarchica in cui sono state ordinate le alternative decisionali.

Per il momento è sufficiente fermarsi alla descrizione della sequenza senza prendere posizione sul concetto di discrezionalità amministrativa come elaborato ed accolto dalla dottrina maggioritaria. Semmai si possono sin d'ora fare due considerazioni che sono rilevanti per il prosieguo dell'indagine. Per un verso è opportuno precisare come dietro alla sequenza vi sia l'idea, accolta da chi scrive, che la specificazione e concretizzazione dell'interesse pubblico primario non derivi dal gioco comparativo con gli altri interessi coinvolti nella situazione problematica, ma sia l'esito di un'autonoma indagine che, muovendo dal (ed interrogando il) dato normativo, pervenga sulla base della situazione problematica ad individuare la necessità di cura dell'interesse pubblico nel caso concreto¹⁵, di guisa che, una volta accertata tale necessità, si tratterà di scegliere tra le alternative decisionali quella che rispecchia la gerarchia instaurata tra le medesime alternative previamente elaborate. Per altro verso è utile sottolineare come nella sequenza descritta sia ricompreso anche il principio di proporzionalità¹⁶.

Tante detto, ciò che discende inequivocabilmente dal processo decisionale che porta alla scelta discrezionale, come sopra descritto, è che tale scelta deve rispettare alcune ben precise condizioni. Essa, infatti, deve essere idonea a curare l'interesse pubblico, deve al contempo realizzare il minore sacrificio degli interessi

¹⁴ Per l'ordine concettuale esposto nel testo, ossia che l'azione amministrativa procedimentale parte sempre in presenza di una situazione problematica, cfr. in particolare F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 159 ss. Per lo sviluppo di tale prospettiva sia consentita rinviare a A. ZITO, *Le pretese partecipative*, Milano, 1996.

¹⁵ Su questa tematica si può rinviare senz'altro allo studio di N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità*, cit. in particolare 51 ss.

¹⁶ Sul principio di proporzionalità resta fondamentale lo studio monografico di D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

secondari che va ad intercettare, deve poggiare su premesse relative alla situazione di realtà che siano scientificamente attendibili.

Ebbene la sequenza illustrata consente di affermare che tra le quattro concezioni della razionalità, che si sono in precedenza illustrate, la scelta discrezionale della p.a. presenti tratti simili, se non identici, alla concezione rinforzata della razionalità. In tale concezione, come si è visto, la scelta è razionale allorquando poggia su premesse attendibili (le credenze del decisore), sull'elaborazione delle alternative decisionali, e sulla considerazione della posizione e degli interessi dei soggetti coinvolti nella decisione.

Dunque, per lo meno dal punto di vista strutturale, non si ravvisa alcun ostacolo ad affermare che la scelta discrezionale della p.a. può ben essere considerata come una delle manifestazioni sul piano giuridico della teoria della scelta razionale.

Sulla base delle considerazioni svolte si è adesso in grado di fissare in modo puntuale le coordinate entro le quali il prosieguo dell'analisi è destinata a svolgersi.

La concezione della razionalità che si ritiene di assumere per studiare la discrezionalità amministrativa, perché maggiormente corrispondente ai tratti qualificanti della scelta discrezionale della p.a., è quella rinforzata in quanto l'unica in grado di esprimere non soltanto la dimensione della razionalità intesa come massimizzazione della scelta, ma anche la dimensione dell'ottimalità sociale e dunque di dare rilevanza (e soluzione) al problema dell'interdipendenza tra il soggetto decisore e gli altri soggetti ovvero tra l'interesse perseguito dal primo e gli altri interessi che dalla decisione vengono intercettati. Da questo momento in poi, dunque, verrà presa a riferimento la tesi che la decisione è razionale se non ne esiste un'altra che parimenti consente di raggiungere l'utilità attesa (ossia l'obiettivo perseguito) senza peggiorare la situazione di altri soggetti ovvero se non esiste un'altra decisione in grado di raggiungere il perseguimento dell'interesse del decisore senza arrecare un danno meno intenso agli interessi facenti capo ad altri soggetti.

4. *Le possibili obiezioni all'utilizzo della teoria della razionalità con riferimento alla decisione discrezionale della p.a. ed il loro superamento*

Al fine di potere predicare l'utilizzo della teoria della scelta razionale con riferimento alla decisione amministrativa discrezionale, è necessario però esaminare e superare sia le critiche che alla suddetta teoria vengono mosse da una prospettiva interna alla stessa sia quelle che vengono mosse da una prospettiva esterna ossia da una prospettiva d'analisi squisitamente giuridica. Le prime mirano a mettere in crisi la validità della teoria; le seconde mirano a dimostrare la sua

inapplicabilità nell'ambito dell'agire amministrativo. In ogni caso sono entrambe rilevanti ai fini della presente indagine. Se la teoria fosse confutata non avrebbe senso discutere di essa e della sua applicazione alla scelta discrezionale della p.a.; se la teoria, pur valida, fosse inapplicabile dal punto di vista del diritto, varrebbe la stessa conclusione.

Occorre dunque esaminare entrambi i tipi di critica partendo dalle obiezioni che si possono definire endogene¹⁷.

In proposito il primo rilievo, che viene mosso alla teoria della scelta razionale con lo scopo di contestarne la fondatezza o quanto meno l'utilità, muove dalla circostanza che i risultati cui pervengono le scienze comportamentali mostrano come le persone raramente agiscano secondo il modello teorico proposto¹⁸. Detto in altri termini gli individui, quando in concreto scelgono e decidono, sono sistematicamente affetti da *bias* ed errori cognitivi e dunque altrettanto sistematicamente si comportano in modo poco razionale. In definitiva la teoria della scelta razionale sarebbe assai distante dagli effettivi processi decisionali con la conseguenza che la sua capacità euristica sarebbe assai limitata¹⁹.

Si tratta di un'obiezione, come è evidente, particolarmente importante alla quale i sostenitori della teoria rispondono con due diverse argomentazioni. In proposito si può sinteticamente ricordare come, per un verso, si ritenga che l'obiezione possa essere superata proprio a partire dai dati empirici, a condizione che essi vengano analizzati in modo aggregato. Così facendo si può infatti verificare che, seppure gli individui nel decidere incorrano sistematicamente in *bias* ed errori cognitivi, le scelte nel complesso non sono poi così distanti da quelle che si sarebbero prese secondo il modello della scelta razionale²⁰. Per altro verso si ribatte che la teoria, anche a prescindere dalla verifica empirica, mantiene comunque una sua capacità prescrittiva o normativa nel senso che rimangono validi i criteri in base ai quali una decisione deve essere assunta, se si vuole che la

¹⁷ Sulle critiche formulate alla teoria della scelta razionale cfr. di recente D. CAMPUS, *È sempre possibile preferire? Una critica alla teoria della scelta razionale*, in *Fil. pol.*, 2020, 131-141.

¹⁸ Lo studio dei processi decisionali ha prodotto, a partire dalla diffusione e accettazione della teoria della razionalità limitata degli agenti umani, molti altri risultati soprattutto nella prospettiva di individuare i *bias* e gli errori in cui gli stessi incorrono sistematicamente. Per tali sviluppi si può senz'altro rinviare ai noti contributi offerti da A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability*, in *Cognitive Psychology*, 1973, 5, 207-232; *Judgment Under Uncertainty: Heuristic and Biases*, in *Science*, 1974, 85, 1124-1131; *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in *Science*, 1981, 211, 453-458; *Rational Choice and the Framing of Decisions*, in *Journal of Business*, 1986, 4, parte 2, 251-278.

¹⁹ Sulla violazione sistematica del modello proposto dalla teoria della scelta razionale cfr. R. NISBETT, L. ROSS, *Human Inference*, Engelwood Cliff, 1980, trad. it. *L'inferenza umana*, Bologna, 1989. Il tema è molto dibattuto soprattutto da parte di cultori delle scienze cognitive comportamentali.

²⁰ È doveroso aggiungere che si tratta di una risposta che può però avere un valore solo parziale perché come ricorda D. CAMPUS, *È possibile preferire?*, cit., "questa convinzione è risultata erronea in molti contesti di scelta soprattutto quelli che esulano dai mercati economici" (p. 131).

stessa sia razionale²¹. Come è evidente, questa seconda risposta si colloca in una dimensione familiare per il giurista in quanto attiene non già al piano dell'essere, ma al piano del dover essere.

Tanto premesso, occorre verificare se le critiche che si sono illustrate siano tali da impedire alla radice l'utilizzo della teoria della scelta razionale nell'ambito della ricostruzione della discrezionalità amministrativa. A tal fine, si assume che le critiche siano fondate, non potendo per ragioni di competenza disciplinare poterle discutere nel merito.

In proposito si può dire che, anche a volere accettare la tesi che nella realtà gli individui scelgono e decidono in modo non razionale, questa circostanza non è assolutamente ostativa ad un trapianto della teoria della scelta razionale nell'ambito dell'agire discrezionale della pubblica amministrazione. La pubblica amministrazione è infatti un soggetto organizzato che, per il tramite dei suoi funzionari, deve agire sulla base della razionalità strumentale per espressa previsione costituzionale. Quando infatti l'art. 97, comma 2, della Costituzione prescrive che i pubblici uffici devono essere organizzati in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, altro non fa che imporre alla stessa un dovere di agire in modo razionale e segnatamente facendo corretta applicazione della razionalità strumentale. Un dovere che si sostanzia sia attraverso le decisioni organizzative, quelle cioè che attengono al modello organizzativo e alla individuazione di chi fa che cosa (ovvero alla distribuzione delle competenze), sia attraverso le decisioni, per così dire provvedimentali, ossia quelle che traducono le norme attributive allaa. del potere o dell'autonomia negoziale, in scelte che attuano le norme medesime e le concretizzano.²²

²¹ D. CAMPUS, *È sempre possibile preferire?*, cit., che ricorda come “i sostenitori della teoria della scelta razionale ribattono che nessuna falsificazione empirica può pregiudicare né la validità normativa né l'universalità della teoria, il cui presunto inattaccabile punto di forza rimane il poter spiegare ogni azione umana attraverso il modello della massimizzazione dell'utilità attesa. Non vi è circostanza della vita l'uomo, si argomenta, che non possa essere efficacemente rappresentata attraverso la triade preferenze, credenze ed azioni. Infatti, date le preferenze, che esprimono gli scopi e gli obiettivi dell'agente, egli\ella seleziona quel corso d'azione che ritiene essere, sulla base delle sue credenze, il miglior mezzo per realizzare gli obiettivi prefissi, tenuto conto dei vincoli e delle limitazioni poste dal contesto. Poiché le preferenze possono essere espresse tramite una funzione di utilità, si dice tecnicamente che l'agente massimizza l'utilità attesa, cioè seleziona il corso d'azione che conduce all'esito a cui è associato il livello più alto di utilità” (pp. 131-132).

²² Detto in altri termini la previsione costituzionale si pone come “dato esterno”, mentre l'organizzazione e la razionalità strumentale sono posti dalla stessa come “problema” da risolvere, il quale, fermo restando il rispetto della riserva di legge relativa presente in tale previsione, deve essere per l'appunto “risolto” attraverso la definizione del disegno organizzativo che è nel contempo fattore di ordine e di coordinamento tra le azioni dei funzionari e individuazione delle specifiche azioni che sono necessarie ad applicare le norme che sul piano sostanziale disciplinano l'esercizio della funzione amministrativa. Due notazioni si impongono al riguardo; 1) sebbene l'organizzazione e l'azione amministrativa siano, come ben messo in luce dalla dottrina, in un

Ebbene dal momento che la teoria della scelta razionale individua proprio le condizioni affinché una decisione possa dirsi tale, la circostanza che le singole persone nella realtà scelgano e decidano (talvolta, molte volte, o anche in ipotesi sempre) in modo non razionale costituisce un fatto influente rispetto all'agire amministrativo, organizzativo o provvedimentale che sia, perché tale agire deve invece essere sempre razionale per espressa previsione normativa.²³

Semmai si può porre un problema di verificare se la teoria della scelta razionale, che viene elaborata a partire dalle decisioni delle persone, possa essere utilizzata con riferimento ad un soggetto giuridico come laa. che, a prescindere dal suo essere o meno persona giuridica²⁴, si presenta come un attore collettivo organizzato. La questione però può essere facilmente risolta ove si consideri che l'agire amministrativo si risolve sempre in un agire delle persone che sono i funzionari dell'amministrazione. Detto in altri termini l'azione della pubblica amministrazione è sempre il frutto di un'azione individuale, la quale, in virtù del rapporto d'ufficio che si instaura tra la persona fisica e il soggetto organizzato, si converte in decisioni che sono ascritte ed imputate alla pubblica amministrazione per il tramite dell'organizzazione e delle norme che tale organizzazione istituiscono e regolano²⁵. Il che toglie, come evidente, ogni consistenza e spessore al problema prima posto.

Alla luce delle considerazioni svolte si può dunque affermare come non solo non vi sia un ostacolo a ragionare di discrezionalità amministrativa della p.a. nella

rapporto di reciproca dipendenza, tuttavia la prima si pone come momento primigenio rispetto alla seconda; ii) l'organizzazione costituisce fattore di semplificazione e di prevedibilità e certezza dell'azione amministrativa.

²³ A volere allargare lo sguardo oltre quanto indicato nel testo, si deve sottolineare come laa. abbia rappresentato e rappresenti ancor oggi uno degli elementi fondanti del più generale processo di razionalizzazione della società moderna come chiaramente teorizzato da M. Weber, che non a caso ha definito l'agire della p.a. in termini di agire legale razionale. Sul punto cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, trad. it. *Economia e società*, voll. I e II, Milano, 1961 (seconda edizione italiana 1968). Il tema della "grande razionalizzazione" che accompagna la nascita e lo sviluppo della società moderna e contemporanea è centrale nell'ambito della riflessione non soltanto sociologica, ma anche economica e più in generale filosofica. Come è stato ricordato, dal punto di vista economico "il capitalismo rappresenta il massimo della R(azionalizzazione) formale, fondandosi sull'organizzazione razionale del lavoro formalmente libero e sul calcolo del capitale in una situazione di libero mercato" (così N. ABBAGNANO, *Razionalità*, in N. ABBAGNANO (a cura di), *Dizionario di filosofia*, Torino, terza ed., 1988, 901).

²⁴ Ai fini del discorso che viene svolto nel testo non rileva la questione, pur assai importante, se le pubbliche amministrazioni siano da considerare come persone giuridiche ovvero soggetti dotati di una peculiare soggettività giuridica, che presenta, soprattutto con riferimento alle amministrazioni statali, tratti peculiari.

²⁵ L'autore che maggiormente ha posto in rilievo la circostanza ricordata nel testo, ossia che l'agire amministrativo è agire di funzionari, fornendo nel contempo una puntuale ricostruzione dogmatica di tale fenomeno, è G. MARONGIU di cui cfr. in particolare *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, 1969.

prospettiva della teoria della scelta razionale, ma vi sia la necessità di farlo se si sta al dato di diritto positivo. Insomma, anche a volere restringere la validità di tale teoria al piano del dovere essere ossia al piano della sua validità prescrittiva o normativa, ciò non ne sminuisce l'importanza rispetto all'agire discrezionale della p.a. dal momento che quest'ultimo si colloca in via originaria sullo stesso terreno.

Un secondo ordine di critiche che viene mosso alla teoria della scelta razionale è che essa delinea un modello di massimizzazione dell'utilità e che dunque il suo valore normativo e prescrittivo non possa andare oltre la scienza economica, atteso che il concetto di utilità si attaglia in modo particolare, se non addirittura esclusivo, alla scelta compiuta dall'agente che, mosso dall'interesse egoistico, tenta di massimizzare tale interesse confrontando diversi stati di utilità, ciascuno associato alle possibili alternative decisionali²⁶. Essa, dunque, non sarebbe applicabile ad altri contesti di scelta in cui a venire in rilievo non è l'utilità intesa in senso economico²⁷.

Anche questa obiezione può però essere superata. La circostanza che la teoria della scelta razionale sia neutra rispetto ai fini, ossia, come detto in precedenza, che essa non discuta tale aspetto, ben consente una sua applicazione anche a quelle decisioni che perseguono obiettivi non riconducibili alla logica della scelta economica²⁸. Come infatti è stato efficacemente sottolineato di recente “contrariamente a quanto viene spesso ritenuto in conseguenza del fatto che la teoria della scelta razionale è stata originariamente sviluppata nell'ambito della scienza economica, il modello della massimizzazione dell'utilità non prevede che

²⁶ Per ulteriori considerazioni sul punto cfr. D. CAMPUS, *È sempre possibile preferire?*, cit.,

²⁷ Sul concetto di utilità in senso economico il dibattito è molto ampio. Dalla originaria impostazione data da J. Bentham secondo cui l'utilità è associata ad un oggetto o ad una situazione ed è determinata dal piacere che l'oggetto o la situazione producono, di guisa che l'utilità può essere misurata in valore assoluto, si è passati ad una concezione in cui la funzione di utilità misura unicamente quanto un'alternativa è preferita ad un'altra non assegnando a ciascuna un valore assoluto.

²⁸ Cfr. D. CAMPUS, *È sempre possibile preferire?*, cit., la quale fa seguire al passaggio riportato nel testo altre rilevanti considerazioni sul punto: “In effetti, corrisponde al vero che la maggior parte dei modelli della scelta razionale applicati a questo o a quel contesto finiscono con l'assumere più o meno esplicitamente che l'interesse personale sia il motore dell'azione umana. Tuttavia, il principio di massimizzazione dell'utilità ammette ogni tipo di preferenze individuali: buone, cattive, egoistiche, altruistiche e quant'altro. Ciò che importa non è il loro contenuto, bensì la loro forma: in altri termini, esse devono soddisfare alcuni assiomi che permettono di ordinarle e quindi rappresentarle attraverso una funzione di utilità. Proprio la neutralità dei fini garantisce alla teoria della scelta razionale quel grado di generalità che ne giustifica l'applicabilità ad una molteplicità di contesti. In ogni situazione di scelta, sia che riguardi la vita privata, sia la sfera delle decisioni professionali o politiche, si suppone che l'agente razionale valuti le alternative che gli si presentano e sia in grado di ordinarle secondo le sue preferenze. Di conseguenza, sceglierà l'alternativa che risulta dal suo stesso ordinamento la preferita a tutte le altre” (p. 132).

lo scopo dell'agente sia quello di perseguire il proprio interesse personale”, sicché in definitiva ogni decisione, quale che sia il fine che si persegue, pone, come peraltro viene talvolta messo in luce dalla stessa dottrina amministrativistica con riferimento proprio alla discrezionalità amministrativa, un problema di massimizzazione della stessa^{29 30}.

Analizzate e superate le obiezioni interne alla teoria della scelta razionale, che impedirebbero il suo trapianto nell'ambito dello studio giuridico della discrezionalità amministrativa, occorre analizzare e superare le obiezioni che possono essere mosse da una prospettiva d'analisi squisitamente giuridica.

In proposito, nell'ambito della riflessione dottrinale (sia pure non copiosa) sul tema, l'argomento decisivo che viene speso si basa sul fatto che l'applicazione del criterio di razionalità sia da escludere in ragione della imprevedibilità e variabilità della realtà cui il diritto va applicato³¹ ovvero con altra terminologia,

²⁹ Significativa in tal senso sono le riflessioni di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 480.

³⁰ Talvolta nella riflessione giuridica si parla di razionalità di scopo e di razionalità di correttezza. Al riguardo cfr. M. LA TORRE, *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza [prima parte]*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 2, 2011, 495- 515, che ricorda come si distingua tra razionalità deontologica e razionalità teleologica: “In accordo alla prima la razionalità, per esempio, di una decisione va misurata mediante la sua corrispondenza a, e osservanza di, qualche sorta di regola; in accordo alla seconda la razionalità è materia di considerazioni utilitarie, di un calcolo di costi e benefici” (p. 505). Una tale distinzione, se è certamente rilevante a fini analitici, non ha una particolare utilità ai fini del presente studio. Se infatti la teoria della scelta razionale pone un problema di massimizzazione e se anche nell'esercizio della discrezionalità amministrativa si pone, come detto nel testo, un tale problema, il fatto che il decisore trovi vincoli esterni non cambia i termini del problema che è e rimane un problema di massimizzazione. Sempre nello studio del citato autore si rileva come “troviamo, soprattutto nell'ambito degli studi di carattere sociologico, una maniera per certi versi alternativa di concepire la razionalità, quella di una qualità o proprietà non più di enunciati e comportamenti individuali, bensì di gruppi e sistemi. Inoltre all'interno della tradizione sociologica si manifesta spesso una forte tentazione a definire la razionalità dei comportamenti individuali con riferimento al gruppo o al sistema. Secondo questa prospettiva una condotta sarà razionale, se e solo se essa è funzionale al gruppo o al sistema. Il concetto «sociologico» di razionalità muove da due assunti: (i) Che la razionalità possa essere una virtù intrinseca della società (riformulando per certi versi una idea di Hegel, per cui «ciò che è reale è anche razionale» e viceversa), e (ii) che i criteri di razionalità delle azioni individuali sono offerti dalla razionalità immanente della società. Il problema fondamentale qui è nella sovrapposizione o confusione del punto di vista funzionale e del punto di vista normativo” (p. 504). Da qui se ne deduce che “questo uso «sociologico» della nozione di ragione sottodimensionata a quella di funzione sia assai discutibile ed in ogni caso inappropriato a spiegare i fenomeni giuridici ed in particolare le decisioni giudiziali”. Sul punto non si può che concordare ed è questa la ragione per cui nel presente studio si è utilizzata la teoria della scelta razionale come elaborata soprattutto dagli economisti tralasciando altri contesti in cui pure si fa uso della suddetta teoria con i dovuti aggiustamenti.

³¹ Quella indicata nel testo è la posizione di F. FOLLIERI espressa nello studio monografico su *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità del sindacato*, Milano, 2017 in particolare 295 ss., secondo cui “la razionalità soffre dei limiti costituiti

che però veicola analoga sostanza, in ragione del fatto che la decisione amministrativa va adattata alle variabili del caso concreto e che non tutte queste variabili sono predeterminabili³².

Si tratta però di obiezioni che possono essere superate. Quando infatti la pubblica amministrazione si determina alla decisione discrezionale, troncando ogni indugio, la situazione di realtà è (e non può non essere) ben definita, se non altro perché ad eliminare ogni incertezza è servito l'intero processo decisionale che si è svolto nel procedimento amministrativo. Se così non fosse, la pubblica amministrazione sarebbe condannata all'inazione e comunque, ove agisse, l'esercizio del potere discrezionale sarebbe senz'altro illegittimo.

Di nessuna imprevedibilità e variabilità ovvero, forse più correttamente, di incertezza della realtà si può dunque parlare nel momento dell'adozione del provvedimento discrezionale, perché tali predicati riferiti alla suddetta realtà sono semmai appropriati all'inizio del processo decisionale, quando cioè si è in presenza di una situazione problematica da cui potenzialmente si evince la necessità di intervenire per curare l'interesse pubblico³³. Non è dunque dato intravedere sul piano concettuale, né sul piano empirico, alcun motivo ostativo all'utilizzabilità della teoria della decisione razionale alla decisione discrezionale della pubblica amministrazione.

5. *La piena utilizzazione della teoria della scelta razionale rispetto alla decisione discrezionale della p.a. e la necessità di una parziale riformulazione della nozione di discrezionalità amministrativa*

L'ostacolo maggiore al proficuo utilizzo della teoria della scelta razionale con riferimento alla decisione discrezionale della p.a. risiede probabilmente nella stessa definizione di discrezionalità amministrativa quale elaborata in ambito

anche dalla mutevolezza ed imprevedibilità della realtà" (p. 295 nota 59), mentre la ragionevolezza "mitiga" la razionalità assolutizzante ed "aggiunge alla razionalità il senso della misura, escludendo l'assolutezza e il relativismo" (p. 296-297). Lo studio peraltro ha il grande pregio di non dissolvere la razionalità nella ragionevolezza e di riconoscere uno spazio a quest'ultima sia pure all'interno del più generale principio di ragionevolezza.

³² In questo senso si esprime F. MERUSI, *Ragionevolezza*, cit., 20. Secondo tale autore "Un tentativo che ha ancora dei seguaci, se non fra i cultori del diritto amministrativo, fra i politologi, che, per forza di cose, si occupano di decisioni che i giuristi chiamano discrezionali quando il potere è esercitato da una Pubblica Amministrazione" è quello di applicare una logica matematica anche alla discrezionalità amministrativa.

³³ Si può aggiungere rispetto a quanto detto nel testo che l'imprevedibilità della realtà torni a giocare un ruolo dopo l'adozione della scelta discrezionale da parte della p.a. allorché sopraggiungano fatti nuovi. Ma, per far fronte a questa evenienza, il sistema giuridico mette a disposizione della pubblica amministrazione il ben noto strumento della revoca del provvedimento amministrativo.

giuridico. Come è già stato ricordato, vi è un diffuso consenso nel ritenere che la discrezionalità consista in una ponderazione comparativa degli interessi secondari (pubblici o privati) con l'interesse pubblico primario che laa. deve perseguire³⁴. Come è evidente, la definizione presuppone, per un verso, l'esistenza di un rapporto di interdipendenza tra tutti gli interessi in gioco e, per altro verso, che l'interesse pubblico si ponga come uno dei due termini di questo rapporto, l'altro essendo rappresentato dagli interessi diversi dal primo. Ne discende, se si sta a questa definizione, come sia lo stesso interesse pubblico a venire “pesato” e “comparato” con gli altri interessi.

Se questo è lo schema concettuale della discrezionalità amministrativa, è evidente come sorgano grossi problemi rispetto all'utilizzazione della teoria della scelta razionale. A quest'ultima è infatti estraneo il meccanismo di ponderazione dell'interesse, al cui perseguimento è preordinata la scelta, con gli altri interessi che pure vengono in rilievo. Nella suddetta teoria, infatti, perlomeno nella concezione che si è adottata ai fini del presente studio e che è l'unica che assume e risolve il problema dell'interdipendenza tra gli interessi, nessuna ponderazione, per dirla con terminologia giuridica, vi è tra l'interesse perseguito e gli altri interessi. Rispetto all'interesse che persegue il decisore, infatti, ciò che rileva è che esso venga soddisfatto e che tale soddisfazione avvenga adottando tra le alternative decisionali quella in grado di farlo conseguire con il minor sacrificio possibile delle posizioni e degli interessi degli altri soggetti che sono coinvolti nella decisione.

³⁴ Come è noto la prima convincente sistemazione della discrezionalità amministrativa si deve a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939. La definizione data dall'autore, poi precisata e ribadita in molti contributi, è notissima: la discrezionalità “consta in una ponderazione di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario” (cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. II, 481). Tale definizione è ancora oggi quella seguita dalla dottrina maggioritaria. Cfr. ad esempio, tra la trattatistica e la manualistica più recente, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2002, in particolare 85 ss.; G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, dove si ribadisce la definizione di M.S. Giannini con una particolare sottolineatura del carattere politico della ponderazione comparativa (la parte cui si fa riferimento è di A. Police); G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, IX ed., Torino, 2020, 208 dove si riporta la definizione di M.S. Giannini, pur avendo cura di precisare che non è corretto ritenere che “laddove c'è discrezionalità, c'è necessariamente una valutazione comparativa di interessi” M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Bologna, 2017, 126 dove si afferma che la scelta discrezionale “avviene attraverso una valutazione comparativa (ponderazione) degli interessi pubblici e privati rilevanti nella fattispecie”; F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, VII ed., Torino, 2021, 186 dove si afferma che la scelta discrezionale “va eseguita valutando comparativamente tutti gli interessi pubblici (secondari), collettivi e privati presenti nella concreta fattispecie alla luce dell'interesse pubblico primario” (la parte riportata è di E. Follieri); S. LICCIARDELLO, *Diritto amministrativo. Principi, organizzazione e azione*, Firenze, 2020, 246. Per approfondimenti sulla nozione di discrezionalità elaborata da M. S. Giannini e sugli sviluppi dottrinali successivi cfr. F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 1045 ss. Per una ricostruzione più generale dell'evoluzione della nozione di discrezionalità, anche in chiave comparata, si può senz'altro rinviare a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 41 ss.

Se di ponderazione si può dunque parlare nella teoria della decisione razionale, essa riguarda semmai gli interessi secondari che, al fine di individuare l'alternativa decisionale da scegliere, devono essere ordinati secondo un ordine di maggiore o minore sacrificio degli stessi. Si tratta, come è evidente, di un passaggio del processo decisionale necessario ed anche delicato, ma che non pone nessun problema di ponderazione comparativa tra l'interesse perseguito dal decisore e gli altri interessi che vengono in rilievo.

Giunti a questo punto però ci si trova di fronte ad un bivio: o si conclude la ricerca nel senso della non utilizzabilità della teoria della scelta razionale con riguardo alla teoria della discrezionalità amministrativa o si sottopone quest'ultima ad un riesame critico al fine di verificarne la correttezza e validità.

Prima di procedere in questa seconda direzione, è opportuno però sottolineare come l'aver ricostruito la discrezionalità amministrativa come un giudizio di ponderazione comparativa tra l'interesse pubblico primario e gli interessi secondari abbia, a parere di chi scrive determinato la progressiva sostituzione negli studi scientifici del riferimento alla razionalità con il riferimento alla ragionevolezza, che oggi costituisce, infatti, il parametro prioritario, se non esclusivo, per il giudizio sulla legittimità o meno dell'atto discrezionale della p.a.

La ragionevolezza, infatti, quale che sia la ricostruzione cui si voglia aderire, presenta un tratto comune dato dalla circostanza che essa richiede sempre un bilanciamento tra gli interessi in gioco e dunque una loro comparazione³⁵,

³⁵ Sulla ragionevolezza esiste una bibliografia sterminata che è impossibile richiamare senza incorrere in ingiustificate omissioni. Del dibattito sul tema meritano però di essere ricordati alcuni profili. In primo luogo, la dottrina sottolinea come la ragionevolezza sia concetto caratterizzato dal punto di vista semantico da margini di indeterminatezza sicuramente maggiori rispetto al concetto di razionalità, sicché diventa difficile definirla in modo univoco. Come è stato efficacemente sottolineato "la ragionevolezza sembra essere una luce più facile da percepire che non da spiegare" sicché, sebbene il suo uso da parte della giurisprudenza, trovi oggi molti consensi, rimane il problema teorico di individuarne le basi ed i limiti (Così J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XII, Torino, 1997, 341). Questa osservazione è già sufficiente per chiedersi se l'utilizzo della ragionevolezza e la centralità che essa ha assunto con riferimento alla discrezionalità amministrativa si giustifichino. L'indeterminatezza di cui il concetto soffre non sembra infatti del tutto idoneo a consentire sistemazioni scientifiche in grado di offrire quel sufficiente quadro di certezza cui deve tendere la ricostruzione teorica dei fenomeni giuridici, quadro tanto più necessario quando a venire in rilievo, come nel caso della discrezionalità, sia l'esercizio di un potere non interamente predeterminato dalla norma. A dire il vero secondo una parte della dottrina la suddetta indeterminatezza costituirebbe il punto di forza della nozione perché la ragionevolezza, come è stato di recente ricordato, mitiga la razionalità assolutizzante aggiungendo il senso della misura (cfr. sul punto F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità del sindacato*, Milano, 2017 e la dottrina ivi richiamata). In definitiva la ragionevolezza è da preferire alla razionalità perché consente il bilanciamento o contemporamento di valori e interessi che rispetto ad una determinata situazione sono presenti in posizione confliggente, permettendo di "addivenire a composizioni in cui vi sia posto non per una sola, ma per tante ragioni" (così G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 203).

Definita la discrezionalità amministrativa come una ponderazione comparativa dell'interesse pubblico primario con gli interessi secondari, non deve allora sorprendere come il binomio discrezionalità – ragionevolezza tenga il centro della scena con una tendenziale eclissi di ogni riferimento alla razionalità quale concetto utile per ricostruire l'agire amministrativo di tipo discrezionale³⁶ a dispetto di quell'insegnamento che individua il *proprium* della pubblica amministrazione nell'agire legale razionale³⁷.

Tanto precisato, diventa a questo punto necessario verificare se la teoria della discrezionalità amministrativa, nella formulazione dominante, sia corretta o non debba essere, quantomeno parzialmente, ripensata nel suo profilo più rilevante costituito dalla ponderazione comparativa dell'interesse pubblico primario con gli altri interessi secondari che vengono in rilievo nel caso concreto.

In proposito conviene partire da un dato che è difficilmente contestabile. Ogni decisione discrezionale muove da uno stato di realtà che si presenta all'origine problematico e da cui si evince la potenziale necessità della cura dell'interesse pubblico. Tutto il processo decisionale che si svolge attraverso il procedimento amministrativo è volto dunque alla chiarificazione di tale stato di realtà, sicché al termine di tale processo ciò che emergeva a livello di ipotesi, ossia la necessità di intervenire per tutelare l'interesse pubblico, trova conferma oppure smentita. Nel primo caso, però, è evidente come si determini una doverosità in capo alla pubblica amministrazione di agire e dunque di assumere quella decisione che serve per curare il predetto interesse³⁸.

Ebbene è proprio questa doverosità che impedisce che si possa, sul piano logico prima ancora che giuridico, affermare che l'interesse pubblico sia soggetto ad una ponderazione con gli altri interessi che vengono in rilievo rispetto alla situazione di realtà. L'interesse pubblico, ove la situazione di fatto lo richieda, va infatti necessariamente curato e il problema che residua è quello di adottare la decisione che consenta di perseguirlo con il minor sacrificio possibile degli

³⁶ Vi sono autori che, pur riconoscendo alla ragionevolezza un posto preminente, non rinunciano del tutto ad utilizzare la categoria della razionalità. Cfr. in proposito tra i contributi più recenti il già citato lavoro di F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit. in particolare 295 ss. secondo cui la ragionevolezza include anche la razionalità (p. 303 del testo e anche la nota 125 della medesima pagina), nonché il saggio di F. Trimarchi Banfi, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 313 ss.) in cui si distingue tra ragionevolezza “razionalità” e ragionevolezza “valutativa: la prima attiene alla correttezza logica della decisione mentre la seconda attiene al giudizio sui valori.

³⁷ Il riferimento è ovviamente alla nota tesi di M. Weber espressa in particolare nel lavoro citato alla nota 23.

³⁸ Quanto detto nel testo consente di recuperare la centralità del tema della doverosità in concreto della scelta discrezionale che, nella ricostruzione sulla discrezionalità oggi prevalente, sembra non trovare il giusto peso, rimanendo confinata ad una doverosità, per così dire, generica in contrasto con la centralità che tale nozione ha rispetto all'esercizio del potere non in astratto, ma in concreto.

interessi secondari. Ma, affinché ciò avvenga, è necessario scegliere l'alternativa decisionale che rispecchia il peso previamente attribuito agli interessi secondari o, per meglio dire, l'ordine scaturente dal "peso" attribuito, ordine che a sua volta discende dalla consistenza di tali interessi secondari nella realtà (profilo quantitativo), dalla loro rilevanza dal punto di vista giuridico (profilo qualitativo) e dal valore che a tali interessi è stato attribuito in sede di determinazione dell'indirizzo politico o politico-amministrativo (profilo politico). La dinamica della ponderazione si inserisce (e si esaurisce) dunque in questo preciso segmento del processo decisionale e riguarda i soli interessi secondari. Detto in altri termini la necessità di intervenire per la cura dell'interesse pubblico discende unicamente dalla situazione di fatto e non certo dagli altri interessi in essa presenti, la cui rilevanza entra in gioco solo successivamente come elemento che condiziona la scelta tra le alternative decisionali disponibili.

Se così stanno le cose, è evidente come la discrezionalità amministrativa non possa essere ricostruita nei termini di una ponderazione comparativa dell'interesse pubblico primario con gli interessi secondari, bensì nei termini di una scelta volta nel contempo alla massimizzazione della cura dell'interesse pubblico e alla sua ottimizzazione dal punto di vista sociale (ossia tenendo conto del contesto di interdipendenza con gli altri interessi), scelta che dunque, fermo restando la (sola) comparazione degli interessi secondari, si risolve nell'adottare, tra le alternative decisionali, quella che arreca il minore sacrificio possibile agli interessi secondari. Si tratta dunque di una decisione razionale collocabile certamente nell'ambito della teoria della scelta razionale perlomeno nella concezione della razionalità che in questo lavoro si è definita come rinforzata.

Come è evidente, la ricostruzione della discrezionalità nel modo anzidetto, nulla perde in termini di capacità di ricomprendere sia la rilevanza del fenomeno dell'interdipendenza tra interesse pubblico primario e interessi secondari sia la rilevanza del vincolo nascente dalle scelte compiute in sede di indirizzo politico-amministrativo. Con riferimento a quest'ultimo profilo merita anzi di essere sottolineato come l'espressa qualificazione normativa di cui è stata fatta oggetto (a partire del d.lgs. n. 29/1993, poi confluito nel d.lgs. n. 165/2001) tanto l'attività di indirizzo politico-amministrativo quanto l'atto in cui essa viene riversata, consente, in considerazione dell'autonomia che tale attività ha assunto rispetto all'attività di gestione, di separare il giudizio sui valori dalla scelta discrezionale che fissa la regola dell'assetto degli interessi, con la rilevante conseguenza che quest'ultima si pone come momento di attuazione dell'indirizzo politico-amministrativo parzialmente vincolato quanto al "peso" da attribuire agli interessi secondari dalle scelte di valore effettuate in sede di indirizzo³⁹. E ciò permette

³⁹ Sul meccanismo che consente il passaggio dalla scelta avente natura politica alla scelta discrezionale e sulla rilevanza che assume l'attività direttiva resta ancora oggi fondamentale lo studio monografico di G. MARONGIU, *L'attività direttiva*, cit.

di ridimensionare (o quantomeno meglio circoscrivere) l'area dell'opportunità della scelta discrezionale che ha sempre rivestito un ruolo decisivo nel limitare l'intensità del sindacato giurisdizionale.

La ricostruzione proposta riprende, peraltro, una intuizione già presente nella dottrina e troppo velocemente messa da parte ossia che la scelta discrezionale sia volta a risolvere un problema di massimizzazione della (cura) di un interesse pubblico. È sufficiente al riguardo ricordare le considerazioni svolte da M.S. Giannini che in relazione a questo profilo notava come in "un mondo immaginario, in cui ogni interesse pubblico esistesse solitario, la scelta dell'autorità dovrebbe corrispondere alla soluzione che comporta la massimizzazione di quell'interesse"⁴⁰. Il riferimento al mondo immaginario portava ad escludere decisamente che la discrezionalità potesse risolversi in un problema di massimizzazione proprio in ragione del fatto che nella realtà "un interesse pubblico non esiste mai solitario ma sta insieme ad altri interessi, pubblici collettivi e privati"⁴¹.

Ebbene la ragione ostativa alla ricostruzione della discrezionalità come scelta di massimizzazione dell'interesse pubblico può senz'altro essere superata perché, come si è tentato di dimostrare, un problema di massimizzazione della cura di un interesse (e di scelta razionale finalizzata a ciò) si pone (e può ben essere risolto) dentro uno schema che dia rilevanza al problema dell'interdipendenza tra gli interessi.

Giunti a questo punto, è necessario esaminare le conseguenze che possono derivare dalla ricostruzione che si è delineata. In primo luogo essa consente di porre le basi per una teoria della discrezionalità che appare maggiormente comprensiva del fenomeno, perché, come è evidente, ricomprende in sé, grazie al riferimento all'ottimalità sociale, anche la questione della proporzionalità della decisione. In secondo luogo ridimensiona la necessità di ricorrere alla ragionevolezza come parametro per l'esercizio del potere discrezionale e dunque di utilizzare un principio che, a prescindere dalle difficoltà di pervenire ad una chiara ed univoca individuazione del suo significato e della sua portata, conduce ad esaltare quel profilo dell'opportunità della scelta discrezionale che costituisce il naturale terreno d'elezione del merito amministrativo e della sua insindacabilità. In terzo luogo proprio il menzionato ridimensionamento può aprire la strada ad un controllo giurisdizionale più penetrante della decisione discrezionale. Quest'ultima, infatti, ricondotta saldamente nell'ambito della teoria della scelta razionale, si palesa come una decisione in cui tutti gli elementi del processo decisionale della p.a. possono tendenzialmente essere oggetto di sindacato pieno. Riprendendo quanto si è detto in precedenza sui passaggi di questo processo è evidente come l'acquisizione degli interessi, l'accertamento e la qualificazione dei fatti, l'individuazione degli interessi secondari presenti nei fatti, l'attribuzione di un peso ai

⁴⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 480.

⁴¹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 480.

suddetti interessi coerente con la consistenza reale, con la loro rilevanza giuridica derivante dalla qualificazione normativa dei medesimi e con le indicazioni derivanti dall'indirizzo politico-amministrativo, si da definire un ordine gerarchico, l'elaborazione delle alternative decisionale che sono tutte adeguate rispetto alla cura dell'interesse pubblico primario, anch'esse ordinate gerarchicamente sulla base della regola del maggiore o minore sacrificio degli interessi secondari, la scelta della decisione coerente con gli esiti scaturiti dalle operazioni suddette, sono tutte attività rispetto alle quali non si intravedono seri ostacoli ad un sindacato tendenzialmente pieno dal giudice amministrativo. Detto in altri termini, la riconduzione della decisione discrezionale nell'ambito della teoria della scelta razionale consegna al giudice non un principio da assumere come parametro per il sindacato di legittimità/illegittimità del provvedimento, ma un qualcosa che molto assomiglia ad una regola ovvero ad una sorta di fattispecie astratta entro cui sussumere la fattispecie concreta.

6. *Teoria della scelta razionale, discrezionalità amministrativa e decisione amministrativa robotica: quali prospettive?*

La riconsiderazione della nozione di discrezionalità può contribuire anche al proficuo sviluppo di quella linea di ricerca, sempre più presente anche nell'ambito della riflessione giuridica, volta ad applicare la cosiddetta intelligenza artificiale (AI) alle decisioni amministrative⁴². Si tratta di un campo di ricerca ancora

⁴² Tra i contributi più recenti sul tema cfr. G. PESCE, *Funzione amministrativa, intelligenza artificiale e blockchain*, Napoli, 2021; N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi (sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche")*, in *Dir. amm.*, 2021, 813 ss.; D. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3, 2021, 431 ss.; FORTE, *Diritto amministrativo e data science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in *PA persona e amministrazione Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, 2021, 247 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, 3025 ss.; G. SORRENTINO, *Funzione amministrativa, Costituzione e algoritmi. Divagazioni minime*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Socca*, Napoli, 2020, vol. V, 4790; D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Socca*, cit., vol. III, 2265 ss.; E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 302; D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità*, in *European Review of Digital Administration & Law*, Vol. 1, Issue 1-2, June-December, 2020, 37 ss. R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 773 ss.; G.F. ITALIANO, *Le sfide interdisciplinari dell'intelligenza artificiale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, Fasc. 1, 2019, 9 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 5 ss.; N. IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, il Mulino, 2017, 17 ss.; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., 63 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., 165 ss.

in divenire. Se la dottrina sino ad oggi ha già messo a fuoco ed in parte risolto i problemi della cosiddetta decisione amministrativa robotica ossia di quella che scaturisce dall'esercizio del potere vincolato, grazie anche agli orientamenti della giurisprudenza amministrativa⁴³, molte sono le questioni che attendono di essere affrontate in relazione all'applicazione dell'AI anche alla decisione che scaturisce dall'esercizio del potere discrezionale⁴⁴.

Non è naturalmente possibile, nell'economia del presente lavoro, esaminare in profondità questa tematica. In proposito, e nella consapevolezza che il concetto di AI sia difficile da definire con precisione⁴⁵ stante l'incertezza che regna sulla

⁴³ In proposito si può rinviare all'analisi svolta da A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1149 ss.

⁴⁴ Su questa tematica cfr. N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione*, cit. il quale bene illustra la problematicità della questione ed i dubbi che essa suscita: "Se è ancor valida – e a mio avviso lo è – l'idea che l'attività conoscitiva è strumentale alla razionalizzazione dell'azione amministrativa, bisogna altresì tenere conto dello sviluppo scientifico di tale premessa: ossia che l'attività conoscitiva precedente la decisione si concreta nella acquisizione di fatti felicemente distinti in "significativi" e "probatori", la cui doverosità di selezione esclude che l'amministrazione possa predeterminare quali fatti giudicherà rilevanti in vista della concretizzazione e realizzazione dell'interesse pubblico specifico; e ciò perché la significanza o valore indiziario dei fatti sono fissati dalle norme attributive del potere. Il principio della programmazione delle capacità predittive nelle decisioni algoritmiche "complesse" (machine e deep learning) vacilla, quindi, a fronte di un valore che non è programmabile o prevedibile ex ante, neppure attraverso un numero indefinito di casi, desunti dall'esperienza, da tradurre in dati. Si è scritto che l'amministrazione dovrebbe mediare e comporre gli interessi ex ante, e poi aggiornare ed adeguare l'algoritmo, e il giudice dovrebbe valutare correttezza e legittimità dell'agire del processo automatizzato. Tuttavia, non è facile comprendere come si possano mediare interessi ex ante: il processo ponderativo si conclude nella fase decisionale e non può quindi risolversi nel momento della fase di programmazione, altrimenti si incorrerebbe nella contraddizione che nol consente, ossia quella di premettere che il machine learning, con la propria capacità di autoadeguarsi ed apprendere da sé stesso" (p.11 ss.).

⁴⁵ In proposito si è affermato nella letteratura specialistica che "la novità più rilevante che scaturisce dall'utilizzo dei nuovi sistemi di automazione intelligente è rappresentata dalla possibilità per l'uomo di delegare alle macchine non più soltanto lo svolgimento autonomi di funzioni che, per quanto complesse, non presentano margini di imprevedibilità nell'esecuzione ... ma anche e soprattutto di svolgere funzioni che richiedono capacità predittive in contesti di incertezza attraverso una lettura autonoma dei dati di contesto" (cfr. S. MANZOCCHI, L. ROMANO, *Io, robot? L'intelligenza artificiale ai tempi della quarta rivoluzione industriale*, in Severino (a cura di), *Intelligenza artificiale. Politica, economia, diritto, tecnologia*, Roma, 2022, 32). Come è evidente, l'elemento qualificante della AI è da individuare nella capacità della macchina di interagire con l'ambiente esterno acquisendo informazioni che vengono autonomamente rielaborate dalla stessa al fine di produrre l'*output* a prescindere da ogni elemento di programmazione previamente dato (è il cosiddetto fenomeno della *learning machine*). Da questo punto di vista è facile comprendere la differenza tra i robot del passato e quelli attuali: i primi operavano su una base logico-deduttiva (secondo lo schema se x allora y), mentre i secondi operano su una base statistica (y è correlato ad x) ovvero su una base logico-induttiva di tipo probabilistico (in presenza di date informazioni su y allora è probabile che x). Una volta scoperta la possibilità di costruire macchine intelligenti, che interagiscono con il contesto e sono in grado di prendere decisioni anche sulla base delle

stessa definizione di intelligenza⁴⁶, si può però ricordare come l'elaborazione di una teoria della decisione robotica da parte degli studiosi che di tale problema si occupano (ossia in particolare i matematici, gli informatici e gli ingegneri) risulti sufficientemente chiarita nei suoi termini essenziali⁴⁷. Affinché una tale decisione possa aversi è necessario che essa, fermo restando le informazioni di fatto disponibili e i vincoli che devono essere rispettati (che possono attenersi sia al rispetto di regole, per così dire, di natura sia al rispetto di regole giuridiche), soddisfi l'obiettivo perseguito⁴⁸.

Un passaggio ineliminabile della decisione robotica è costituito dunque dall'introduzione nel relativo processo decisionale della cosiddetta funzione obiettivo o funzione di utilità del decisore grazie alla quale verificare le conseguenze delle decisioni possibili e scegliere quella che meglio soddisfa l'obiettivo.

informazioni acquisite e rielaborate dalle stesse, la ricerca sulla AI si è divisa in due autonomi campi d'indagine: da un lato vi è l'AI che si può denominare "riproduttiva", che è oggetto di studio da parte della scienza informatica ed ingegneristica, e dall'altro vi è l'AI "produttiva", che è studiata soprattutto nell'ambito delle neuroscienze: la prima "cerca di ottenere con mezzi non biologici l'«esito»... del nostro comportamento intelligente, cioè risolvere problemi o svolgere compiti con successo in vista di un fine" mentre la seconda "cerca di ottenere l'equivalente non biologico della nostra intelligenza" (in questo senso L. FLORIDI, *L'intelligenza artificiale come nuova forma di agire e i suoi problemi etici*, in L. FLORIDI, F. CABITZA, *Intelligenza artificiale. L'uso delle nuove macchine. Martini Lectures*, Firenze, Milano, 2021). E se alcuni autori si dicono scettici sulla possibilità di ottenere risultati nell'ambito della AI "produttiva", secondo altri sarà possibile in un futuro non molto lontano vedere all'opera macchine con una intelligenza non umana che superano di gran lunga l'intelligenza umana. Per la prima posizione cfr. L. FLORIDI, *L'intelligenza artificiale*, cit., 143-144, secondo cui "l'AI «produttiva», come branca della «scienza cognitiva» interessata alla produzione di intelligenza umana (o magari anche superiore), è un fallimento completo ... e non abbiamo davvero la minima idea di come migliorare la situazione, non fosse altro perché sappiamo veramente pochissimo della stessa intelligenza umana". Secondo altri il traguardo sarebbe alla portata dell'uomo e non così lontano: "molti scienziati ... sono sicuramente d'accordo sul fatto che non c'è niente nella natura del cervello umano che renda impossibile la realizzazione di una IA. I cervelli, in fin dei conti, sono macchine biologiche che seguono le leggi di base della fisica: pertanto possono essere analizzati e modellizzati in ogni loro aspetto. Del resto se un processo cieco come l'evoluzione è stato capace di produrre l'intelligenza umana, lo stesso processo, adeguatamente ottimizzato grazie alla scienza, potrà farlo nuovamente e in modo più rapido. In questa prospettiva la IA diventa un problema fondamentalmente tecnologico dove la questione rilevante non è il se, bensì il come e, in misura minore, il quando" (cfr. S. PARRA, M. TORRENS, *Intelligenza artificiale. La strada verso la superintelligenza*, in *Le frontiere della scienza National Geographic*, n. 2, 2018, 21).

⁴⁶ Cfr. S. LEGG, M. HUTTER, *A Collection of Definitions of Intelligence*, in B. GOERTZEL, WANG (eds.), *Advances in Artificial General Intelligence. Concepts, Architecture and Algorithms*, 17-24, (pubblicazione edita on line), che elencano 53 definizioni scientifiche di intelligenza e 18 definizioni di AI.

⁴⁷ Cfr. in proposito A. CARCATERRA, *Machinae autonome e decisione robotica*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, cit., 33 ss. ed in particolare 50 ss. dove l'autore affronta in via diretta il tema della decisione giuridica e di quella robotica delineando parallelismi "che possono suggerire spunti di riflessione sull'estensione del metodo di decisione robotico in campo giuridico" ed elaborando una proposta "per prendere decisioni secondo una metrica del valore" (cfr. 50).

⁴⁸ A. CARCATERRA, *Machinae autonome*, cit., 45.

E, sebbene l'introduzione della funzione obiettivo o di utilità avviene attraverso una valutazione quantitativa delle conseguenze delle scelte, è possibile però, come è stato di recente sottolineato, "rendere più elastico il concetto di funzione di utilità ... evitando di ordinare le scelte secondo un valore puramente numerico" sicché "ci possono essere casi in cui le decisioni si muovono su un terreno diverso, per cui anziché associare un numero ad ogni conseguenza, possiamo ordinare le conseguenze secondo un criterio di comparazione di preferenza, ossia specificando quali delle alternative preferiamo senza stilare una graduatoria assoluta, ma una graduatoria relativa e condizionale"⁴⁹.

Senza andare oltre in un discorso che meriterebbe un approfondimento specifico, è però evidente come da quanto detto emerga a sufficienza un fatto: la ricostruzione dell'esercizio della discrezionalità della p.a. nei termini di una decisione che rientra nell'ambito della teoria della scelta razionale apre nuovi scenari alla riflessione sulla possibilità di una decisione amministrativa robotica discrezionale che sarebbero senz'altro preclusi o resi più difficili ove, anziché di razionalità della decisione, si continuasse ad utilizzare unicamente il concetto di ragionevolezza.

A conferma di ciò è sufficiente seguire la riflessione svolta dall'autore il cui pensiero è stato appena citato. Dopo avere premesso che qualunque decisione robotica può essere così scomposta "la decisione S è azione collocata nel presente, si basa sull'esame dei dati passati, su una ipotesi di sviluppo degli scenari futuri, sul rispetto dei vincoli/regole ed è finalizzata alla massimizzazione della funzione di utilità U"⁵⁰ e che dunque "la funzione obiettivo U dipende dal presente attraverso S, dal passato P, dal futuro F e dalle regole R" da cui consegue "sinteticamente: $U(S,P,F,R)$ "⁵¹, viene precisato che il problema della decisione giuridica robotica è quello di stabilire l'analogo giuridico degli elementi P,F,R e U.

Ebbene è evidente come ciascuno di questi elementi sia presente nella decisione discrezionale della p.a. se ricostruita come una decisione razionale sul modello della teoria della scelta razionale. Ed infatti, fermo restando la decisione S da assumere (ossia il provvedimento amministrativo) finalizzata alla massimizzazione della cura dell'interesse pubblico (ossia la funzione obiettivo U), è evidente come tale decisione si basi sull'esame dei dati P, su una ipotesi di sviluppo degli scenari futuri F (ossia l'elaborazione delle alternative decisionali) e sul rispetto dei vincoli normativi R. Come è evidente per lo meno dal punto di vista strutturale esistono importanti analogie tra la decisione robotica e la decisione amministrativa ricostruita che possono essere proficuamente esplorate così da aprire una nuova strada all'esercizio efficace della funzione amministrativa.

⁴⁹ A. CARCATERRA, *Machinae autonome*, cit., 46.

⁵⁰ A. CARCATERRA, *Machinae autonome*, cit., 48

⁵¹ A. CARCATERRA, *Machinae autonome*, cit., 50

Abstract

Il saggio vuole analizzare se la teoria della scelta razionale elaborata dalla scienza economica possa essere utilizzata proficuamente nella ricostruzione della decisione discrezionale della pubblica amministrazione. L'ostacolo maggiore al proficuo utilizzo di tale teoria risiede nella stessa definizione di discrezionalità amministrativa quale elaborata dalla scienza giuridica. Muovendo da questa premessa il saggio, dopo avere esaminato le diverse concezioni della razionalità, ricostruisce l'esercizio della discrezionalità della p.a. nei termini di una decisione che rientra a pieno titolo nell'ambito della scelta razionale. Tale ricostruzione apre nuovi scenari alla riflessione sulla possibilità di una decisione amministrativa robotica discrezionale che sarebbero senz'altro preclusi o resi più difficili ove, anziché di razionalità della decisione, si continuasse ad utilizzare il concetto di ragionevolezza.

The essay analyzes whether the theory of rational choice developed by economic science can be used profitably in the reconstruction of the discretionary decision of the public administration. The major obstacle to the fruitful use of this theory lies in the same definition of administrative discretion offered in legal studies. Starting from this premise, the essay, after examining the different conceptions of rationality, reconstructs the exercise of the discretion of the public administration in terms of a decision that is fully part of the rational choice. This reconstruction opens new scenarios for reflection on the possibility of a discretionary robotic administrative decision that would certainly be precluded or made more difficult if, instead of rationality of the decision, the concept of reasonableness continued to be used.

L'arbitrato in materia di contratti pubblici e PNRR: l'ordinamento al bivio tra diffidenza e valorizzazione delle sue potenzialità deflattive del contenzioso*

di Annalaura Giannelli e Paolo Provenzano

SOMMARIO: 1. L'arbitrato in materia di contratti pubblici: cenni sull'evoluzione storica di un istituto "virtuale". – 2. L'arbitrato nel vigente codice dei contratti pubblici. Ambito di applicazione, facoltatività e necessità della previa autorizzazione dell'organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice. – 3. Il Collegio arbitrale: requisiti dei componenti e modalità di designazione degli stessi. – 4. Il carattere amministrato dell'arbitrato disciplinato dal Codice del 2016. Spunti critici sulla disciplina del procedimento arbitrale. – 5. Problemi di "regolamentazione dei confini" con il "limitrofo" istituto del Collegio consultivo tecnico. – 6. Conclusioni. Riflessioni de jure condendo, anche sulla scorta del rilancio delle Adr prefigurato dal Piano nazionale di ripresa e resilienza.

1. *L'arbitrato in materia di contratti pubblici: cenni sull'evoluzione storica di un istituto "virtuale"*

Com'è si è autorevolmente osservato, l'arbitrato in materia di contratti pubblici è stato «volta a volta oggetto di esaltazione romantica e di teologica ripulsa»¹.

Nel corso della sua ultracentocinquennale storia² si è, infatti, assistito al succedersi di periodi in cui il ricorso a tale istituto era "obbligatorio" ad altri in cui lo stesso era "vietato"³.

Tali continui e repentini⁴ mutamenti d'impostazione⁵, che hanno indub-

* Il lavoro, che è destinato agli *Scritti in onore di Maria Immordino*, in corso di pubblicazione, è frutto della comune riflessione degli autori. Tuttavia, i parr. 1, 2 e 6 sono stati redatti da Provenzano e i parr. 3, 4 e 5 da A. Giannelli.

¹ Così S. SATTÀ, *Commentario al Codice di procedura civile*, Milano, 1971, 162.

² La primigenia disciplina sull'arbitrato in materia di contratti pubblici si rinviene nell'art. 349 dell'allegato F alla legge n. 2248/1865.

³ Sul punto cfr. G. MANFREDI, *Le stagioni dell'arbitrato: dall'obbligo al divieto*, in *Urb. e App.*, 2008, 275 ss.

⁴ Con riferimento all'arbitrato in materia di contratti pubblici, si è osservato in dottrina che si tratta di istituto che «non trova pace» (così E. FOLLIERI, *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005*, in *Urb. App.*, 2006, 258), perché vittima di un atteggiamento, quello del legislatore, «tanto oscillante da poter essere definito schizofrenico» (così F.G. SCOCA, *L'arbitrato nelle controversie con la pubblica amministrazione: prospettive*, in *Arbitrato e impresa*, cura di A. CASTAGNOLA, L. FUMAGALLI, R. SACCHI, L. SALVANESCHI, M. SICA, Milano, 2019, 167). Sul punto cfr. A. MASSERA, *Adr, arbitrato e pubblica amministrazione, tra diritto comune e diritto amministrativo*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2021, vol. IV, 3156 ss.

⁵ Per una più approfondita disamina dell'evoluzione storica dell'istituto in parola, sia consentito di rinviare a A. GIANNELLI, PROVENZANO, E.C. RAFFIOTTA, *L'arbitrato in materia di contratti pubblici*, a cura di L. SALVANESCHI, A. GRAZIOSI, *L'arbitrato*, Milano, 2020, 689 ss.

biamente contribuito a ingenerare quella stabile instabilità che contraddistingue ancora oggi l'istituto in parola, sono stati in estrema sintesi determinati, da un lato (l'obbligo), dalla ingenerosa sfiducia nei confronti della giurisdizione ordinaria, ritenuta inidonea a dirimere controversie dall'alta complessità tecnica quali quelle in materia di esecuzione di contratti pubblici⁶; d'altro lato (il divieto), dal timore, francamente eccessivo, che l'arbitrato, in quanto tale, potesse incentivare episodi di malaffare.

A tale ultima preoccupazione, che non a caso ha iniziato a prendere piede negli anni bui di "tangentopoli"⁷, si devono, in particolare, tutti quei tratti di specialità dell'arbitrato in materia di contratti pubblici, alcuni dei quali "figli" della c.d. legge anticorruzione (l. n. 190/2012)⁸, che sono stati, anche nell'attuale stagione in cui il ricorso a tale strumento è facoltativo, via via introdotti nella relativa disciplina.

Detti tratti di specialità, di cui si passa partitamente a trattare, hanno indubbiamente contribuito a depotenziare l'istituto in questione rendendolo, all'atto pratico, un istituto "virtuale".

Il che è dimostrato, con la forza dei numeri, dalla significativa circostanza che nell'ultimo triennio sono state introdotte, complessivamente, appena quarantatré controversie devolute alla Camera arbitrale istituita presso l'ANAC⁹. Numero che è all'evidenza irrisorio se si considera che di prassi l'esecuzione degli appalti è foriera di contenzioso, che oggi inevitabilmente finisce per ingolfare i ruoli dei giudici ordinari.

2. *L'arbitrato nel vigente codice dei contratti pubblici. Ambito di applicazione, facoltatività e necessità della previa autorizzazione dell'organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice*

L'attuale disciplina sull'arbitrato in materia di contratti pubblici è dettata, com'è noto, dagli articoli 209 e 210 del d.lgs. n. 50/2016. I quali, sia pur con talune importanti novità, ricalcano sostanzialmente l'assetto definito dalla c.d. Legge Merloni-ter (l. n. 415/1998).

Assetto, quest'ultimo, che è stato poi riproposto negli articoli 241, 242 e 243

⁶ Così M. DELSIGNORE, *La transazione e l'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. dell'arb.*, 2019, 361 ss., § 3, ove si legge «la dottrina ha indicato, a motivo della generalizzata previsione dell'arbitrato, la volontà del legislatore di sottrarre alla cognizione, allora del giudice ordinario, i corposi interessi pubblici coinvolti dalle controversie sulle opere pubbliche per affidarli ad arbitri, giudici più sicuri sia per provenienza sia per competenza tecnica».

⁷ Si veda al riguardo V. DOMENICHELLI, *Arbitrato nei lavori pubblici*, in *Arbitrato e impresa*, cit., 248.

⁸ Per un commento alle novità introdotte dalla legge anticorruzione si rinvia a E. ODORISIO, *Arbitrato, decreto crescita e legge anticorruzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 937.

⁹ Segnatamente quindici controversie sono state introdotte nel 2021, tredici nel 2020 e undici nel 2019 (i dati sono tratti dal sito internet della Camera Arbitrale: www.anticorruzione.it/arbitrati).

del Codice dei contratti pubblici del 2006 (d.lgs. n. 163/2006)¹⁰, che, per la prima volta, hanno ampliato il perimetro di applicazione della disciplina sull'arbitrato, fino a quel momento circoscritto ai soli appalti di lavori, anche alle controversie derivanti dall'esecuzione di appalti di servizi e forniture, oltre che a quelle scaturenti da concorsi di progettazione e di idee e dal mancato raggiungimento dell'accordo bonario.

Anche nella disciplina vigente, infatti, l'arbitrato in materia di contratti pubblici è un arbitrato "amministrato", «facoltativo nell'*an*, ma obbligatorio nel *quomodo*»¹¹.

Si tratta, anzitutto, di arbitrato facoltativo nell'*an*, sia perché consente alle stazioni appaltanti di decidere se inserire o meno la clausola compromissoria nella disciplina di gara, sia (e non potrebbe essere diversamente) perché consente all'aggiudicatario di "ricusare" la clausola compromissoria¹², comunicando tale volontà alla stazione appaltante «entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione»¹³.

Si tratta di arbitrato obbligatorio nel *quomodo* perché, come si è anticipato, è assoggettato ad una puntuale, specifica e -a parere di chi scrive- inutilmente pervasiva disciplina, che non può essere in alcun modo derogata dalla volontà parti, cui peraltro non compete – e si tratta di una novità introdotta nel 2016 – nemmeno la nomina del Collegio arbitrale, che compete nella sua interezza – lo si vedrà – alla Camera arbitrale, che determina altresì il compenso spettante agli arbitri.

¹⁰ Com'è stato osservato in dottrina, «l'arbitrato che esce dalle norme del codice [del 2006] è una fotografia – lievemente ritoccata – dell'arbitrato che si era presentato alla fine dell'esperienza "merloniana"» (così M. CORSINI, *L'arbitrato*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Milano, 2008, 3803).

Con riferimento alla disciplina sull'arbitrato contenuta nel Codice degli appalti del 2006 si rinvia a: M. GOLA, *Articolo 241, Arbitrato*, in *Codice dei contratti pubblici, Le nuove leggi amministrative*, Milano, 2007, 2085; S.S. SCOCA, *Art. 241-243*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. PERFETTI, Milanofiori, 2013, 2407 ss.; G. TROPEA, *Contenzioso in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (artt. 241, 242, 243, D.lgs. 12.4.2006, n. 163)*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, Torino, 2007, 1901 ss.; M. DELSIGNORE, *La transazione e l'arbitrato nel codice dei contratti pubblici*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMINICHELLI, G. SALA, Padova, 2014, 2041 ss.

¹¹ A. PAJNO, *Arbitrato. II) Arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Enc. giur.*, 2005, 10.

¹² In dottrina non si è escluso che l'aggiudicatario possa eventualmente «apportare modifiche o contrattare il contenuto del patto compromissorio» (così M. CORSINI, *L'arbitrato*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, V. MILANO, 2019, 484). Si tratta, tuttavia, di impostazione che non pare condivisibile atteso che la norma in questione si limita a riconoscere la facoltà di ricusare la clausola compromissoria, con il che consentendo esclusivamente di accettare o meno quanto a tal riguardo definito dalla Stazione appaltante. Peraltro, il margine di modifica del contenuto del patto compromissorio appare assai esiguo, data la pervasività della disciplina di cui si discorre.

¹³ Così l'art. 209, d.lgs. n. 50/2016.

Per tale saliente ragione, com'è stato puntualmente osservato, nell'attuale contesto normativo l'arbitrato in materia di contratti pubblici si presenta come un arbitrato «ancor più “amministrato”»¹⁴ rispetto al passato, la cui disciplina risulta essere lontana da quella dell'arbitrato nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo di cui all'art. 12 del codice del processo amministrativo¹⁵. Il quale si limita, *sic et simpliciter*, a stabilire che le controversie nei confronti dell'amministrazione devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo «possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile».

Entrando nel merito della disciplina in questione, occorre sottolineare che il primo tratto di specialità della stessa consiste nel fatto che è radicalmente precluso alle parti di accordarsi, una volta insorta la controversia, sul deferimento ad arbitri¹⁶.

L'art. 209 vieta, infatti, categoricamente la possibilità di addivenire, nel corso dell'esecuzione del contratto, ad un «compromesso», imponendo così che la scelta di ricorrere o meno all'arbitrato venga presa, una volta e per sempre, ancor prima della individuazione del contraente.

Tale scelta, come si è anticipato, spetta in prima battuta alla stazione appaltante. La quale -lo si ripete- ha la facoltà di indicare, «nel bando o nell'avviso con cui indice la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria»¹⁷.

La stazione appaltante non può tuttavia procedere in modo estemporaneo all'inserimento di detta clausola negli atti con cui indice la procedura di affidamento. Può farlo, infatti, solamente se è stata assunta al riguardo specifica «autorizzazione motivata dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice»¹⁸.

In altri termini, affinché la clausola compromissoria possa ritenersi valida è

¹⁴ Sul punto cfr. V. DOMENICHELLI, *Arbitrato nei lavori pubblici*, cit., 248 ss.

¹⁵ Con riferimento all'arbitrato in materia di giurisdizione esclusiva la letteratura è vastissima. Si vedano, in particolare, M. LIPARI, *Arbitrato e la giurisdizione amministrativa: certezze acquisite e questioni aperte*, in *Arbitrato e impresa*, cit., 185 ss.; M. DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitri nel diritto amministrativo*, Milano, 2007; F. GOISIS, *Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 243 ss.; F. GOISIS, *Compromettibilità in arbitrato irrattuale delle controversie di cui sia parte la pubblica amministrazione e art. 6 della l. n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 249 ss.; M. ANTONIOLI, *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, Milano, 2004; A. ROMANO TASSONE, *L'arbitrato*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di B. SASSANI-R. VILLATA, Torino, 2004, 525 ss.; M. VACCARELLA, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2004; A. ZITO, *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la l. n. 205 del 2000: problemi e prospettive*, in *Dir. amm.*, 2001, 343 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. dell'arb.*, 2000, 249 ss.; S. CASSESE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 311 ss.

¹⁶ Si veda sul punto Trib. Benevento, Sez. II, 31 maggio 2019.

¹⁷ Così Art. 209 d.Lgs. n. 50/2016.

¹⁸ *Ibidem*.

necessario che la stessa sia preceduta da apposita «determinazione ad arbitrare»¹⁹. Si tratta di adempimento²⁰, previsto a pena di nullità della clausola compromissoria, che è stato introdotto *ex novo* dalla legge anticorruzione e che si ritiene non possa essere equiparato a una autorizzazione implicita²¹.

La «determinazione ad arbitrare» deve, infatti, consistere necessariamente in un provvedimento espresso in cui venga dato atto della «ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze del caso concreto»²². Ponderata valutazione che francamente non è dato capire come possa essere effettuata in una fase addirittura antecedente alla indizione della procedura di affidamento.

Ne deriva che l'autorizzazione motivata, proprio per l'imposizione della sua prematura adozione, non possa che contenere una motivazione aprioristica e stereotipata, che rende, in fin dei conti, l'adempimento in parola un'inutile e irra-

¹⁹ Tale locuzione è mutuata da A. SANDULLI, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2013, 211.

²⁰ Occorre sottolineare che con riferimento a tale obbligo, originariamente previsto dal comma 19 dell'art. 1 della l. n. 190/2012 e poi riprodotto dall'art. 209, co. 3, del d.lgs. n. 50/2016, si è formata specifica giurisprudenza costituzionale. La legittimità costituzionale dell'obbligo in parola, infatti, era stata revocata in dubbio sotto molteplici profili. Tra questi la violazione del principio di parità delle parti, che sarebbe stato sconfessato dal riconoscimento alla A. «di un vero e proprio diritto potestativo all'instaurazione del giudizio arbitrale (...) sbilanciando il rapporto in favore della parte pubblica». Da qui la paventata violazione degli «artt. 3, 24 e 111 Cost., per ingiustificata disparità di trattamento normativo fra gli arbitrati in materia di contratti pubblici e quelli disciplinati dal codice di rito civile, essendo, solo per i primi, l'accesso alla giurisdizione subordinato all'autorizzazione motivata della pubblica amministrazione a pena di nullità del lodo, mentre nei secondi il rifiuto di una delle parti di aderire all'arbitrato (o il suo mero silenzio) consente all'altra di ricorrere al tribunale per la nomina dell'arbitro non designato, non senza considerare che la nullità del lodo, negli arbitrati del primo tipo, potrebbe derivare anche da un vizio del provvedimento di autorizzazione, con ulteriore violazione degli artt. 3 e 111 Cost?». La Corte ha ritenuto manifestamente infondate le predette questioni di incostituzionalità, rilevando che la regola della necessaria autorizzazione «si inserisce in una fase che precede l'instaurazione del giudizio (...) e non determina pertanto alcuno squilibrio di facoltà processuali a favore della parte pubblica». La Consulta ha, altresì, escluso che sussista una ingiustificata e irrazionale disparità di trattamento normativo fra arbitrati in materia di contratti pubblici e arbitrati di diritto comune, giacché la fissazione di specifici limiti all'arbitrato in materia di contratti pubblici rientrerebbe nella piena discrezionalità del legislatore (Corte cost., ord. 20 marzo 2019, n. 58). Il Giudice della Legge ha, infine, giudicato conforme a Costituzione il fatto che in assenza di autorizzazione si debbano ritenere «inefficaci» e quindi «non più operanti» anche tutte le clausole compromissorie contenute in contratti stipulati antecedentemente all'avvento della legge stessa, ritenendo che tale previsione, lungi dal comportare un'applicazione retroattiva della legge che ha introdotto siffatto adempimento, risulti invece coerente con il principio generale secondo cui «una norma limitativa dell'autonomia contrattuale che sopravvenga nel corso di esecuzione di un rapporto, incide sul rapporto medesimo, non consentendo la produzione di ulteriori effetti» (Corte cost. 9 giugno 2015, n. 108).

Con riferimento a tali temi, si veda F. DI CRISTINA, *Le sorti dell'arbitrato nei contratti pubblici*, in *Giornale Dir. amm.*, 2016, 239 ss.

²¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 marzo 2019, n. 1495.

²² *Ibidem*.

gionevole limitazione all'introduzione delle clausole compromissorie. Ed occorre sottolineare – a dirla tutta – che nemmeno si comprende in che modo tale autorizzazione motivata possa acquisire rilevanza in un'ottica di contrasto alla corruzione, che pare sempre ed in ogni caso assicurata dalla natura “super-amministrata” dell'arbitrato in parola.

Per quanto detto pare dunque che l'autorizzazione motivata ad altro non serva che a «sterilizzare»²³ ulteriormente il ricorso all'arbitrato.

3. *Il Collegio arbitrale: requisiti dei componenti e modalità di designazione degli stessi*

Il modello di arbitrato delineato dal vigente codice dei contratti pubblici mostra ulteriori criticità sul fronte delle modalità di scelta e designazione degli arbitri. È, infatti, riguardo a tali profili che emergono numerosi dubbi in tema di rispetto della volontarietà dell'arbitrato, attributo indispensabile per escludere che il Collegio arbitrale possa considerarsi alla stregua di un organo di giurisdizione speciale, in quanto tale costituzionalmente illegittimo.

In termini generali, la disciplina vigente si caratterizza per un notevole ridimensionamento del ruolo delle parti nelle scelte che incidono sulla composizione del Collegio. Ciò emerge, in particolare, con riguardo alla titolarità del potere di nomina del Presidente e con riferimento al procedimento per la designazione degli ulteriori membri del Collegio.

Per quanto concerne la nomina del Presidente il Codice del 2016 opta per il “ritorno all'antico”, riconsegnando tale potere alla Camera arbitrale. Tale soluzione, già sperimentata dal d.P.R. n. 554/1999²⁴, era stata dichiarata illegittima dal Consiglio di Stato²⁵, anche – ma non esclusivamente²⁶ – in ragione della riscontrata violazione del principio costituzionale di divieto di giurisdizione speciale: la compressione della libertà delle parti nella scelta degli arbitri avrebbe, in altre parole, contraddetto la natura volontaria dell'arbitrato, da intendersi come risvolto naturale e inevitabile dei principi costituzionali in tema di diritto al giudice naturale. Il Consiglio di Stato, peraltro, non aveva ommesso di rilevare come i predetti profili di illegittimità risultassero tanto più evidenti in quanto il potere di nomina del terzo arbitro era rimesso, dal regolamento del 1999, non ad

²³ A. SANDULLI, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, cit., 205.

²⁴ Art. 150, comma 3.

²⁵ Cons. Stato., Sez. IV, 17 ottobre 2003, n. 6335. In dottrina si veda G. TROPEA, *Contenzioso in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (artt. 241, 242, 243, D.lgs. 12.4.2006, n. 163)*, cit., 1921.

²⁶ Il primo, forse ad oggi meno interessante, concerneva l'assenza di fondamento legislativo della previsione formulata in sede regolamentare: l'art. 32, comma 3, della l.n. 109/1994 (cd. legge Merloni) non attribuiva, infatti, espressamente al Governo la potestà di incidere sulla natura pienamente volontaria dell'arbitrato, anche sotto il profilo della scelta degli arbitri.

un organo giurisdizionale, bensì ad un organo ausiliario di un ente pubblico (la Camera arbitrale, quale organo ausiliario dell'AVCP), il quale, sebbene connotato da peculiari tratti di indipendenza e autonomia, era pur sempre da iscriversi nel panorama delle pubbliche amministrazioni²⁷, che figurano come parti negli arbitrati di cui si tratta. Il tutto, evidentemente, a discapito del principio di terzietà del giudice²⁸.

Le criticità riscontrate dal Consiglio di Stato avevano indotto il legislatore ad una “marcia indietro”: il Codice dei contratti pubblici del 2006²⁹ rimetteva, infatti, la scelta del Presidente alle parti, limitando il potere di nomina della Camera al solo caso di mancato accordo delle parti³⁰. Come si è anticipato lo scenario è ulteriormente mutato con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 il quale ha senza dubbio compiuto una scelta di retroguardia³¹: per l'appunto quella di restituire alla Camera arbitrale, istituita presso l'ANAC³², il potere generale

²⁷ Non concorda con questa lettura I. LOMBARDINI, *Cause di incompatibilità speciali, indipendenza e imparzialità degli arbitri nell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici (anche alla luce di una recente sentenza della Corte costituzionale)*, in *Riv. dell'Arb.*, 2018, 127, la quale, occupandosi dell'art. 209 del vigente Codice dei contratti pubblici ritiene che il ruolo della Camera nella designazione e nomina del Presidente non susciti dubbi sul fronte dell'imparzialità in ragione della natura di autorità indipendente di ANAC, per come essa è stata puntualmente riscontrata dal Consiglio di Stato in sede di parere sull'art. 211 del Codice dei contratti pubblici, relativo ai pareri di precontenzioso (Cons. Stato, Comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920). Di diverso avviso F. TIZI, *La costituzione del tribunale arbitrale nel recente Codice dei Contratti pubblici*, ivi, 2016, 379.

²⁸ Su questo profilo, cfr. A. BRIGUGLIO, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2003, §§5 e 6, il quale ritiene che la norma del regolamento del 1999, sul punto identica a quella del vigente codice dei contratti pubblici, fosse frutto di un ingiustificato irrigidimento del modello rispetto a quello privatistico, rilevando come la scelta più opportuna sarebbe stata quella di prevedere che la volontà concorde delle parti o quella degli arbitri da esse designati fosse idonea a determinare la nomina presidenziale «confinando pur sempre all'interno dell'albo tenuto presso la Camera arbitrale la concorde designazione proveniente dalla autonomia privata».

²⁹ Comma 5 dell'art. 241.

³⁰ Comma 15 dell'art. 241.

³¹ V. DOMENICHELLI, *Arbitrato nei lavori pubblici*, in *Arbitrato e impresa*, cit., 255. In dottrina sul deficit di terzietà del Presidente nominato dalla Camera arbitrale cfr. anche E. FOLLIERI, *Le modifiche apportate all'arbitrato dei lavori pubblici dalla legge 80/2005*, cit., 262; M. DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007, 13; M. CORSINI, *Arbitrato*, cit., 290. Su questo profilo si veda anche l'ordinanza di remissione alla Corte cost. relativa all'art. 241, co. 5, del previgente d.lgs. n. 163/2006 (Coll. Arbitrale di Roma, ord. 24 gennaio 2014, iscritta al ruolo n. 67 del registro ordinanze 2014 e pubblicata in G.U. n. 20, prima serie speciale, dell'anno 2014) ma ancora attuale nella misura in cui evidenzia come la nomina del Presidente rimessa alla Camera arbitrale (circostanza che, sotto la vigenza del Codice dei contratti pubblici del 2006, si verificava solo in caso di mancato accordo delle parti) rischi di determinare un ingiustificato privilegio processuale per laa., con conseguente violazione degli artt. 111 e 108 Cost. La Consulta non si è espressa su tali profili, avendo dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata sotto l'assorbente profilo dell'eccesso di delega (cfr. Corte cost., 25 novembre 2016, n. 250).

³² La scelta del legislatore del 2016 era stata caldeggiata, a solo un anno di distanza dall'entrata

(ossia non limitato alle ipotesi di mancato accordo tra le parti) di nomina del Presidente del Collegio.

Il ruolo incisivo della Camera arbitrale non emerge solo nel potere di designazione e nomina del Presidente del Collegio. Il già citato comma 4 dell'art. 209 stabilisce, infatti, che le parti possano solo *designare* l'arbitro di propria competenza, spettando – invece – alla Camera il diverso e decisivo potere di *nomina*. Quest'ultimo determina un'ulteriore e rilevantissima compressione della volontarietà dell'arbitrato: lo iato tra la designazione, rimessa alle parti, e la nomina, di competenza della Camera arbitrale, evidentemente sottintende il potere di quest'ultima di non procedere alla nomina allorquando vengano designati arbitri ritenuti privi dei requisiti previsti dall'art. 209. È innegabile, dunque, che il Codice del 2016 abbia introdotto un vero e proprio potere di controllo sull'individuazione degli arbitri diversi dal Presidente, le cui premesse si rintracciano nella l. n. 11/2006 (legge di delega da cui è scaturito il d.lgs. n. 50/2016), che all'art. 1 lettera aaa) contempla, come criterio direttivo, la «razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto, disciplinando il ricorso alle procedure arbitrali al fine di escludere il ricorso a procedure diverse da quelle amministrative, garantire la trasparenza, la celerità e l'economicità e assicurare il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri».

Il tenore di queste affermazioni appare improntato a quella tangibile diffidenza, di cui si è già detto in premessa, nei confronti delle procedure arbitrali, la quale risulta particolarmente evidente nel contesto odierno, in cui, come nel prosieguo si evidenzierà, l'esigenza di incrementare il ricorso all'arbitrato è espressamente riconosciuta dal PNRR come importante fattore di rilancio del mercato.

Al netto dei prospettati profili di incostituzionalità, le limitazioni in parola rischiano, infatti, di compromettere la celerità che dovrebbe connotare lo strumento arbitrale, rendendo quest'ultimo preferibile rispetto al ricorso alla tutela giurisdizionale. Ciò anche in ragione del fatto che l'eventuale diniego di nomina deve essere, alla stregua di ogni atto amministrativo, giustiziabile su iniziativa

in vigore del d.lgs. n. 163/2006, dall'AVCP, la quale, al fine di dimostrare il carattere innocuo (in termini di legittimità costituzionale) di un modello contrassegnato dall'assegnazione alla Camera arbitrale dei poteri di nomina degli arbitri, aveva evidenziato, nella Segnalazione al Governo ed al Parlamento del 25 ottobre 2007, che «in alcune esperienze straniere che fanno riferimento a interventi arbitrali, la nomina degli arbitri e del Presidente del Collegio è demandata ad una Camera arbitrale, o comunque soggetta a conferma da parte dell'organismo che amministra l'arbitrato», affermando pertanto che «si rende, conseguentemente, necessario, ad avviso dell'Autorità, un intervento normativo che modifichi il sistema previsto dagli articoli 241, 242 e 243 del d.lgs. n. 163/2006 (...) attribuendo, quindi, alla Camera Arbitrale un potere generalizzato di nomina del terzo arbitro». Come riferito nel testo, il legislatore del d.lgs. n. 50/2016 non solo ha accolto gli auspici dell'Autorità relativi all'individuazione del terzo arbitro, ma ha scelto, in modo del tutto inedito, di assegnare alla Camera anche la nomina degli arbitri di parte.

della parte che si dichiara lesa dall'atto medesimo, il che spiana la strada al contenzioso sul corretto esercizio del potere di controllo della Camera rispetto alle designazioni arbitrali compiute dalle parti³³. Il tutto senza che venga in alcun modo chiarito dal legislatore il rapporto tra l'eventuale giudizio relativo alle decisioni della Camera e il rimedio "ordinario" dell'impugnazione del lodo per nullità derivante dalla violazione delle norme sulla composizione del Collegio³⁴. Non pare, quindi, escluso il rischio di conflitto tra giudicati, con ulteriori ed evidenti conseguenze in termini di certezza e stabilità del *decisum* arbitrale.

In questo quadro non può neppure essere taciuto il fatto che il controllo preventivo esercitato dalla Camera presenti connotati di spiccata discrezionalità: a dover essere controllato, infatti, è il rispetto, nelle designazioni di parte, di parametri generici come la «provata esperienza e indipendenza³⁵ nella materia oggetto del contratto» nonché, per quanto specificamente attiene alla designazione compiuta dall'amministrazione, il rispetto dei «principi di pubblicità e rotazione»³⁶. L'attività di controllo sulle designazioni rimessa alla Camera è dunque tutt'altro vincolata alla verifica di elementi precisi e incontrovertibili. Circostanza, quest'ultima, che desta particolare preoccupazione laddove si ponga mente al *deficit* di terzietà che già strutturalmente connota la posizione della Camera arbitrale, che in quanto organo amministrativo risulta "culturalmente" più vicina ad una delle parti della controversia, quella pubblica.

I problemi di terzietà del Collegio derivano anche dalle previsioni dedicate a perimetrare il novero dei soggetti designabili come arbitri dalle amministra-

³³ Si esprime in favore dell'impugnabilità dinnanzi al g.a. degli atti di nomina emessi dalla Camera arbitrale: F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla disciplina dell'arbitrato di lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2002, 619. Del resto sotto la vigenza del regime precedente a quello odierno (quello in cui la nomina del Presidente da parte del Collegio era rimessa alla Camera solo in caso di mancato accordo tra le parti) la giurisprudenza amministrativa aveva avuto modo di puntualizzare come in capo a ciascuna parte sussistesse «la titolarità di un interesse tutelato alla legittima costituzione del collegio giudicante» (Cons. St., Sez. IV, 4 marzo 2019, n. 1495). Il riconoscimento dell'impugnabilità delle nomine compiute dalla Camera rappresenta un'acquisizione particolarmente importante nell'odierno scenario normativo, nel quale – come si è riferito – il potere di nomina della Camera non concerne più solo il Presidente del Collegio, ma anche gli arbitri designati dalle parti.

³⁴ Le parti, ai sensi del comma 7 dell'art. 209, possono eccepire la nullità del lodo pronunciato da un collegio la cui nomina sia avvenuta in violazione delle disposizioni di cui ai commi 4, 5, 6 della norma medesima (sebbene il comma 7 non chiarisca se tale vizio debba essere dedotto nel corso del giudizio arbitrale oppure possa essere eccepito per la prima volta in sede di impugnazione).

³⁵ Per gli arbitri di parte viene richiesta, oltre all'esperienza nel settore del contratto, anche l'indipendenza, non menzionata tra i presupposti per la nomina dettati dal precedente Codice dei contratti. Tale requisito non viene, invece, menzionato per quanto concerne l'individuazione del Presidente. Questa discontinuità, tuttavia, può facilmente spiegarsi alla luce del fatto che il Presidente è designato e nominato dalla Camera tra i soggetti iscritti all'albo tenuto dalla Camera stessa, il che dovrebbe rappresentare di per sé una garanzia di indipendenza.

³⁶ Co. 4 e 5 dell'art. 209.

zioni³⁷. Il Codice prevede, infatti, che queste ultime debbano nominare dei dirigenti pubblici, potendo derogare a tale regola solo in presenza di una duplice condizione: la motivazione della scelta dell'arbitro non-dirigente e l'individuazione di quest'ultimo nell'ambito degli iscritti all'albo della Camera arbitrale. Nulla si dice sul contenuto della suddetta motivazione, la quale – per ovvie ragioni – difficilmente potrà appuntarsi su situazioni di oggettiva ed insuperabile impossibilità di individuare, in tutto l'arcipelago delle pubbliche amministrazioni, dirigenti dotati della esperienza e indipendenza necessaria a svolgere il ruolo di arbitro. Anche sotto questo profilo, dunque, non è arduo ipotizzare l'insorgenza di possibili contenziosi: basti pensare all'ipotesi dell'impugnazione di una nomina (da parte della Camera arbitrale) relativa ad un arbitro non dirigente designato con un atto non motivato o motivato in modo generico ovvero all'ipotesi contraria, ossia quella di unaa. che impugni la mancata nomina (sempre da parte della Camera) di un arbitro non-dirigente facendo valere l'adeguatezza della motivazione posta a sostegno della designazione.

Infine, non si può non riscontrare come la preferenza accordata dal legislatore nei confronti della nomina di dirigenti (come arbitri delleaa.) sia di per sé criticabile. Il legislatore non specifica se tali dirigenti debbano necessariamente essere esterni all'amministrazione coinvolta nella controversia oppure possano anche far parte della pianta organica di quest'ultima³⁸. Ipotesi, questa da ultimo prospettata, che sembrerebbe urtare con il necessario rispetto, in sede di designazione, del parametro dell'indipendenza³⁹.

Del resto, anche laddove il dirigente designato come arbitro sia esterno allaa. coinvolta nell'arbitrato non appaiono del tutto inconsistenti i dubbi in punto di indipendenza: l'appartenenza del dirigente al mondo della pubblica amministrazione, sebbene non all'ente coinvolto nella controversia, può, infatti, essere sintomatica di una prossimità, soprattutto "culturale", alla parte pubblica, tale da poter compromettere l'oggettività del giudizio reso in sede collegiale.

³⁷ Cfr. co. 5 dell'art. 209 del Codice dei contratti pubblici. In dottrina cfr. L. GIANI, *Gli strumenti di giustizia alternativa*, a cura di F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020, 717.

³⁸ In dottrina si esprime nel senso della impossibilità della nomina del dirigente appartenente allaa. coinvolta nella controversia S.S. SCOCA, *Commento all'art. 209 Arbitrato*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., 1685; I. LOMBARDINI, *L'arbitrato nel nuovo «codice dei contratti pubblici» (D.lgs. n. 50 del 2016) (parte I)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 283; di diverso avviso, invece, M. DELSIGNORE, *La transazione e l'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici*, cit., 361.

³⁹ In dottrina, sul tema della indipendenza si veda G. GRECO, *Modelli arbitrali e potestà amministrative*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 157, il quale puntualizza come nel linguaggio corrente si utilizzi la locuzione "arbitro di parte" per alludere ad una figura che nell'ordinamento non ha alcuna premessa, ossia quella di un arbitro in qualche misura "incaricato" dalla parte di promuovere le proprie ragioni. Cfr. anche F. MARONE, *Favor arbitratus e arbitrato amministrato in materia di contratti pubblici*, in *Riv. arb.*, 2018, §4, che si esprime in termini critici circa la specialità del meccanismo delle nomine rispetto al modello civilistico, affermando che esso rappresenti una reazione inadeguata e inefficiente al «clima di diffidenza che circonda l'arbitrato in materia di contratti pubblici, alimentato forse dai sospetti di mancanza di sufficienti garanzie di imparzialità degli arbitri».

La nomina del collegio effettuata in violazione delle prescrizioni sostanziali e procedurali dedicate alla composizione del Collegio determina la nullità del lodo⁴⁰. Tale conseguenza era già prevista dal Codice dei contratti pubblici del 2006⁴¹, il quale però puntualizzava espressamente l'applicazione ai casi di violazione delle norme sulla composizione del collegio arbitrale dell'art. 829, comma 1, n. 3 del c.p.c., dedicato all'impugnabilità del lodo pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro per difetto di capacità di agire. L'attuale Codice dei contratti pubblici, e in particolare il comma 7 dell'art. 209, non compie alcun rinvio espresso alle norme civilistiche, il che rende incerto il quadro di riferimento.

Da un punto di vista generale è difficile dubitare dell'applicabilità, alle fattispecie in questione, dell'art. 829 c.p.c., stante il generale rinvio al c.p.c. compiuto dal comma 10 dell'art. 209 del Codice dei contratti pubblici. Cionondimeno non è affatto chiara l'individuazione delle condizioni specifiche di impugnabilità del lodo nullo. L'articolo del c.p.c. da ultimo menzionato, infatti, distingue, nell'ambito delle ipotesi di nullità per violazione delle norme sulla composizione del Collegio, tra situazioni in cui il lodo può essere impugnato solo laddove la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale⁴² e situazioni (coincidenti con il difetto di capacità d'agire degli arbitri) in cui l'impugnazione del lodo non è soggetta a tale condizione⁴³. Invero risulta alquanto difficile prospettare, in assenza di puntuali spunti di diritto positivo, l'applicazione del regime di impugnabilità del lodo senza previa deduzione del vizio, giacché il c.p.c. prevede che tale regime riguardi soltanto le situazioni in cui uno o più arbitri siano privi della capacità legale di agire. Fattispecie, quest'ultima, che mal si presta a ricomprendere tutte le situazioni di mancato rispetto della disciplina sulla nomina dei collegi arbitrabili contemplata dai commi 4, 5 e 6 dell'art. 209 del d.lgs. n. 50/2016. Di nessun aiuto, sul punto, risultano le indicazioni della Camera arbitrale che, nella «Raccolta per l'unificazione e il coordinamento delle disposizioni adottate dalla Camera arbitrale del 31 agosto 2020», si limita a ribadire che «Ai sensi dell'art. 209, comma 7, del codice, la nomina del collegio arbitrale effettuata in violazione delle disposizioni di cui ai commi 4, 5, e 6 dello stesso articolo determina la nullità del lodo».

4. *Il carattere amministrato dell'arbitrato disciplinato dal Codice del 2016. Spunti critici sulla disciplina del procedimento arbitrale*

Il procedimento arbitrale si attiva con la nomina dei membri del Collegio, la quale presuppone che siano trasmesse alla Camera arbitrale la domanda di

⁴⁰ Cfr. il comma 7 dell'art. 209 del Codice dei contratti pubblici.

⁴¹ Cfr. il comma 5 dell'art. 241 del Codice dei contratti pubblici.

⁴² Cfr. il punto n. 2 del comma 1.

⁴³ Cfr. il punto n. 3 del comma 1.

arbitrato⁴⁴, l'atto di resistenza, le eventuali controdeduzioni e le designazioni di parte. Nessun termine viene fissato per la trasmissione degli atti appena menzionati, così come nessun termine veniva previsto dal Codice dei contratti pubblici del 2006.

Se le parti non si accordano sulla sede dell'arbitrato quest'ultima dovrà intendersi stabilita presso la Camera arbitrale (comma 9 dell'art. 209) il che comporta che, in tale ipotesi, l'eventuale impugnazione del lodo dovrà proporsi dinanzi alla Corte d'appello di Roma, in base a quanto disposto dall'art. 828 c.p.c.

Intervenuta la nomina dei membri del Collegio arbitrale il Presidente⁴⁵ nomina, se necessario, il segretario, anche scegliendolo tra il personale interno all'ANAC. La figura del segretario, pertanto, è facoltativa, a differenza di quanto previsto dal codice dei contratti del 2006⁴⁶, mentre è previsto che tale ruolo sia ricoperto da un soggetto appartenente ad un apposito elenco curato dalla Camera arbitrale⁴⁷. In tale elenco possono essere iscritti funzionari in possesso di laurea in materia giuridica o economica o equipollenti e, ove necessario, in materie tecniche inseriti nei ruoli delle aa. di cui al d.lgs. n. 165/2001 con una anzianità di servizio pari almeno a cinque anni. L'ANAC non fa parte del novero delle amministrazioni menzionate dal predetto d.lgs., pertanto per il personale dell'Autorità anticorruzione non è prevista alcuna iscrizione all'elenco gestito dalla Camera arbitrale, diversamente da quanto avveniva sotto la vigenza del codice del 2006 con riguardo al personale dell'AVCP⁴⁸. Non si comprende, invero, il senso della precisazione relativa ai titolari di diploma di laurea in materie tecniche, per i quali il comma 11 prevede l'inserimento dell'elenco «se necessario»: è chiaro che la necessità deve riferirsi all'eventuale nomina del singolo soggetto come segretario di un arbitrato attinente materie tecniche, non all'inserimento nell'elenco, che prescinde dall'oggetto di uno o più specifici arbitrati. I compiti del segretario

⁴⁴ Cfr. il comma 8 dell'art. 209 del d. lgs. n. 50/2016. Si è osservato che il suddetto comma 8 non individui il contenuto minimo della domanda, circostanza che tuttavia non sembra identificare una criticità specifica dell'arbitrato in materia di contratti pubblici: una indicazione di tal fatta non figura nemmeno della disciplina dell'arbitrato recata dal c.p.c., il che induce a ritenere che sul punto si debbano applicare i più generali principi processuali in tema di introduzione della domanda processuale: si veda S.S. SCOCA, *Commento all'art. 209 cit.*, 1686.

⁴⁵ Cfr. sempre il comma 8 dell'art. 209 del Codice dei contratti pubblici. La nomina (eventuale) del segretario era rimessa al Presidente anche sotto la vigenza del Codice dei contratti pubblici del 2006 (cfr. art. 243, comma 7).

⁴⁶ Cfr. l'art. 243 del d.lgs. n. 163/2006.

⁴⁷ Il comma 8 dell'art. 209 del Codice dei contratti pubblici implicitamente rimanda al comma 12 dell'art. 211.

⁴⁸ Il comma 10 dell'art. 242 del d.lgs. n. 163/2006 prevedeva che nei casi di nomina del Presidente ad opera della Camera arbitrale, quest'ultima curasse anche la tenuta dell'elenco dei segretari dei collegi arbitrali, precisando altresì che in tale elenco fossero ammessi i funzionari dell'Autorità (oltre che i funzionari delle magistrature contabili e amministrative, nonché delle pubbliche amministrazioni operanti nei settori dei lavori, servizi, forniture).

non sono individuati dal legislatore, ma di fatto essi consistono nella tenuta del fascicolo e nella custodia dei documenti inerenti il giudizio, nonché nella stesura dei verbali, e nella cura delle comunicazioni disposte dal Collegio arbitrale.

Sul piano probatorio sono ammessi tutti i mezzi di prova previsti dal c.p.c., eccezion fatta per il giuramento⁴⁹. Questa esclusione rappresenta l'eco di una erronea lettura "pubblicizzante" dell'istituto dell'arbitrato in materia di contratti pubblici. La disciplina civilistica in tema di mezzi di prova ammette il giuramento solo su fatti e questioni inerenti diritti disponibili (2736 c.c.) e questo giustifica il fatto che il giuramento non sia ammesso nei giudizi dinnanzi al giudice amministrativo⁵⁰ e negli arbitrati nelle materie di giurisdizione esclusiva, stante la linea ermeneutica tracciata dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 204/2004 (secondo cui nelle materie *de qua* deve essere rintracciabile la titolarità in capo all'amministrazione del potere pubblicistico). La preclusione relativa al giuramento risulta, di contro, non comprensibile nell'arbitrato *ex* d.lgs. n. 50/2016, nel quale è pacifico che ad essere coinvolte siano esclusivamente situazioni soggettive aventi natura di diritti soggettivi disponibili.

A margine di quanto si è detto con riguardo alla disciplina del procedimento occorre dedicare un ultimo cenno al tema, recentemente scrutinato dalla Corte di Giustizia⁵¹, relativo all'eventuale applicazione delle procedure di gara previste dagli Stati membri in attuazione delle direttive europee del 2014 ai servizi di arbitramento. In concreto, il tema che è stato sottoposto ai giudici del Lussemburgo concerneva da un lato l'eventuale obbligo, per il legislatore nazionale chiamato al recepimento delle direttive, di prevedere che la selezione degli arbitri avvenisse mediante l'applicazione delle norme dedicate all'affidamento degli appalti, dall'altro la necessità che le stazioni appaltanti provvedessero all'individuazione con gara dei legali cui affidare la predisposizione delle difese in sede arbitrale.

Ad entrambi i quesiti la Corte ha fornito risposta negativa. Per quanto concerne la scelta dell'avvocato cui affidare la difesa nel procedimento arbitrale a venire in rilievo, quale fattore decisivo, è stato il carattere necessariamente fiduciario di tale designazione, che non differisce da quella relativa ad un eventuale incarico di difesa in sede giurisdizionale. Per quanto concerne, invece, la selezione degli arbitri, la Corte ritiene decisivo, al fine di escludere l'obbligo di selezione con gara, il profilo di volontarietà dell'arbitrato, che deve esprimersi anche nell'accettazione della composizione del Collegio dalle parti. Queste affermazioni, pienamente condivisibili, rendono ancora più evidenti le criticità, sopra riscontrate, della disciplina nazionale che attualmente rimette alla Camera arbitrale la nomina del Presidente del Collegio.

⁴⁹ Cfr. il co. 9 dell'art. 209 del Codice dei contratti pubblici.

⁵⁰ Art. 63, comma 5 c.p.a.

⁵¹ Corte giustizia UE sez. V, 6 giugno 2019, n. 264.

5. *Problemi di “regolamentazione dei confini” con il “limitrofo” istituto del Collegio consultivo tecnico*

Le sorti dell'arbitrato, come strumento di soluzione delle controversie alternativo alla giurisdizione, sembrano oggi condizionate anche dall'affermazione di nuovi strumenti di ADR, in particolare il Collegio consultivo tecnico (CCT). Quest'ultimo, invero, non rappresenta una novità nel panorama normativo dedicato agli strumenti di tutela in materia di contratti pubblici⁵². Fino al 2020, tuttavia, questo istituto era configurato come “a tempo”: la sua operatività, infatti, era prevista solo nelle more della predisposizione del regolamento di attuazione al codice dei contratti pubblici, in concreto mai entrato in vigore

È stato il c.d. decreto semplificazioni a determinare una svolta, “liberando” l'istituto dalla spada di Damocle dal suddetto limite temporale e al contempo ridisegnandone l'identità, determinando – invero – problemi di ordine sistematico non trascurabili e relativi alla collocazione del CCT nel panorama dei rimedi alternativi alla giurisdizione.

In particolare, l'elemento che in tal senso desta maggiore interesse è rappresentato dal carattere dell'obbligatorietà che connota l'istituto in questione. L'art. 6 del dl. n. 76/2020 dispone, infatti, che fino al 30 giugno 2023 per gli appalti di lavori di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria sia obbligatoria la costituzione del Collegio, per la risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche suscettibili di insorgere in corso di esecuzione.

Questo primo tratto induce ad interrogarsi, ancora una volta, sul tema della volontarietà del ricorso a sistemi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione. Nei precedenti paragrafi si è evidenziato come le principali criticità che interessano l'arbitrato in materia di contratti pubblici risiedano nelle modalità di scelta e designazione degli arbitri: le ridotte prerogative delle parti, sul punto, sembrano, infatti, minare la volontarietà dell'istituto arbitrale, con tutto ciò che ne consegue in termini di possibile violazione del divieto di istituzione di giudici speciali. Occorre quindi per prima cosa chiedersi se l'obbligatorietà del CCT contravvenga a tale divieto.

La risposta a questo interrogativo pare di segno negativo, per due ordini di ragioni, tra loro intimamente connesse.

⁵² Ad aver per la prima volta introdotto l'istituto è stato l'art. 207, d.lgs. n. 50/2016, ispirato all'intento di fornire uno strumento di assistenza alle parti del contratto nella rapida soluzione delle questioni insorte in corso dell'esecuzione dei lavori. L'istituto, tuttavia, è stato poi abrogato con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, noto come correttivo al codice, e poi sorprendentemente reintrodotta dal d.l. n. 32/2019 (d.l. “sblocca-cantieri”), sia pure in una versione alquanto distante da quella che oggi caratterizza l'istituto appena entrato in vigore. Peraltro, non si può fare a meno di notare che lo «schema di regolamento di esecuzione, attuazione e integrazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50» datato 16 luglio 2020 non recasse alcuna menzione del CCT.

La prima concerne il fatto che l'obbligatorietà interessa la costituzione del Collegio, prima dell'avvio dell'esecuzione, non la successiva sottoposizione al Collegio delle controversie. La seconda concerne il carattere negoziale del lodo emesso dal Collegio. Questi due elementi meritano di essere considerati congiuntamente: il fatto che il legislatore espressamente chiarisca il carattere contrattuale del lodo⁵³ rende impossibile ritenere che il connotato dell'obbligatorietà riguardi oltre che la costituzione dell'organo, anche la sottoposizione allo stesso delle controversie inerenti la fase di esecuzione. Basti, in proposito, ragionare in termini di analisi controfattuale: se il ricorso al Collegio fosse obbligatorio le parti si vedrebbero costrette ad "accontentarsi" di un rimedio che assicuri loro una decisione avente carattere non giurisdizionale. A ben vedere, dunque, il punto cruciale risiede non tanto nella violazione del divieto di istituzione di giudici speciali (che non viene in rilievo stante il carattere non giurisdizionale della determinazione del Collegio) quanto nel rischio di situazioni di autentico diniego di giustizia⁵⁴, che si prospetterebbero laddove si interpretasse l'attributo dell'obbligatorietà in senso "forte", ossia come non limitato alla sola costituzione dell'organo.

Per converso, anche l'accezione "debole" dell'obbligatorietà si espone a delle osservazioni critiche, di ordine pratico. La costituzione dell'organo, con le annesse difficoltà legate all'individuazione dei componenti e alla verifica dell'insussistenza in capo ad essi di profili di conflitto di interesse, rischia, infatti, di esporre le stazioni appaltanti ad una attività inutile, ma delicata e dispendiosa, quantomeno sul piano della risorsa-tempo.

Anche ANAC⁵⁵ sembra fornire spunti coerenti con quanto precede,

⁵³ Cfr. co. 3 dell'art. 6 del dl. n. 76/2020.

⁵⁴ N. POSTERARO, *L'amministrazione contenziosa: le Alternative Dispute Resolution (con particolare riguardo alla figura del difensore civico)*, in *Il processo*, 2021, §3.

⁵⁵ Cfr. delibera ANAC n. 532 del 7 luglio 2021. Sull'alternatività rispetto al ricorso all'istituto dell'accordo bonario si veda l'art. 6 delle «Linee guida per l'omogenea applicazione da parte delle stazioni appaltanti delle funzioni del Collegio consultivo tecnico di cui agli articoli 5 e 6 del d.l. 16 luglio 2016, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120» predisposte dal Consiglio superiore dei lavori pubblici. La predisposizione di tali linee guida non era prevista dall'art. 6 del d.l. n. 76/2020. Di contro, l'articolo in questione è stato modificato dal decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 convertito dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, che ha introdotto il comma 8-bis che così recita «Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, con provvedimento del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, sono approvate apposite Linee guida volte a definire, nel rispetto di quanto stabilito dal presente articolo, i requisiti professionali e i casi di incompatibilità dei membri e del Presidente del collegio consultivo tecnico, i criteri preferenziali per la loro scelta, i parametri per la determinazione dei compensi rapportati al valore e alla complessità dell'opera, nonché all'entità e alla durata dell'impegno richiesto ed al numero e alla qualità delle determinazioni assunte, le modalità di costituzione e funzionamento del collegio e il coordinamento con gli altri istituti consultivi, deflativi e contenziosi esistenti. Con il medesimo decreto, è istituito presso

allorquando precisa che «ai fini dell'operatività del CCT è necessario che il contratto sia in corso di esecuzione e che non siano stati già attivati altri strumenti di risoluzione delle controversie, dovendo il CCT prevenire l'insorgere delle stesse al fine della celere conclusione delle opere». Il riscontrato carattere alternativo del CCT rispetto agli altri mezzi di risoluzione delle controversie, primo fra tutti l'arbitrato, sottintende, evidentemente, il riconoscimento del carattere non obbligatorio del ricorso al Collegio. Quest'ultimo, dunque, deve obbligatoriamente essere costituito (fino al giugno 2023 e per gli appalti di lavori sopra-soglia) ma non deve obbligatoriamente essere attivato.

In concreto non è agevole pronosticare come l'alternatività tra arbitrato e ricorso al CCT sia destinata a funzionare, se cioè essa favorisca l'uno o l'altro dei predetti istituti. In favore del CCT vi è, ad esempio, il fatto che per attivare tale organo non sia necessaria né la clausola compromissoria né (e, quindi, prima ancora) la previa autorizzazione dell'organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice, prevista invece, come si è riferito, dalla disciplina sull'arbitrato. Quest'ultimo sembra, in altre parole, ancora circondato da quelle eccessive cautele che non interessano l'istituto del CCT. Al contempo, è innegabile come la disciplina sull'arbitrato sia più sensibile rispetto alle esigenze di terzietà del Collegio, prevedendo una articolata serie di divieti di nomina (co. 6 dell'art. 209 del d. lgs. n. 50/2016). Infine, ed ovviamente, non si può sottacere anche la diversa stabilità delle determinazioni assunte, potendo i lodi arbitrali *ex art.* 209 trasformarsi in titolo esecutivo, il che evidentemente non può avvenire per i lodi negoziali emessi dal CCT. La sensazione, dunque, è che la strada del CCT (alternativa, come si è visto, a quella della giustizia arbitrale, oltre che – ovviamente – a quella giurisdizionale) si contraddistingua per una maggiore snellezza procedurale, cui fa da contraltare un tangibile sacrificio sul piano delle garanzie, ivi compresa quella dell'effettività del *decisum*.

Non si può, infine, non evidenziare che il CCT, per come risulta disciplinato dalla normativa vigente, rappresenti una dichiarata deroga al divieto, finora unanimemente propugnato dalla giurisprudenza, per laa. di avvalersi dell'arbitrato irrituale⁵⁶.

il Consiglio superiore dei lavori pubblici, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, un Osservatorio permanente per assicurare il monitoraggio dell'attività dei collegi consultivi tecnici. A tale fine, i Presidenti dei collegi consultivi provvedono a trasmettere all'Osservatorio gli atti di costituzione del Collegio e le determinazioni assunte dal collegio, entro cinque giorni dalla loro adozione. Ai componenti dell'osservatorio non spettano indennità, gettoni di presenza, rimborsi spese o altri emolumenti comunque denominati. Al funzionamento dell'Osservatorio si provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie del Consiglio superiore dei lavori pubblici disponibili a legislazione vigente».

⁵⁶ In termini critici rispetto a tale divieto: A. ROMANO TASSONE, *L'arbitrato*, in *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 525 ss.; F. BASSI, *Arbitrato irrituale e Pubblica Amministrazione*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Atti del convegno di Milano, 20 marzo 1998, Milano, 1999, 59; F. GOISIS, *Compro-*

Tale divieto è stato per lo più argomentato richiamando l'attenzione sul fatto che con tale strumento la formazione della volontà contrattuale verrebbe delegata a soggetti esterni allaa. con l'ulteriore conseguenza per cui «il perseguimento dell'interesse pubblico verrebbe affidato all'operato di soggetti sottratti a ogni controllo, con l'effetto di rendere evanescente anche l'eventuale individuazione di ogni conseguente responsabilità»⁵⁷. Questa posizione presuppone l'adesione alla prospettiva che identifica l'interesse pubblico con l'interesse di cui, in una fattispecie negoziale, è portatrice la parte pubblica⁵⁸.

Questa identità, a ben vedere, è tutt'altro che pacifica, soprattutto se si accoglie, come punto di partenza di ogni riflessione in tema di attività contrattuale, il riconoscimento in capo al contraente pubblico di una situazione di autentica autonomia negoziale.

Questa premessa impone di distinguere tra l'interesse pubblico in senso oggettivo e l'interesse "egoistico" di cui ciascun contraente, indipendentemente dalla sua natura giuridica pubblica o privata, è portatore. Il fatto che il contraente pubblico investa, nella propria attività negoziale, risorse della collettività è, infatti, un elemento estrinseco, che non incide sulla natura della fattispecie contrattuale veicolando all'interno di essa l'interesse pubblico oggettivamente inteso. In questa prospettiva il tema dell'arbitrato irrituale può, dunque, essere sdrammatizzato: in cui in esso non si consuma alcuno slittamento verso "l'esterno" dei compiti istituzionali di cura dell'interesse pubblico, ma solo la volontaria devoluzione a un soggetto non giurisdizionale di compiti di risoluzione di controversie che coinvolgono posizioni inquadrabili nella dialettica debito/credito. Il Collegio consultivo tecnico, dunque, merita di essere "liberato" dalla connotazione derogatoria ed eccezionale che i detrattori dell'arbitrato irrituale vorrebbero assegnargli. Le criticità dell'istituto, infatti, non risiedono nel carattere di lodo negoziale attribuito dal legislatore alle determinazioni del Collegio⁵⁹, quanto piuttosto, come si è visto, nell'obbligatorietà della costituzione dell'organo, che rischia di dar luogo a fraintendimenti di ordine sistematico e di costringere i committenti pubblici ad una attività onerosa e complessa nonché, in definitiva, potenzialmente confliggente proprio con gli obiettivi di celerità nell'esecuzione delle prestazioni che, con l'introduzione del CCT, si sono voluti perseguire.

mettibilità in arbitrato irrituale delle controversie di cui sia parte la pubblica amministrazione e art. 6 della l. n. 205 del 2000, cit., 249 ss. e in part. §3.

⁵⁷ Cass. Civ., sez. III, 8 aprile 2020, n. 7759; id., SS.UU., 16 aprile 2009, n. 8987.

⁵⁸ Di questo avviso, ad esempio, Ad. Plen., 18 febbraio 2020, n. 5 in cui, con riferimento ad un contratto di compravendita, si afferma che «anche nei modelli privatistici la necessità di interesse pubblico resta immanente al rapporto».

⁵⁹ F. FRANCIARIO, *La natura giuridica delle determinazioni del collegio consultivo tecnico*, in *lamministrativista.it*.

6. *Conclusioni. Riflessioni de jure condendo, anche sulla scorta del rilancio delle Adr prefigurato dal Piano nazionale di ripresa e resilienza*

Come si è cercato di porre in evidenza, la disciplina dell'arbitrato sui contratti pubblici è una disciplina sovrabbondante, infarcita di adempimenti e di limitazioni che finiscono per disincentivare il ricorso a tale strumento. La disciplina passata in rassegna, infatti, da un lato impatta, compromettendola, sulla celerità dell'arbitrato, che costituisce l'indubbio punto di forza di tale strumento; dall'altro limita la possibilità di ricorrere allo stesso sempre e in qualunque momento a prescindere dalle scelte fatte, rispettivamente, dalla Stazione appaltante nella fase antecedente all'indizione della gara e dall'aggiudicatario nei giorni successivi all'aggiudicazione.

Tali limitazioni, che determinano l'indiscutibile insuccesso di tale istituto, sono frutto di quella diffidenza che viene nutrita nei confronti dello stesso. Diffidenza che è dimostrata, *per tabulas*, dall'invito indirizzato dal Ministero delle infrastrutture dieci anni or sono, ma ancora oggi attuale, a un uso «oculato» di tale strumento⁶⁰.

Ebbene, tale impostazione, che già in passato non risultava condivisibile (l'arbitrato, infatti, rappresenta e deve rappresentare un rimedio ordinario di soluzione delle controversie alternativo al giudizio innanzi al giudice civile), non lo è a *fortiori* oggi alla luce del già richiamato PNRR.

Nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza si legge testualmente che «uno degli elementi essenziali per garantire una maggiore efficienza della giustizia civile è legato alla definizione di strumenti alternativi al processo per la risoluzione delle controversie»⁶¹. E si sottolinea che, in tale contesto, occorre «garantire un maggior ricorso all'arbitrato»⁶².

Ebbene, se questo è vero in generale, non può che esserlo a maggior ragione con riferimento ad un settore strategico per il rilancio dell'economia qual è quello dei contratti pubblici, in cui l'arbitrato, e lo dimostrano gli impietosi dati richiamati in premessa, è praticamente inutilizzato.

Il che impone di operare una riforma della disciplina in parola, che, a parere di chi scrive, potrebbe consistere nel superamento, per un verso, della obbligatorietà della previa autorizzazione motivata all'inserimento della clausola compromissoria; e, per altro verso, del divieto categorico di compromesso.

⁶⁰ Di tale invito dà atto V. DOMENICHELLI, *Arbitrato nei lavori pubblici*, cit., 250, il quale evidenzia che «lo sfavore nei confronti dell'arbitrato [è testimoniato dalla] (...) direttiva del Ministero delle infrastrutture 5 luglio 2012 [che] si è premurata (...) di invitare le amministrazioni ad un uso "oculato" dell'arbitrato "da limitare al massimo", in considerazione della speciale natura e caratteristiche dell'appalto e dell'opportunità di valutare "caso per caso" il ricorso all'arbitrato».

⁶¹ Cfr. PNRR, 62

⁶² *Ibidem*.

Tali minime correzioni consentirebbero, infatti, di abbattere quegli ostacoli che limitano oggigiorno la volontà delle parti di instaurare un arbitrato, in luogo di un giudizio ordinario. E consentirebbero, altresì, di rendere la disciplina dell'arbitrato in materia di contratti pubblici più omogenea rispetto a quella prevista dall'art. 12 c.p.a. per le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.

Il tutto, a nostro avviso, senza determinare alcun rischio di incentivare episodi di malaffare. I quali continuerebbero ad essere scongiurati dalle regole, pur in parte criticabili, che disciplinano la costituzione del Collegio.

Riassumendo e concludendo, riteniamo dunque che il PNRR rappresenti l'occasione giusta per rilanciare un istituto dal grande potenziale, attualmente inespresso.

Il diritto alla salute di genere e la sindrome di Yentl: una fragile “effettività”

di Vanessa Manzetti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La voce delle organizzazioni internazionali e delle istituzioni europee: il lungo viaggio verso un diritto alla salute di genere. – 3. Alla ricerca dei cardini costituzionali di un diritto alla salute di genere. – 4. I primi “timidi” passi verso il riconoscimento di un diritto alla salute di genere a legislazione invariata. – 5. Dal tentativo di una legge *ad hoc* all’art. 3 della legge 2018: meglio poco che nulla. – 6. Passi avanti per via amministrativa: il Piano per l’applicazione e la diffusione della medicina di genere e la costituzione dell’Osservatorio dedicato alla medicina di genere. Input per il Piano nazionale di prevenzione (PNP). – 7. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e l’effettività del diritto alla salute di genere: opportunità e limiti. – 8. Il diritto alla salute di genere una chimera o una realtà?

1. Premessa

Il diritto alla salute, o meglio i limiti all’effettività di tale diritto che da sempre hanno interessato dottrina¹ e giurisprudenza, in particolare quella costituzionale², sono emersi in modo ancora più evidente in occasione dell’emergenza pandemica da Covid-19. La pandemia ha infatti imposto una riflessione su cosa significhi rendere effettivo il diritto alla salute in un dato momento storico, in relazione al livello scientifico delle conoscenze che di un tale diritto sono una determinante imprescindibile affinché il legislatore ne individui il reale perimetro³.

¹ Sul punto la letteratura è amplissima, tra i tanti si veda L. CARLASSARE, *L’art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *L’amministrazione sanitaria*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, a cura di R. ALESSI, Vicenza, 1967, 103; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 21; E. CAVASINO, G. TULUMELLO, *La salute come diritto: l’effettività della tutela fra potere di organizzazione e logica della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2005, 2000; R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, 5393 ss.; R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, ZATTI, vol. V, Milano, 2010, 60; E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012; M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all’art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2012, 455; A. D’ALOIA, *Una riflessione sulle trasformazioni del diritto alla salute*, in *Riv. BioDiritto*, 2014, 87 ss.; M. D’ANGELOSANTE, C. TUBERTINI, *Cittadinanza amministrativa, salute e sanità*, in *Cittadinanza amministrativa*, a cura di A. PIOGGIA, A. BARTOLINI, vol. VIII, Firenze, 2016, 101; M. GEDDES DA FILICAIA, *La salute sostenibile*, Roma, 2019.

² Si veda *ex multis* Corte costituzionale, sent. n. 169 del 2017, n. 117 del 2018, n. 62 del 2020, n. 142 del 2021.

³ Sul punto si ricorda quanto sottolineato da F. MANGANARO, *Editoriale*, in *www.ildirittodelleconomia.it*, 1, 2021, “Se la competenza scientifica è necessaria, si pone comunque la questione di quali siano gli eventuali margini di decisione della politica, unica legittimata a contemperare interessi diversificati, complessi e contraddittori. Nell’emergenza sanitaria la competenza dei tecnici ha molto spesso sostituito la volontà della politica o comunque ne è entrata in conflitto. A livello internazionale, i principali provvedimenti, con effetti diretti sugli Stati nazionali, sono stati assunti

Ed infatti tra le molteplici criticità rilevate, l'esperienza pandemica ha dimostrato in modo eclatante quello che, dagli anni novanta in poi, era già emerso in rapporto alla medicina tradizionale su impulso del contesto internazionale, ovvero la necessità di un approccio innovativo volto a studiare l'impatto delle variabili biologiche, ambientali, culturali, psicologiche e socio-economiche determinate dal genere sulla fisiologia, sulla patologia e sulle caratteristiche cliniche delle malattie.

Approccio che già nel suo nascere palesava un cambio di paradigma rispetto a quello tradizionale caratterizzato da un'impostazione androcentrica che porta a considerare la donna come un "piccolo uomo", fatti salvi quegli aspetti specifici collegati alla riproduzione⁴.

Ed infatti ad oggi, lo sviluppo delle conoscenze e prassi mediche è basato prevalentemente su studi condotti su un solo sesso, quello maschile⁵, come

dall'OMS; a livello europeo, l'autorizzazione alla immissione sul mercato dei vaccini è stata deliberata dall'EMA ... Non si vuole affatto sminuire la necessità che, in vicende come queste, si debba tener conto delle fondate conoscenze scientifiche, ciò che in questa sede si vuole sottolineare è uno "spostamento" dell'asse delle decisioni politiche, che ripropone in maniera assai più vasta la questione generale del rapporto tra politica ed *expertise*. Gli studi di politologi ed esperti delle scienze sociali hanno da tempo sottolineato la pericolosità di una scienza di regime, tipica degli stati autoritari o, al contrario, la subordinazione di una politica troppo condizionata dalle valutazioni degli scienziati. Non è qui possibile proporre soluzioni se non l'esigenza che vi sia capacità di direzione della politica, tenendo conto delle indicazioni – peraltro non sempre univoche – della scienza, nella consapevolezza che scelte e responsabilità toccano sempre agli organi rappresentativi della volontà popolare". Per una disamina della correlazione tra SARS-CoV-2 e genere sulle due dorsali, delle quali una relativa al legame tra patologia e genere e una sulla correlazione tra patologia e genere in condizioni di fragilità e comorbidità, si veda Ministero della salute, *Medicina di genere e COVID-19- aggiornamento 2021*, in www.salute.gov.it, 4, 2021.

⁴ Fondazione ONDA, *Conosci la medicina di genere?*, in www.ondaosservatorio.it, 2020 "La donna è sempre stata considerata dalla medicina tradizionale un *piccolo uomo* e studiata nella sua specificità limitatamente all'apparato riproduttivo (seno, utero, ovaie): si dice che abbia quindi sofferto della cosiddetta *sindrome da bikini*. Gli uomini e le donne, invece, pur essendo soggetti alle medesime patologie, presentano sintomi, progressione di malattie e risposta ai trattamenti molto diversi tra loro. Da qui la necessità di porre attenzione allo studio del genere inserendo questa *nuova* dimensione della medicina in tutte le aree mediche".

⁵ A. GIAMBELLUCA, *Sperimentazione e medicina di genere: nei trial 8 su 10 sono uomini*, in www.fondazioneveronesi.it, 28 settembre 2021 sottolinea che "nelle sperimentazioni cliniche le donne siano ancora sottorappresentate (intorno al 20%)". Anche se in alcuni casi si è in presenza di studi quasi esclusivamente basati sulle donne (comunque sempre su un solo sesso). Si pensi che ad esempio l'osteoporosi, e il conseguente aumento del rischio di frattura, vengono studiati prevalentemente nella donna, sebbene, con ritardo di 10 anni, anche l'uomo nella terza età sviluppi osteoporosi e rischio di frattura, con una mortalità dopo frattura dell'anca superiore nell'uomo rispetto alla donna. Ancora a titolo di esempio, l'allergia al colore nero della tintura per capelli dovuta all'allergene p-fenilendiammina interessa maggiormente la popolazione femminile. E addirittura comprendere l'impatto dei fattori ormonali sullo sviluppo e la progressione dei tumori potrebbe avere importanti risvolti terapeutici, così come già accaduto per i tumori della prostata e della mammella. Per approfondimenti si veda anche S. DE FRANCIA, *La medicina delle differenze. Storie di donne uomini e discriminazioni*, Milano, 2020.

risulta dalla c.d. *Evidence-Based Medicine* (EBM) e dalle corrispondenti Linee Guida⁶.

Ma se uomini e donne sono diversi alla nascita non può certo stupire (e la scienza lo sta dimostrando) che questi si ammalino in modo diverso, cosicché il non tenere conto delle differenze di genere rischia di dar vita ad un diritto alla salute non rispondente ai principi di uguaglianza, appropriatezza e ragionevolezza.

È sufficiente constatare, a conferma delle differenze di genere, come le donne, rispetto agli uomini, si ammalino di più per alcune specifiche patologie e come per la stessa malattia presentino, rispetto all'uomo, segni e sintomi diversi o diverse localizzazioni, ed ancora come, rispetto al consumo dei farmaci, esse presentino maggiori reazioni avverse⁷.

D'altro canto se, dagli studi sino ad ora fatti, risulta che gli uomini hanno un'aspettativa di vita alla nascita inferiore alle donne, una maggiore probabilità di morire di cancro, di incidenti stradali e di altre importanti cause come il fumo e il consumo di alcolici, aggravate da una diffusa resistenza ad accedere ai servizi sociosanitari; per converso risulta anche che la maggiore longevità del sesso femminile viene a vanificarsi in età avanzata quando il divario tra uomo e donna tende a ridursi per la ragione che le donne sono più gravate da disabilità, principalmente correlata alle conseguenze determinate da malattie croniche e scarsa qualità della vita⁸.

Da queste brevi e sintetiche constatazioni, emerge, dunque, che il genere

⁶ Dai primi anni '90 si sente parlare sempre più comunemente di *Evidence Based Medicine* (EBM). Benché i medici abbiano sempre utilizzato dati scientifici per curare i pazienti, la EBM è una metodologia formalizzata che rappresenta un approccio più rigoroso e sensibilmente diverso da quello storicamente praticato in precedenza. Il padre del metodo è David L. Sackett, e con EBM letteralmente "*Medicina fondata sulle prove di efficacia*", si fa riferimento a qual metodo clinico che utilizza l'uso cosciente, esplicito e giudizioso delle migliori evidenze (cioè prove di efficacia) biomediche al momento disponibili, al fine di prendere le decisioni per l'assistenza e la cura del singolo paziente.

⁷ Inoltre, le donne possiedono un sistema immunitario in grado di attivare risposte immunitarie più efficaci rispetto agli uomini, e sono quindi più resistenti alle infezioni, ma nello stesso tempo mostrano una maggiore suscettibilità alle malattie autoimmuni.

⁸ In risposta all'andamento globale dell'invecchiamento, l'OMS alla fine degli anni '90 ha invitato a un cambiamento di paradigma, spingendo verso un concetto positivo dell'invecchiamento e definendo l'invecchiamento sano e attivo come un processo che "permette agli individui di realizzare il proprio potenziale per il benessere fisico, sociale e mentale attraverso l'intero corso dell'esistenza e di prendere parte attiva alla società, fornendo loro al contempo protezione, sicurezza e cure adeguate quando necessitano di assistenza". Si veda ad esempio OMS-Ufficio regionale per l'Europa, *Strategia e piano d'azione per l'invecchiamento sano in Europa, 2012-2020*, in www.salute.gov.it, 2012, che delinea una proposta di strategia e piano d'azione per l'invecchiamento in Europa (2012-2020), dove si invita, tra l'altro, all'adozione di una prospettiva di genere nelle politiche per l'invecchiamento sano in tutte le aree strategiche e gli interventi prioritari. Nel documento si mette in luce come esistono importanti differenze tra uomini e donne in termini di ruoli rivestiti e di situazioni sperimentate nel corso dell'età avanzata. Orientamento confermato dall'Assemblea Generale

ha una sua rilevanza nell'ambito del diritto alla salute, quale prisma che scompone il "neutro maschile" rendendo visibili le differenze e, di riflesso, anche le diseguaglianze di salute causate dalla mancanza di conoscenza dell'impatto di determinanti genere-specifici⁹.

Questa emersione del *genere* nel diritto alla salute deve però essere correttamente inquadrata al fine di non ridursi alla semplicistica definizione di "medicina delle donne", posto che la rilevanza del "genere" comporta un approccio di diagnosi che considera i corpi di uomini e donne nella loro interezza e anche, in modo olistico, i fattori sociali e culturali che li influenzano, portando a considerare anche le criticità relative allo stato di salute delle persone transessuali e intersessuali che, pur condividendo molte delle esigenze sanitarie della popolazione generale, presentano particolari necessità specialistiche, oltre a porre l'amministrazione di fronte a peculiari profili pratici¹⁰.

In altre parole l'effettività del diritto alla salute sembra essere fortemente condizionata dalla rimediazione dei contenuti del diritto alla salute quale diritto "a geometrie variabili" per cui alcuni diritti fondamentali e di nuova generazione che vengono in considerazione in occasione della tutela della salute non sono "semplicemente *diritti altri* rispetto a questo, ma in qualche modo concorrono a definirne il contenuto"¹¹.

Emblematico di questo processo è proprio il diritto alla parità di genere, quale diritto che non coesiste "semplicemente *con*, ma vive *nel* diritto alla salute"¹².

dell'ONU il 14 dicembre 2020 con l'adozione della risoluzione A/75/L.47 che proclama il 2021-2030 come il "Decennio delle Nazioni Unite dell'Invecchiamento in Buona Salute".

⁹ O. GIOLO, M. G. BERNARDINI, *La medicina di genere nella prospettiva filosofico-giuridica: una "teoria critica" del sapere medico?*, in www.gendermedjournal.it, 2015, "nella letteratura sociologica e giuridica, il cosiddetto neutro viene inteso come "neutro-maschile". Sin dal suo emergere, la critica di genere ha tentato di rendere visibile proprio questo meccanismo, rivelando l'identità celata (maschile) della rappresentazione del soggetto nell'ambito del diritto (ma anche della politica e della cultura), al fine di ottenere una riforma di tale rappresentazione e, conseguentemente, l'inclusione della pluralità dei soggetti in ogni settore e ambito della vita delle persone".

¹⁰ Cfr. A. CICCARIELLO, *Transessualismo e discriminazioni basate sul cambiamento di genere. Affinche' nella guerra tra soma e psiche non ne escano sconfitti i diritti (non solo) sociali*, in www.amministrazioneincammino.it, 2010; A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013; N. POSTERARO, *Transessualismo, identità di genere ed effettività del diritto alla salute in Italia*, in *Dir. e soc.*, 2016, 4, 737-806; ID., *Il diritto alla salute delle persone transessuali e la rettificazione chirurgica del sesso biologico: problemi pratici*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 3, 2017, 1085-1105; ID., *Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari: riflessioni sui problemi irrisolti alla luce della recente giurisprudenza nazionale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 4, 2017; M. FACCHINI, *Il diritto alla salute per le persone transgender non è ancora garantito*, in altreconomia.it, 2020; A. LORENZETTI, *La condizione giuridica del bambino e dell'adolescente transgender tra diritto alla salute, autodeterminazione e (in)certezza del diritto*, in *Ragion pratica*, 2, 2020; M. MOLINARI, *Identità di genere e diritto europeo di non discriminazione: quanto sono protette le persone trans?*, in insinitinere.it, febbraio 2021.

¹¹ A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2011, 18.

¹² *Ibidem*. Quale esempio di integrazione tra il diritto alla salute e il diritto di autodetermina-

Si tratta di un approccio dinamico ed evolutivo, posto che il diritto alla salute di genere è la trasposizione sul piano giuridico della c.d. medicina di genere, quale scienza multidisciplinare che mira ad indagare l'influenza delle variabili biologiche, psico-sociali, economiche e culturali sull'espressione clinica delle malattie e sulla risposta ad uno specifico protocollo terapeutico¹³.

Considerazioni che richiamano “coloro che ritengono che la spesso evocata immagine della fine del territorio rappresenti anche, sempre figurativamente, l'abbattimento dei confini tra i saperi e che il nostro tempo sia piuttosto l'epoca delle sovrapposizioni e delle contaminazioni disciplinari”¹⁴. Ed anzi l'approccio clinico che caratterizza la medicina di genere è non solo interdisciplinare e trasversale riguardando ogni branca e specialità, ma è soprattutto pluridimensionale¹⁵.

Da qui la complessità di un approccio di genere al diritto alla salute, e dunque anche della sua declinazione nei corrispondenti servizi sanitari resi dalle amministrazioni. Il diritto alla salute di genere non dovrebbe infatti dipendere dalla condotta dei singoli professionisti, ma dovrebbe portare a “cambiare le regole del gioco”, incidendo su pratica e servizi¹⁶.

Una impostazione del genere significa però calare i servizi offerti all'utenza del servizio sanitario sulle specificità dei singoli utenti e sul percorso di cura, questo perché il diritto alla salute di genere, come il diritto alla salute (purtroppo) “ordinariamente” inteso, va a classificarsi “come diritto *condizionato*, a *prestazione*, il cui godimento è subordinato alla presenza di strutture organizzative in grado di soddisfarlo”¹⁷. Questo per dire che un approccio che tenga conto della galassia degli individui e delle loro specificità, deve fare i conti con le difficoltà organizzative (e finanziarie) di erogazione e gestione dei servizi. Difficoltà che sono emer-

zione, si veda A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011.

¹³ I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale, oggi*, in *Riv. BioDiritto*, n. 2, 2019, “identificare la salute con un diritto in movimento significa sposare una concezione *dinamica* della sua tutela, in modo del tutto coerente con il dettato costituzionale. Il raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale e del pieno sviluppo della persona umana, infatti, come pure la protezione della salute, richiedono continue rimozioni degli ostacoli e politiche attive per raggiungere questi scopi; per questo si può parlare di un'attività sempre *in fieri*”.

¹⁴ A. MASSERA, *Prefazione*, in *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, 2012, 7.

¹⁵ Come specifica il Piano al punto “Importanza di un approccio di genere in sanità per una centralità della Persona”.

¹⁶ Si rinvia da ultimo alle considerazioni svolte nel Seminario di riflessione Centro delle Donne di Bologna, *Percorsi di cura ed equità. La medicina di genere nel Servizio sanitario nazionale e regionale*, Bologna, 29 marzo 2022. In particolare V. Damen nel proprio intervento ha evidenziato come la medicina di genere nata grazie ai medici, vada declinata sui servizi, in modo da non farla dipendere dalla singola condotta dei professionisti, dunque “cambiare le regole del gioco”, ossia incidere su pratica e servizi, andando a cambiare appunto i servizi.

¹⁷ E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, cit., 16.

se in modo dirompente in occasione dell'emergenza pandemica¹⁸, che ha posto il personale sanitario di fronte ad una inadeguatezza sia dei servizi sul territorio sia delle strutture ospedaliere che in piena pandemia hanno dovuto privilegiare le esigenze di cura e di salute dei pazienti Covid a scapito dei pazienti che avevano patologie diverse anche gravi¹⁹.

Il sistema sanitario nazionale si trova, dunque, oggi più che mai, di fronte a sfide complesse²⁰, dalla cura dei malati Covid, a quella di preservare la capacità di assistenza per le malattie legate ad altre patologie, assicurando la protezione dei ricoverati e degli operatori sanitari, fino all'introduzione di un approccio di genere in sanità, come previsto dall'art. 3 "Applicazione e diffusione della medicina di genere nel Servizio sanitario nazionale" della legge n. 3 del 2018, e dal conseguente Piano attuativo "Applicazione e diffusione della Medicina di Genere nel Servizio Sanitario Nazionale".

Aspetto quest'ultimo che richiede percorsi di cura che tengano conto delle differenze di genere nell'ambito di un più generale progetto di riforma del servizio sanitario nazionale, i cui assi portanti non possono essere rimessi ai livelli locali ma richiedono un impegno ed un indirizzo politico del governo e del parlamento²¹.

Il diritto alla salute di genere rappresenta dunque un importante passaggio nella rimeditazione dei contenuti del diritto alla salute, interessando un importante processo definitorio a livello internazionale, europeo e nazionale, sul quale merita fare qualche riflessione.

2. *La voce delle organizzazioni internazionali e delle istituzioni europee: il lungo viaggio verso un diritto alla salute di genere*

Volendo ricercare i primi ancoraggi giuridici relativi al diritto alla salute di genere non è possibile non partire dal contesto internazionale e da quello europeo che, al fine di dare impulso a questo diverso approccio, ha normato la materia facendo emergere la natura composita e poliedrica del diritto alla salute, gettando le basi per una nuova disciplina anche a livello nazionale.

A venire in rilievo sono gli interventi delle istituzioni internazionali ed

¹⁸ Per una disamina delle misure sanitarie adottate per dare risposta all'emergenza pandemica, e il conseguente finanziamento delle stesse, si veda Camera dei deputati, Servizio studi, *Misure sanitarie per fronteggiare l'emergenza coronavirus*, in www.camera.it, 15 marzo 2022.

¹⁹ C. POLITI, *I pazienti NO-COVID: figli di un Dio minore?*, in *Medicina di Genere Newsletter*, Luglio 2020, 8.

²⁰ Per una riflessione sul diritto alla salute quale politica e strumento di intervento pubblico di contrasto alla povertà, si veda C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021, 107-110.

²¹ V. ANTONELLI, *La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del Servizio sanitario nazionale: dall'uniformità all'appropriatezza*, in federalismi.it, 7, 2018.

europee che, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, hanno cominciato a prestare attenzione alla materia²².

Tra questi, il primo che merita attenzione è senza dubbio la “Convenzione sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne” (CEDAW), entrata in vigore il 3 settembre 1981, in tempi *record* rispetto ad ogni altro precedente trattato sui diritti umani, e ratificata dall’Italia il 10 giugno 1985 (aderendo anche al Protocollo opzionale il 29 ottobre 2002)²³, anche se le ratifiche sono state accompagnate da un amplissimo numero di riserve da parte dei vari Stati firmatari²⁴.

A questa convenzione va il merito di aver richiamato espressamente all’art.11, lett. f) “il diritto alla tutela della salute ed alla sicurezza delle condizioni di lavoro, compresa la tutela della funzione riproduttiva”, e di aver dedicato al successivo art. 12, una esplicitazione del cosa si intenda per misure appropriate idonee ad eliminare la discriminazione contro le donne nel settore dell’assistenza sanitaria, sulla base della

²² Senza dubbio, infatti, gli orientamenti delle organizzazioni internazionali come le Nazioni Unite, l’Organizzazione Mondiale della Sanità, e delle Istituzioni europee, hanno assunto un ruolo anticipatore e cruciale per dare al diritto alla salute previsto dalla nostra Costituzione la “maggior ampiezza ed espansione possibile”, secondo una concezione dinamica del diritto in grado di dare risposte ai mutamenti sociali e ai costanti ed ineludibili cambiamenti culturali. Cfr. M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. Soc.*, 1980, 773.

²³ La *Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women* – CEDAW, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18.12.1979, in vigore dal 3.09.1981 e ratificata dall’Italia il 10.06.1985 (ordine d’esecuzione dato con legge 14.03.1985 n. 132 – in vigore in Italia dal 10.07.1985), viene spesso descritta come una carta internazionale dei diritti per le donne. Si compone di un preambolo e 30 articoli, e definisce la discriminazione contro le donne come “... ogni distinzione, esclusione o limitazione effettuata sulla base del sesso e che ha l’effetto o lo scopo di compromettere o annullare il riconoscimento, il godimento o l’esercizio da parte delle donne, indipendentemente dal loro stato civile, sulla base della parità dell’uomo e della donna, dei diritti umani e delle libertà fondamentali nel settore politico, economico, sociale, culturale, civile, o in ogni altro settore” (art. 1). La Convenzione fornisce la base per realizzare la parità tra la donna e l’uomo, assicurando pari accesso e pari opportunità alle donne nella vita politica e pubblica – tra cui il diritto di voto e di eleggibilità – così come nei settori dell’istruzione, della salute e dell’occupazione. Gli Stati parti convengono di prendere tutte le misure appropriate, tra cui disposizioni legislative e misure temporanee speciali, al fine di garantire alle donne la possibilità di godere effettivamente di tutti i diritti umani e libertà fondamentali. Ratificando la Convenzione gli Stati si impegnano, dunque, ad avviare una serie di misure per porre fine alla discriminazione contro le donne in tutte le forme, ed in particolare ad affermare in modo esplicito il principio dell’uguaglianza dell’uomo e della donna nei loro sistemi giuridici; abolire tutte le leggi discriminatorie e adottare leggi che vietano qualsiasi discriminazione contro le donne, assicurando l’eliminazione di tutti gli atti di discriminazione contro le donne da parte di persone, organizzazioni o imprese; istituire tribunali e altre istituzioni pubbliche per assicurare l’effettiva protezione delle donne dalla discriminazione. Il Comitato sull’eliminazione delle discriminazioni contro le donne (*Committee on the Elimination of Discrimination against Women* – CEDAW) è l’organo di esperti indipendenti che monitora l’attuazione della Convenzione sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (art. 17).

²⁴ M. BALBONI, *Gli strumenti di protezione internazionale e comunitaria dei diritti delle donne*, in www.cedaw30.files.wordpress.com, 2010.

parità dell'uomo e della donna, facendo un esplicito riferimento all'accesso ai servizi di assistenza sanitaria, compresi quelli relativi alla pianificazione familiare, nell'ambito dei quali un ruolo centrale viene riconosciuto alla necessità di assicurare servizi appropriati in relazione alla gravidanza, al parto ed al periodo *post partum*.

Si tratta, pertanto, di iniziative volte a favorire l'inclusione della prospettiva sesso/genere nell'alveo più specifico della tutela della salute delle donne.

Ed in effetti volendo seguire un percorso ricostruttivo, un importante "passo avanti" per l'affermazione in ambito internazionale del diritto alla salute di genere, dopo la Convenzione CEDAW, è rinvenibile nella Quarta Conferenza ONU sulle Donne (Pechino 1995)²⁵, in cui è stata adottata da 189 Paesi membri la c.d. Dichiarazione di Pechino sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, e che ancora oggi rappresenta il principale testo giuridicamente vincolante sui diritti delle donne. Testo a cui è correlata la c.d. Piattaforma d'Azione da cui è derivato un testo politico di fondamentale importanza articolato in 12 "aree critiche", per le quali gli Stati firmatari, tra cui l'UE e i suoi Stati membri, si sono impegnati a conseguire obiettivi concreti, ponendo al centro di tutto la qualificazione dei diritti delle donne tra i principali diritti umani²⁶, ed adottando la c.d. "strategia di *gender mainstreaming*"²⁷.

Ebbene grazie a questo contesto è emerso che una delle criticità rilevanti è proprio il rapporto tra "donna" e "salute", tant'è che il documento dedica a questo aspetto una specifica sezione non limitandosi ad evidenziarlo, ma dando anche indicazioni per superare le criticità, con l'indicazione di una lista di obiettivi strategici che governi, organizzazioni internazionali e società civile devono perseguire al fine di rimuovere sia le "disuguaglianza tra uomini e donne e tra donne di differenti aree geografiche, classi sociali, gruppi indigeni ed etnici", sia il "più grave ostacolo che impedisce alle donne di raggiungere il più alto livello possibile di salute"²⁸.

Centrale a tal fine è il richiamo, nella Convenzione, alla definizione di salute già adottata nella "Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità" nel 1948, in quanto viene qualificata non più soltanto come assenza di malattia o infermità, ma anche come "uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale".

²⁵ La Conferenza di Pechino è stata la quarta di una serie di conferenze mondiali sulle donne organizzate dalle Nazioni Unite, ed ha rappresentato la conclusione di un lungo processo preparatorio, internazionale e regionale.

²⁶ Si veda Dichiarazione, par. 9 "Garantire la piena realizzazione dei diritti fondamentali delle donne e delle bambine in quanto parte inalienabile, integrante e indivisibile di tutti i diritti umani e libertà fondamentali". Come affermava Hillary Clinton alla Conferenza di Pechino nel 1995 "*Women rights are human rights*".

²⁷ La strategia di *gender mainstreaming* rappresenta il processo attraverso cui sono valutate tutte le implicazioni per le donne e per gli uomini di ogni azione progettata, in tutti i campi e a tutti i livelli, compresa l'attività legislativa, politica e di programmazione.

²⁸ Sezione C "Donne e salute", par. 18-23.

In questa prospettiva la Convenzione oltre a dedicare particolare attenzione ai diritti delle donne in relazione alla salute sessuale e riproduttiva e alla libera scelta rispetto alla loro sessualità, sancisce altresì che le donne devono poter accedere ai più alti *standard* di salute durante l'intero ciclo della loro vita, prevenendo la necessità di un aumento delle risorse per la ricerca e il monitoraggio sulla salute delle donne, quale passaggio ineludibile.

Ed infatti la Convenzione individua il problema delle risorse come uno dei principali nodi critici da superare per una piena affermazione di un effettivo approccio di genere in sanità, tant'è che lo individua come specifico obiettivo strategico C.5 "Incrementare le risorse e verificare gli sviluppi successivi per la salute delle donne".

Ed anche se tali affermazioni sono rimaste sostanzialmente a livello di mera enunciazione, va riconosciuto che l'approccio seguito dalla Conferenza di Pechino ha avuto il merito, tra l'altro²⁹, di portare all'aggiornamento della CEDAW (nel 1999) nella direzione di un necessario ampliamento del ruolo degli Stati nel riconoscimento del diritto alla salute di genere quale espressione delle differenze sullo stato di salute e sull'esistenza di fattori della società determinanti dello stato di salute³⁰.

Non si è trattato, ovviamente, di un processo facile, dato che si è dovuto superare le rilevanti criticità che persistevano nell'implementazione di un approccio di genere in sanità. Lo dimostrano i numerosi interventi delle organizzazioni internazionali che, a più riprese, hanno dovuto sottolineare la necessità di eliminare le disegualianze di salute, in particolare quelle genere-correlate. Tra queste merita ricordare gli interventi posti in essere dall'agenzia delle Nazioni Unite – OMS a partire dalle fine del secolo scorso³¹, sfociati nel 2007 nella Risoluzione sulla "Strategia per integrare azioni e analisi di genere nel lavoro dell'Organizzazione Mondiale della Sanità", nel 2008 nella Carta di Tallin in cui si esortava a "raggiungere l'obiettivo del miglioramento della salute su una base di *equità*, tenendo conto delle esigenze specifiche di salute correlate al genere", nonché, nella istituzione, nel 2009, di un dipartimento dedicato alla salute delle donne e alle differenze di genere, quale tema imprescindibile della programmazione sanitaria.

Il maturarsi di una consapevolezza della rilevanza del diritto alla salute di genere, porta dal 2014 in poi alla redazione di vari *Action Plan* dell'OMS³², in cui

²⁹A questa è seguito il riconoscimento nel 1998 da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) dell'inserimento della medicina di genere nell'*Equity Act* a testimonianza che il principio di equità doveva essere applicato all'accesso e all'appropriatezza delle cure, considerando l'individuo nella sua specificità.

³⁰ CEDAW, Raccomandazione generale n. 24 (20a sessione, 1999) – Articolo 12: Donne e salute.

³¹ L'attenzione dell'Organizzazione mondiale per la sanità con riferimento al genere è risalente; infatti, già nel 1998 l'OMS con il programma *Health for all in the 21st century* aveva riconosciuto l'importanza del genere nel campo della salute.

³² Inoltre, il Rapporto OMS *World Health Statistics 2019* "Monitoring Health for the Sustainable

l'Organizzazione si impegna a “sviluppare norme basate su evidenze scientifiche, *standards* e strumenti per favorire l'uguaglianza di accesso a servizi di cura di qualità dentro a un *framework* basato sulla prospettiva di genere e dei diritti umani”³³.

Così nel tredicesimo programma generale di lavoro 2019-2023 (GPW 13) se ne è ricondotta la realizzazione al perseguimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030 che, all'obiettivo 3, invita tutte le parti interessate a “Garantire una vita sana e promuovere il benessere per *tutti* a tutte le età”. Sulla stessa linea si è posto anche il piano d'azione “per la salute sessuale e riproduttiva finalizzato al raggiungimento dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile in Europa senza lasciare indietro nessuno” dell'Ufficio regionale per l'Europa dell'OMS, che presenta tre obiettivi strettamente interconnessi: “consentire a tutte le persone di prendere decisioni informate sulla propria salute sessuale e riproduttiva e assicurare che i loro diritti umani siano rispettati, tutelati e garantiti”, “assicurare che tutte le persone possano beneficiare del livello più alto possibile di salute sessuale e riproduttiva e benessere”, nonché “garantire un accesso universale alla salute sessuale e riproduttiva ed eliminare le disuguaglianze”.

Parallelamente al contesto internazionale si è mosso anche quello europeo, con una serie di documenti volti ad integrare il diritto alla parità di genere nel diritto alla salute, considerando che “nelle sue azioni l'Unione mira ad eliminare le disuguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne” (art. 8 TFUE, ex art. 3, par. 2, TCE), e dunque anche di quelle legate alla tutela e miglioramento della salute umana (art. 168 TFUE, ex art. 152 TCE).

Ed infatti sin dal 1997 la Commissione Europea³⁴ si è interessata della materia con la Relazione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni “*sulla situazione della salute delle donne nella Comunità Europea*”, nella quale per la prima volta si riferisce al diritto alla salute affrontando come argomento specifico quello della “salute delle donne”, sottolineando altresì come la disuguaglianza in essere costituisca un fattore di preoccupazione impor-

Development Goal”, sullo stato di salute globale, per la prima volta disaggrega i dati per sesso, evidenziando come lo stato di salute e l'accesso ai servizi sanitari sia determinato anche da differenze relative al sesso e al genere. Nello specifico il Rapporto 2019 divide i dati per regione, reddito e sesso, analizzando le differenze nello stato di salute e nell'accesso ai servizi preventivi e curativi, ed indicando i ruoli del *sex*, come *determinante biologica*, e del *gender*, come *costrutto sociale*. Infine il Rapporto promuove l'aumento della consapevolezza di alcune differenze critiche di sesso e di genere all'accesso alle cure, evidenziando l'importanza di queste differenze nel raggiungimento degli SDG.

³³ OMS “*Roadmap for action 2014-2019. Integrare equità, genere, diritti umani e determinanti sociali nel lavoro dell'OMS*”.

³⁴ Si consideri che l'attenzione della Commissione europea per la parità di genere in generale risale al 1957 e con il Trattato di Amsterdam del 1997 si sanciva la parità di genere tra uomini e donne e la necessità di realizzare tale principio.

tante non solo per il pubblico in generale, ma in particolare per gli enti di assistenza sanitaria e per gli addetti alla programmazione nella Comunità europea.

A tal fine la Relazione pone in luce la necessità, ancora attuale, di approfondire il tema degli indicatori di salute specifici per il sesso femminile, proprio al fine di focalizzare l'attenzione su una specificità di analisi in campo sanitario³⁵.

Non irrilevante è il substrato "attendibile" su cui si è basata tale Relazione, vale a dire sui dati di "La salute per tutti" dell'OMS, sulle varie relazioni e sui dati forniti dall'istituto statistico europeo EUROSTAT, nonché sull'indagine Eurobarometro contenente vari quesiti sulla salute delle donne relativa a tutta la CE, patrocinata dalla DG V ed effettuata all'inizio del 1996.

A rafforzare i rilievi messi in evidenza nella Relazione, è intervenuto nel 1998 anche il Comitato dei Ministri con un messaggio allo *Steering Committee* del Consiglio d'Europa in cui si sottolinea che il *gender mainstreaming* rappresenta una strategia importante per la promozione dell'uguaglianza, oltretutto per rendere visibile la dimensione di genere di ogni politica e attività.

Queste indicazioni sono state in sostanza recepite dalla Commissione Europea, con l'adozione, nel 2007, di una "Strategia per la Salute – *Together for Health EU 2008-2013*" intesa come un *framework* coerente per indirizzare le attività sulla salute all'interno dell'Unione Europea, tenendo conto anche della dimensione di genere nelle politiche sanitarie. A questa ha fatto seguito nel 2010 la Strategia per l'Eguaglianza tra Donne e Uomini 2010-2015 in cui la Commissione ha sottolineato ulteriormente l'esistenza di disuguaglianze di genere nell'accesso alle cure per specifiche patologie e, quindi, la necessità di adattare i servizi sanitari ai bisogni specifici di uomini e donne³⁶. Approccio che vede ancora la Commissio-

³⁵Si veda Commissione delle comunità europee, Relazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, sulla situazione della salute delle donne nella Comunità europea, Bruxelles, 22.05.1997 COM(97) 224 def. Si consideri che tale Relazione è la seconda, infatti la prima (COM(95) 357 def.) costituiva un compendio della situazione della salute nella CE nel 1994 e comprendeva una descrizione delle principali tendenze demografiche e dei modelli di mortalità e morbosità, nonché una discussione sui principali determinanti della salute. La seconda Relazione oltre a contenere un compendio delle principali tendenze della salute, modelli di mortalità e morbosità e determinanti della salute pertinenti, descrivendo anche con dettagli questioni sanitarie particolari delle donne di età diverse e presentando informazioni sui determinanti, pone anche l'accento sulle relative strategie elaborate negli Stati membri. La Relazione evidenziava così come la salute delle donne fosse migliorata significativamente nel corso del secolo, come si evince dalla notevole crescita dell'aspettativa di vita e dal declino della mortalità precoce, tra cui la mortalità materna e infantile e come nella CE, le donne avessero un'aspettativa di vita maggiore di quella degli uomini, con una differenza media da 5 a 7 anni. Si rilevava altresì una rivalutazione delle politiche e dei servizi sanitari destinati alla salute delle donne, sulla base della maggiore consapevolezza del fatto che le esigenze e i problemi sanitari delle donne sono *diversi* da quelli degli uomini.

³⁶ Si ricorda il "Rapporto 2011 sullo stato di salute degli uomini d'Europa" con cui si è contribuito a mettere in luce le grandi disparità di salute tra gli uomini di nazioni diverse.

ne europea sostenere, sempre nel 2010, nel documento sulla “Strategia Europa 2020” la necessità di una strategia dell’innovazione che inquadri l’uguaglianza di genere nell’ambito del progresso sociale³⁷.

Analoga attenzione si riscontra nelle posizioni assunte dal Parlamento europeo che nel 2011 approva una Risoluzione sulla riduzione delle disuguaglianze sanitarie nell’UE in cui “invita l’UE e gli Stati membri a includere lo stato di salute delle donne e la questione dell’invecchiamento delle donne quali fattori di integrazione della dimensione di genere, nonché ad applicare il *gender budgeting* alle politiche, ai programmi e alle ricerche attinenti alla salute³⁸, dalla fase di sviluppo e progettazione fino alla valutazione d’impatto”³⁹. Il tutto al fine, sottolinea il Parlamento, di sostenere un “cambiamento di strategia”.

A rafforzare il riferimento all’approccio di genere in sanità è poi intervenuta nel 2013 la pubblicazione del Consiglio d’Europa “Strategia per l’Uguaglianza di Genere 2014-2017”, un importante documento programmatico nel quale vengono definite delle raccomandazioni e degli interventi per l’applicazione del *gender mainstreaming* in tutte le politiche e misure legislative, comprese quelle riguardanti la salute.

In particolare, la Strategia evidenzia quale elemento positivo, l’adozione da parte degli Stati membri di nuove leggi e politiche volte a prevenire e combattere la violenza contro le donne e la violenza domestica, come previsto dalla Convenzione di Istanbul⁴⁰, non sottacendo però quale elemento di criticità, la riduzione delle risorse destinate all’uguaglianza di genere dovuta ai tagli di bilancio e alle misure di austerità.

A chiudere questo breve *excursus* sovra-nazionale, non poteva mancare anche un riferimento alle posizioni assunte a favore della medicina di genere, da parte di organismi quali l’Agenzia Europea per il Farmaco (EMA) e l’Agenzia Europea per la Sicurezza e la Salute sul Lavoro (OSHA). Tali organismi hanno, infatti, intrapreso azioni specifiche che mirano a: 1) riconoscere il genere come

³⁷ Comunicazione della Commissione “Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva – COM 2010/2020”.

³⁸ All’inizio degli anni 2000 sono state adottate le prime linee guida per l’inserimento del genere nei progetti di ricerca finanziati dalla CE, a cui è seguita l’istituzione nel 2011 di un gruppo di esperti con il compito di fornire una revisione dettagliata sull’innovazione “attraverso il genere”, che ha portato nel 2013 alla pubblicazione del rapporto “*Gendered Innovations*” che ha posto le basi per rafforzare la “dimensione genere” nel nuovo programma di ricerca Horizon 2020 (2014-2020). Nel 2016 è stato poi presentato un ulteriore “*position paper*” che ha proposto nuove modalità per una migliore integrazione della dimensione genere nel Programma Quadro 2018-2020. Un rafforzamento dell’importanza del genere come tema trasversale negli organismi pubblici europei è dato anche dall’obbligatorietà di dotarsi di un *Gender Equality Plan* (GEP) per tutti quegli enti che desiderano richiedere finanziamenti tramite Horizon Europe (2021-2027), a partire dalle *call* con scadenza nel 2022, documento peraltro necessario anche per accedere ai fondi del PNRR.

³⁹ Parlamento Europeo, Risoluzione sulla riduzione delle disuguaglianze sanitarie nell’UE (2010/2089(INI)), 8 marzo 2021.

⁴⁰ Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, Istanbul 11 maggio 2011.

determinante fondamentale di salute, 2) eliminare le disuguaglianze di genere in campo sanitario, 3) fornire indicazioni sull'interfaccia farmaci/dispositivi medici e differenze di genere, 4) ridurre i rischi lavoro-correlati sulla salute delle donne, nonché 5) garantire, nelle sperimentazioni cliniche di farmaci e dispositivi medici, una rappresentanza paritetica delle donne, ancora classificate come "sottogruppo demografico".

Tutti interventi, dunque, che dimostrano un crescente interesse sulla medicina di genere delle organizzazioni europee ed internazionali che hanno stimolato anche le società scientifiche internazionali, quali la Associazione Internazionale per la salute dell'uomo (IAMH)⁴¹ e la Società Internazionale di Medicina di Genere (IGM)⁴², a cui hanno fatto da *pendant* gli importanti studi relativi alla medicina di genere pubblicati da riviste scientifiche prestigiose quali *Nature* e *New England Journal of medicine*.

Ebbene, nonostante questo attivismo a livello internazionale ed europeo, l'emergenza Covid ha messo a nudo la fragilità del diritto alla salute di genere e soprattutto la sua scarsa effettività in tutti gli Stati membri, inducendo le istituzioni internazionali ed europee ad intervenire nuovamente non solo sulla effettività del diritto alla salute ma anche sul suo diverso atteggiarsi in relazione al genere⁴³.

Così l'Europa è intervenuta con il Regolamento (UE) n. 2021/522 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 marzo 2021 che istituisce un "Programma d'azione dell'Unione in materia di salute per il periodo 2021-2027 *Programma UE per la salute* (EU4Health) e che abroga il regolamento (UE) n. 282/2014", in linea con "la strategia dell'Unione Europea per l'uguaglianza di genere 2020-2025", in cui sono stati evidenziati i rischi per la salute specifici relativi al genere, prevedendo, altresì, l'agevolazione di scambi regolari di buone pratiche tra gli Stati membri e le parti interessate sugli aspetti di genere della salute, inclusi i diritti sessuali e riproduttivi⁴⁴.

Sembrerebbe dunque che il nuovo programma EU4Health 2021-2027 voglia andare oltre la risposta all'emergenza per affrontare la resilienza dei sistemi sanitari, individuando l'ottica di genere quale parte integrante del Programma. A tal fine nel Regolamento è evidenziato come, ai sensi dell'articolo 8 TFUE, l'Unione

⁴¹ Nata nel 2001, sin dalla sua costituzione denuncia come le disuguaglianze di salute siano causate dalla mancanza conoscenza dell'impatto di determinanti genere-specifici sulla salute.

⁴² Nata nel 2005 e che nel 2022 ha programmato il decimo congresso internazionale.

⁴³ Si veda Istat, *Speciale emergenza Covid 19*, in *www.istat.it*, 2021 laddove si evidenzia come l'emergenza generata dall'epidemia di coronavirus ha accresciuto il rischio di violenza sulle donne, poiché molto spesso la violenza avviene dentro la famiglia. Si precisa inoltre che le disposizioni normative in materia di distanziamento sociale introdotte al fine di contenere il contagio si sono rivelate un elemento che ostacola l'accoglienza delle vittime, con conseguenti e reiterate situazioni di disagio fisico e psicologico.

⁴⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025", COM(2020) 152 final, Bruxelles, 5 marzo 2020.

in tutte le sue azioni miri ad eliminare le disuguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne, traducendosi nella necessità di tenere conto della parità di genere, durante l'intera valutazione, preparazione, attuazione e sorveglianza dei programmi pertinenti. Ed infatti tra gli "obiettivi generali" è previsto all'art. 3 del Reg, la riduzione delle "disuguaglianze sanitarie", mentre all'art. 4 del Reg, vengono indicate, tra le azioni ammissibili al finanziamento, gli interventi concernenti l'integrazione dell'ottica di genere in sanità, richiamando espressamente nell'elenco delle possibili azioni ammissibili (All. I Reg.) il "sostegno alla realizzazione e all'ulteriore sviluppo di indagini, studi, raccolta di dati e statistiche comparabili, compresi dati *disaggregati per genere* ed età, metodologie, classificazioni, micro simulazioni, studi pilota, indicatori, intermediazione di conoscenze e valutazioni comparative". Non solo, il regolamento introduce all'Allegato II gli "Indicatori per la valutazione del programma", prevedendo espressamente una serie di *indicatori genere-specifici*, come quelli dei punti 9 "percentuale di sopravvivenza netta, standardizzata per età, dopo cinque anni dalla diagnosi ... per ...età, *genere* ... (nella misura in cui tali dati siano disponibili)", 10 "percentuale di copertura dei programmi di screening per ...età, *genere* e Stato membro", 12 "numero di azioni riguardanti la prevalenza delle principali malattie croniche per Stato membro, per malattia, *genere* ed età", 13 "numero di azioni riguardanti la prevalenza per età del consumo di tabacco, se possibile differenziata per *genere*", 14 "numero di azioni concernenti la prevalenza del consumo nocivo di alcol, se possibile differenziata per *genere* ed età".

Tutto questo a dimostrazione di come il recente Programma sottolinei in modo più netto, sia a livello europeo che a livello nazionale (dei singoli Stati membri), la necessità di promuovere studi sull'influenza del genere sulle caratteristiche delle malattie, allo scopo di contribuire a migliorare le conoscenze e l'educazione in tale ambito, per la prevenzione, la diagnosi, il monitoraggio e le cure.

A ricordare, infine, l'importanza del riconoscimento del diritto alla salute di genere nella dimensione globale, europea e nazionale è intervenuto di recente anche l'ultimo incontro del G20, nell'anno di presidenza italiana, in cui il *Women 20*, insieme alle delegate di 19 Paesi, nel trattare tutti i temi dell'*empowerment* femminile, ha posto per la prima volta l'attenzione anche sulla medicina di genere in tutti i suoi aspetti. In particolare si è sottolineata l'importanza di un approccio che tenga conto delle differenze di genere nella pratica clinica per l'appropriatezza e la personalizzazione delle cure, in una prospettiva riferita anche alla tutela della salute delle generazioni future.

Ed a questi principi dovrebbe anche ispirarsi il processo di elaborazione e negoziazione di un Trattato internazionale sulla prevenzione e sulla preparazione in materia di pandemie su cui i 194 membri dell'OMS hanno raggiunto il consenso il 1° dicembre 2021.

Certo è che se i ripetuti interventi internazionali ed europei continuano a rivolgere l'attenzione al diritto alla salute di genere, la ragione è da ritrovarsi nel fatto che, nonostante l'impegno ed il riconoscimento, almeno formale, del

diritto, il percorso per una effettività che sia sganciata dalla impostazione medica tradizionale radicata sul “neutro-maschile” appare ancora lungo e non scevro da resistenze anche psicologiche e metodologiche di analisi.

Ecco perché occorre più che mai verificare se, calando tale diritto nel nostro ordinamento, sia ravvisabile nella Costituzione una forte base giuridica che ne sancisca la rilevanza nell’ambito del diritto alla salute tradizionalmente inteso. Ed ancora se, a livello legislativo, l’attenzione prestata al diritto alla salute quale diritto inscindibilmente connesso alla protezione della dignità umana, richieda, dunque, in ragione del suo essere un diritto fondamentale, la capacità di offrire uno *standard* di tutela adeguato, declinato anche in riferimento al diritto alla salute di genere.

3. *Alla ricerca dei cardini costituzionali di un diritto alla salute di genere*

Le considerazioni che precedono hanno evidenziato, quanto meno a livello internazionale ed europeo, che è possibile configurare un “diritto alla salute di genere”. Resta ora da verificare se a livello nazionale, l’affermazione del diritto alla salute quale enunciato nella Carta costituzionale, consenta di individuare al suo interno quella autonoma declinazione riferita al genere, anche se non espressamente menzionata.

La risposta non può che essere positiva, poiché, diversamente, si verrebbe a disconoscere quel carattere di “Costituzione vivente”⁴⁵ che la contraddistingue e che ne consente il raccordo con l’evolversi della società, per quella componente dinamica che la rende un’opera “viva”, cioè “riplasmabile di continuo”⁴⁶, ispirata al principio cardine dell’uguaglianza sostanziale⁴⁷, che tende alla costruzione di una società nuova e più giusta⁴⁸.

⁴⁵ L’idea di “Costituzione vivente” è stata elaborata per la prima volta in America e proposta in Italia da Paladin al fine di indicare l’insieme dei precetti costituzionali attualizzati e concretamente applicati ad opera della giurisprudenza costituzionale.

⁴⁶ R. BIN, *Mutamenti costituzionali: un’analisi concettuale*, in *www.robertobin*, 2020, 17 “Anche per questo la «costituzione vivente» è un’opera collettiva, ed è un’opera che garantisce agganci solidi con il testo costituzionale: solidi ma elastici. È un’opera “viva” anche nel senso che si può riplasmare di continuo, anche quando le prassi o i percorsi giurisprudenziali sembrano allontanarsi di più dal “testo”, che però, proprio per la sua rigidità, può far riavvolgere lo sviluppo anomalo e riportare il percorso indietro”.

⁴⁷ Si ricorda che l’art. 3 fu suggerito da Massimo Severo Giannini, che nella relazione del 16 aprile 1946 svolta al congresso del Partito socialista italiano su “lo Stato democratico repubblicano” sottolineava come nella Costituzione “sarebbe [...] importante poter enunciare un principio generale, il quale dica che spetta all’azione dello Stato eliminare le disuguaglianze che si producono nella collettività e che siano imputabili a fatti attinenti al corpo sociale stesso. Sviluppando questo principio poi, potrebbero porsi delle enunciazioni tendenti a stabilire che l’azione dello Stato si svolgerà nel senso di fornire a chiunque gli elementi di base, di fornire abitazioni civili, di organizzare ed assicurare un’adeguata protezione sociale. In taluni casi, come per esempio per l’educazione, potrebbe perfino riconoscersi al cittadino un vero e proprio diritto pubblico subbietivo verso lo Stato ad ottenere un’adeguata prestazione”.

⁴⁸ U. ROMAGNOLI, *Art. 3, 2° comma*, in *Commentario della Costituzione. Art. 1-12. Principi fondamen-*

In questa prospettiva la Costituzione, e quindi i diritti in essa affermati, sono la risultante della continua evoluzione della società che cambia e si evolve con i nuovi bisogni che via via emergono, implicando così un percorso ambizioso e “senza fine”, per la realizzazione del quale è compito della Repubblica far sì che *tutti* gli ostacoli siano rimossi, e dunque “non solo quelli posti sulla via solenne del diritto, ma anche quelli creati dal costume, dalla tradizione, dalla mentalità corrente del nostro Paese”⁴⁹.

Peraltro, basta leggere i lavori dell’Assemblea costituente, nella parte relativa ai rapporti etico sociali, per comprendere come i nostri padri costituenti abbiano normato tale diritto riconoscendogli la rilevanza di diritto “fondamentale”⁵⁰.

Attribuzione da cui conseguono effetti significativi in quanto “la qualifica di diritto fondamentale ha pur sempre un significativo contenuto precettivo, nel senso che il suo riconoscimento, per un verso, esplicita l’appartenenza della salute al novero di quei *diritti inviolabili* dei quali parla genericamente l’art. 2 Cost.; per l’altro, ne indica una sorta di priorità (non assiologica, è bene ripetere, ma solo) logica, nel senso che la privazione della salute ostacola il pieno godimento anche degli altri diritti costituzionali”⁵¹.

Considerazioni che evidenziano lo stretto collegamento con la necessità di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano “di fatto” l’uguaglianza dei cittadini⁵², come nel caso delle “disuguaglianze di genere” che ancora inficiano in diversi ambiti i diritti e che trovano purtroppo riscontro anche nell’ambito del diritto alla salute. Infatti il diritto alla salute, ad oggi, è ancora inquadrato in una visione del neutro-maschile, retaggio di ostacoli socio-culturali quale il non adeguamento delle prassi mediche alle consolidate evidenze scientifiche, nonché di ostacoli economici quali gli elevati costi connessi ad un adeguamento degli studi, e ad una conseguente riorganizzazione dei servizi di cura.

tali, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 162, “Il 2° comma dell’articolo 3 assegna così un posto di rilievo primario al contenuto minimo e indispensabile del modello di società prefigurata”.

⁴⁹ TERESA MATTEI, *Assemblea costituente*, seduta del 18 marzo 1947. Preme qui evidenziare come fu Teresa Mattei a chiedere e ottenere l’inserimento della locuzione «di fatto» in vista della rimozione degli ostacoli all’uguaglianza sostanziale, affermando che “nessuno sviluppo democratico, nessun progresso sostanziale si produce nella vita di un popolo se esso non sia accompagnato da una piena emancipazione femminile”.

⁵⁰ Preme sottolineare che il progetto originario non prevedeva il riconoscimento della qualifica “fondamentale”, introdotta proprio allo scopo di garantire la salute in modo più chiaro e incisivo. Si veda Discussione tenutasi nella seduta del 24 aprile 1947 (Atti Ass. cost., I ed., 3295 ss.).

⁵¹ M. LUCIANI, *Il diritto alla salute, una prospettiva di diritto comparato*, in www.europarl.europa.eu, 2022, 7.

⁵² A. SIMONATI, *La costituzione «dimenticata» la parità di genere*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 11, “L’apporto delle donne in Assemblea fu decisivo, innanzitutto, per quanto concerne la disposizione dell’art. 3 Cost. Non solo, infatti, si deve a Lina Merlin l’aggiunta del sesso fra le condizioni personali che non possono costituire fonte di discriminazione; fu Teresa Mattei a chiedere e ottenere l’inserimento della locuzione «di fatto» in vista della rimozione degli ostacoli all’uguaglianza sostanziale”.

Il diritto alla salute sembra, dunque, presentare risvolti critici sul piano della sua effettività, quando a venire in rilievo è il diritto alla parità di genere “nel” diritto alla salute.

Perché il diritto alla salute, in questa nuova declinazione di genere, sia garantito “a tutti” gli individui, una strada percorribile appare quella di una rilettura dell’art. 32 della Costituzione, in combinato disposto con il diritto alla parità di genere di cui all’art. 51, quale “diritto di nuova generazione”, da considerare non nel dettato “letterale” della Costituzione riferito all’accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive, ma nella sua poliedrica applicazione⁵³.

In altre parole, i noti ritardi e le incertezze nell’attuazione del principio di parità di genere hanno sortito, accanto all’indiscutibile ritardo nel raggiungimento dei risultati auspicati dai costituenti (e soprattutto dalle costituenti)⁵⁴, anche un grave *vulnus* al diritto alla salute, collocato, non a caso, nel titolo II della parte prima della Costituzione, dedicato ai “rapporti etico-sociali”.

L’approccio alla salute non può dunque essere visto, né in un’ottica di “parità” dell’accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive, né in un’ottica soltanto biologica, posto che il valore etico e sociale chiama in causa l’idea forte del “diritto diseguale”, che non “soffoca” le differenze ma le valorizza come elementi di ricchezza per l’intera società e il suo progresso⁵⁵.

In buona sostanza, la *raison d’essere* della rimeditazione dei contenuti del diritto alla salute in un’ottica di genere *dovrebbe* (il condizionale è d’obbligo) portare a superare quelle discriminazioni che le conoscenze scientifiche hanno dimostrato inficiare il diritto alla salute, dalla ricerca alle cure, laddove va riconosciuto che non possono essere trattate in maniera uguale situazioni differenti, quali sono le variabili sessuali, sociali e culturali, in una parola le “variabili di genere”.

Il diritto alla salute di genere è infatti intrinseco alla definizione di “salute” intesa, come “uno stato di completo benessere fisico, sociale e mentale, e non soltanto come assenza di malattia o di infermità”, divenendo per queste ragioni un carattere distintivo del diritto alla salute.

In questa prospettiva il diritto alla salute è un diritto “insaziabile”⁵⁶, vale a dire capace di espandersi al progredire delle possibilità scientifiche e, altresì, del progresso e delle sensibilità culturali e sociali, posto che il carattere trasversale del diritto alla parità di genere fa sì che tale diritto non coesista “con” i vari diritti fondamentali, ed in particolare con quelli sociali, ma si integri in questi, secondo “l’assunzione di una visione olistica”⁵⁷.

⁵³ M. D’AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, 2020.

⁵⁴ *Ivi*, 51-74.

⁵⁵ A. D’ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002.

⁵⁶ A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria Politica*, 2000, 3-20.

⁵⁷ A. SIMONATI, *La costituzione «dimenticata» la parità di genere*, cit., 17.

L'art. 32 così declinato continua, dunque, ad avere quel carattere “precettivo” immediato⁵⁸ che di per sé non ha necessariamente bisogno di ulteriori norme per la sua applicabilità in ottica di genere⁵⁹, anche perché lo stesso diritto alla parità di genere, non deve, o meglio, non dovrebbe, essere anch'esso considerato come una norma meramente programmatica, ma come una norma a carattere precettivo⁶⁰.

Si tratti infatti di una endiadi di intenti connessi sia alla tutela dei diritti individuali, sia all'interesse della collettività, quali due facce della stessa medaglia, *rectius* del pluralismo che è proprio del nostro ordinamento.

Va da sé che l'effettività del diritto alla salute di genere è perseguibile nella misura in cui il legislatore dia alla norma costituzionale la “maggiore ampiezza ed espansione possibile”⁶¹. Ragione per la quale, combinando questa necessità di ampiezza ed espansione connaturale al diritto alla salute con “l'ispirazione di fondo di una politica del diritto” retta dal principio di uguaglianza sostanziale⁶², si può affermare che un elemento imprescindibile di tutto il ragionamento sia anche quello dell'amministrazione, ossia la definizione in ottica di genere dell'organizzazione dei servizi pubblici ed il ruolo dei pubblici poteri nell'erogazione delle relative prestazioni⁶³.

Il riferimento agli aspetti organizzativi dell'amministrazione chiama ovviamente in causa l'art. 97 della Costituzione, nella sua interezza, nel senso, cioè, che anche il primo comma dedicato agli aspetti finanziari, rileva ai fini della effettività

⁵⁸ È opportuno, tuttavia, ricordare che, anche nelle prime fasi di vita costituzionale della Repubblica vi fu chi, in dottrina, sostenne sin da subito il valore direttamente precettivo dell'art. 32 della Costituzione. Cfr. C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1961, 1 ss. Come anche le considerazioni di L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, cit., 114, per cui se ad una disposizione è attribuito un carattere programmatico, non vuol dire che ne è indebolita necessariamente la forza normativa, dal momento che i precetti in essa contenuti comprendono pur sempre dei vincoli che, invece che intervenire in modo diretto su una materia, pongono un obbligo per i poteri pubblici a regolare il tema, incidendo in modo significativo sulla materia stessa. La violazione da parte del legislatore di un precetto costituzionale, anche se di valore programmatico, determinerebbe comunque l'incostituzionalità dell'intervento. Si veda *ex multis* anche A. BALDASSARRE, *voce Diritti sociali*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, 26; GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 176; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998; L. PRINCIPATO, *L'immediata perattività dei diritti sociali ed il «contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1998, 3853 ss.

⁵⁹ Si veda E. CATELANI, *La medicina di genere: profili giuridici* – Focus di approfondimento, in www.cug.unipi.it, maggio 2021.

⁶⁰ A. SIMONATI, *La costituzione «dimenticata» la parità di genere*, cit., 17 sottolinea come “l'attuazione immediata delle disposizioni costituzionali sulla parità di genere avrebbe permesso di cogliere prima la portata onnicomprensiva di questo principio”.

⁶¹ In questo senso M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., 773.

⁶² U. ROMAGNOLI, *Art. 3, c.2 Cost.*, cit., 163 e 171 ss.

⁶³ Si veda F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.

del diritto alla salute in generale e di quello di genere in particolare, essendo la sostenibilità finanziaria una delle condizioni necessarie per rendere effettivo un diritto.

A tale riguardo preme ricordare come negli ultimi due decenni l'OMS, nel porre l'attenzione sull'approccio di "genere" in salute, è giunta a definire tale dimensione una necessità di metodo e di analisi che deve rivestire un ruolo cruciale nella programmazione sanitaria, al fine di tutelare e promuovere la salute. Programmazione che, come è noto, non può prescindere dal dato finanziario⁶⁴. Sicché ogni differenziazione in ragione del genere non può che risultare oggettivamente discriminatoria, diminuendo per taluni individui il contenuto concreto del diritto fondamentale "salute di genere".

Se dunque le fondamenta costituzionali del diritto alla salute di genere appaiono complesse ma solide, è la stessa Costituzione all'art. 117 a chiamare in causa il legislatore statale e quello regionale.

Sul versante statale, infatti, la Corte costituzionale ha avuto modo di sottolineare come "il diritto della persona di essere curata efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica, e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica [...] deve essere garantito in condizione di uguaglianza in tutto il Paese, attraverso una *legislazione generale dello Stato* basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale"⁶⁵, spettando allo Stato garantire i livelli essenziali delle prestazioni su tutto il territorio nazionale e dunque i livelli essenziali di assistenza che il Servizio sanitario nazionale è tenuto a fornire, anche finanziariamente, ai cittadini.

Sul versante regionale, trattandosi di un sistema di tutela della salute articolato su due livelli di governo, sempre la Corte sottolinea come alla Regione pertenga il compito di organizzare sul territorio il rispettivo servizio e garantire l'erogazione delle prestazioni nel rispetto dei suddetti LEA.

È evidente che un modello articolato su due livelli di governo rende necessaria la definizione di un sistema di regole che ne disciplini i rapporti di collaborazione, nel rispetto delle reciproche competenze, e guardi al diritto alla salute nella sua prospettazione composita, vale a dire nell'inclusione *nel* diritto alla salute del diritto alla salute di genere⁶⁶. Ma perché questa costruzione abbia un senso è necessario verificare se e come tale diritto venga ad essere garantito, posto che

⁶⁴ Ministero della Salute, *Il genere come determinante di salute. Lo sviluppo della medicina di genere per garantire equità e appropriatezza della cura*, in www.salute.gov.it, VIII.

⁶⁵ Corte cost., sent. n. 5 del 2018.

⁶⁶ Corte cost., sent. n. 142 del 2021. La Corte aggiunge anche che tale sistema è finalizzato a "realizzare una gestione del sistema sanitario efficiente e capace di rispondere alle istanze dei cittadini coerentemente con le regole di bilancio, le quali prevedono la separazione dei costi necessari, inerenti alla prestazione dei LEA, dalle altre spese sanitarie, assoggettate invece al principio della sostenibilità economica".

la condizione dell'effettività del diritto dipende, oltretutto dalla consapevolezza politica della sua rilevanza, dalle disponibilità finanziarie che a livello centrale ed a livello regionale sono messe a disposizione per la copertura dei relativi costi. Non resta quindi che andare a verificare se, e come, il diritto alla salute di genere sia stato recepito e finanziato nella legislazione nazionale e regionale.

4. *I primi "timidi" passi verso il riconoscimento di un diritto alla salute di genere a legislazione invariata*

Passando ad esaminare il lungo *iter* che ha portato all'approvazione di una legislazione nazionale sul diritto alla salute di genere, non è possibile non rilevare come questo sia il frutto di interventi di varia natura sia sul versante amministrativo che su quello legislativo.

Il perché è forse rinvenibile nel fatto che un tale riconoscimento rappresenta una sfida assai rilevante che non si ferma al livello legislativo ma che coinvolge anche e, soprattutto, il profilo organizzativo dell'amministrazione.

A livello legislativo, il legislatore deve, infatti, riuscire a rendere effettivo il diritto alla salute tenendo conto sia del necessario bilanciamento con gli altri diritti sia delle risorse disponibili, e questo perché "una volta normativamente identificato il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto, questo non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali", come è stato ribadito da una costante giurisprudenza costituzionale "...è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione"⁶⁷.

A livello amministrativo tutto ciò passa poi per scelte che investono la riorganizzazione sanitaria sia a livello regionale che a livello di indirizzo centrale, al fine di rinforzare un sistema sanitario secondo percorsi di cura adeguati a tutti i cittadini che tengano conto delle differenze di genere. Dunque, un percorso legislativo ed amministrativo non immediato.

Ecco perché il diritto alla salute in un'ottica di genere, ha mosso i primi passi nel nostro ordinamento con interventi settoriali, rivolti all'ambito specifico della tutela della salute delle donne.

A venire in rilievo al riguardo è l'iniziativa che, nel 1998, il Ministro delle pari opportunità, di concerto con il Ministro della salute, hanno promosso con "Una salute a misura di donna", un progetto dal nome significativo, che pur riferendosi ad un diritto, come quello alla salute cardine della nostra Costituzione, evidenzia il suo essere diseguale e intrinsecamente poliedrico⁶⁸.

⁶⁷ Corte cost., sent. n. 275 del 2016.

⁶⁸ Tale progetto ha portato alla costituzione nel settembre 1999, presso il Dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio del gruppo di lavoro interdisciplinare, rappresen-

A questa iniziativa è seguita, nel 2005, l'istituzione presso il Ministero della Salute di un Tavolo di lavoro "Salute delle donne e farmaci per le donne", cui hanno partecipato l'Istituto Superiore di Sanità (ISS), l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), l'Agenzia per i Servizi Sanitari Regionali (ASSR) e la Società Italiana di Farmacologia (SIF). L'iniziativa ha avuto poi un seguito con la istituzione, su impulso dell'allora Ministro della Sanità, di una Commissione sulla "salute delle donne" i cui lavori hanno trovato esito nella pubblicazione di un Rapporto su "Stato di salute delle donne in Italia", in cui si raccomanda di raccogliere i dati di genere sulla salute, definire percorsi di formazione specifica a livello universitario per gli operatori del SSN e promuovere programmi di ricerca in una prospettiva di genere⁶⁹.

Ma quello che più rileva è che da questo Rapporto emerge una fotografia della salute delle donne italiane che rivela la necessità di interventi adeguati sia in riferimento al miglioramento della salute intesa come benessere fisico, psichico, sociale ed economico, sia in riferimento a finanziamenti *ad hoc* per progetti di ricerca nel campo della medicina di genere⁷⁰.

A questo primo passo, ne sono seguiti altri, tra cui merita segnalare quello del Comitato Nazionale di Bioetica⁷¹ con la pubblicazione del rapporto "La

tativo sia del mondo della ricerca che di quello clinico. Le attività del gruppo durate tre anni, hanno portato alla redazione del report "Una salute a misura di donna" (presentato nel febbraio 2002 alla Camera), che documentava la sistematica mancanza di attenzione alla dimensione di genere nella raccolta dati, la sottovalutazione dei rischi nelle patologie a carico delle donne e le conseguenti risposte inadeguate nei diversi settori indagati. Cfr. Dipartimento per le Pari Opportunità – Presidenza del Consiglio dei ministri, *Una salute a misura di donna*, Roma, 2001. Inoltre, sempre lo stesso gruppo ha realizzato la pubblicazione del volume "Guida alla salute delle donne" che presenta, per la prima volta, delle linee guida volte a "svelare i pregiudizi", a evidenziare i fattori di rischio e a "sviluppare le informazioni per promuovere la salute". Si veda Commissione Nazionale di Parità, Pari Opportunità – Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria della Presidenza del Consiglio dei ministri, *Guida alla salute delle donne*, Roma, 2003.

⁶⁹ Nel 2007 con decreto del 6 giugno è stata istituita presso il Ministero della Salute, la "Commissione salute delle donne" con durata triennale, con l'obiettivo di elaborare il "Piano strategico inter-settoriale per la promozione e tutela della salute psico-fisica delle donne" e approfondire temi come la medicina di genere, la salute riproduttiva, il percorso nascita, gli aspetti preventivi nelle varie fasi della vita delle donne. Viene anche approvato il "Piano di azioni per la salute della donna e del bambino" dove la salute delle donne viene considerata come "l'indicatore più efficace per valutare l'impatto delle politiche nazionali sulla salute, e per rimuovere tutte le disuguaglianze, non solo quelle economiche e sociali, ma anche quelle fra uomini e donne". Nel maggio 2008 viene presentata la pubblicazione "La salute delle donne: un diritto in costruzione" che contiene la descrizione delle azioni di governo, i relativi documenti e, nella terza parte, un articolato *report* dei lavori della Commissione ministeriale "Salute delle Donne". Ministero della Salute. *La salute delle donne: un diritto in costruzione*, Roma, 2008

⁷⁰ Progetti finanziati sia dal Ministero della Salute che dall'Agenzia Italiana del Farmaco.

⁷¹ Il Comitato nazionale per la bioetica (spesso abbreviato in CNB) è stato istituito con decreto del presidente del Consiglio dei ministri il 28 marzo 1990 quale organo consultivo della Presidenza del Consiglio dei ministri, che svolge altresì funzioni di consulenza presso il Governo,

sperimentazione farmacologica sulle donne”, in cui partendo dall’analisi dei dati sulla sperimentazione clinica delle donne viene evidenziata la *sotto rappresentatività* nell’arruolamento, nonché la scarsa elaborazione differenziata dei risultati soprattutto per le patologie non prettamente femminili⁷², aspetti che trovano, poi, riscontro nella pubblicazione dell’indagine conoscitiva della 12a Commissione permanente del Senato (Igiene e Sanità) nella quale viene evidenziata la necessità di considerare il determinante genere per programmare nuovi interventi in sanità.

Passi dunque importanti che portano l’Agenzia Italiana del Farmaco a formalizzare nel 2011 il “Gruppo di Lavoro su Farmaci e genere” per approfondire le problematiche inerenti agli aspetti regolatori e farmacologici della medicina di genere, richiedendo alle aziende farmaceutiche di sviluppare disegni di ricerca orientati al genere, oltreché ad elaborare i dati ottenuti considerando la variabile sesso⁷³.

Si afferma, in sostanza, il suo riconoscimento a livello della *lobby* delle case farmaceutiche, e non è un caso che l’AIFA sia la prima organizzazione ad includere nel 2016 la medicina di genere come area tematica nel bando pubblicato per la ricerca indipendente sui farmaci⁷⁴.

Ma se sul versante farmaceutico si segnano questi primi passi importanti,

il Parlamento e le altre istituzioni, e con funzioni di informazione nei confronti dell’opinione pubblica sui problemi etici emergenti.

⁷² Presidenza del Consiglio dei ministri – Comitato Nazionale per la Bioetica, *La sperimentazione farmacologica sulle donne*, Roma, 2007.

⁷³ L’Agenzia Italiana del Farmaco (la cui istituzione risale all’art. 48 del d.l. n. 269 del 2003, convertito in legge n. 326 del 2003, che ha rappresentato il collegato alla legge finanziaria 2004) “è un ente pubblico che opera in autonomia, trasparenza e economicità, sotto la direzione del Ministero della Salute e la vigilanza del Ministero della Salute e del Ministero dell’Economia. Collabora con le Regioni, l’Istituto Superiore di Sanità, gli Istituti di ricovero e cura a carattere Scientifico, le Associazioni dei pazienti, i medici e le Società scientifiche, il mondo produttivo e distributivo. Nello specifico: garantisce l’accesso al farmaco e il suo impiego sicuro ed appropriato come strumento di difesa della salute; assicura la unitarietà nazionale del sistema farmaceutico d’intesa con le Regioni; provvede al governo della spesa farmaceutica in un contesto di compatibilità economico-finanziaria e competitività dell’industria farmaceutica; assicura innovazione, efficienza e semplificazione delle procedure registrative, in particolare per determinare un accesso rapido ai farmaci innovativi ed ai farmaci per le malattie rare; rafforza i rapporti con le Agenzie degli altri Paesi, con l’Agenzia Europea dei Medicinali (EMA) e con gli altri organismi internazionali favorisce e premia gli investimenti in Ricerca e Sviluppo (R&S) in Italia, promuovendo e premiando la innovatività; dialoga ed interagisce con la comunità delle associazioni dei malati e con il mondo medico-scientifico e delle imprese produttive e distributive; promuove la conoscenza e la cultura sul farmaco e la raccolta e valutazione delle *best practices* internazionali”. (Cosi’ descrizione del ruolo dell’Agenzia in www.aifa.gov.it). Si veda L. CASINI, *L’Agenzia del farmaco: ufficio-agenzia o agenzia-ente pubblico?*, in *Gior. Dir. amm.*, 2004, 132-139.

⁷⁴ Ciò a dimostrazione di come l’effettività del diritto alla salute di genere passi anche per il suo riconoscimento a livello delle *lobby* delle cause farmaceutiche.

non meno importanti sono quelli dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) che, nell'affrontare la materia, elabora ed introduce la c.d. sesso-stratificazione come strumento metodologico per talune indagini epidemiologiche⁷⁵.

A completare il quadro degli interventi "istituzionali" a sostegno di un approccio della medicina che tenga conto del diritto alla salute di genere, interviene anche l'Istituto Superiore di Sanità⁷⁶, che nel 2011 attiva il Reparto *Malattie degenerative, Invecchiamento e Medicina di genere*, all'interno del Dipartimento del Farmaco⁷⁷ istituendo nel 2017 il Centro di Riferimento per la Medicina di Genere, che svolge attività di ricerca biomedica, di formazione e comunicazione, oltreché attività istituzionale in un'ottica di genere.

In questo complesso percorso nel quale la componente scientifica e sociale è rilevante, era inevitabile che il Centro di Riferimento per la Medicina di Genere dell'ISS dovesse rivolgersi anche alle Università ed al Terzo settore.

Ed in verità l'apporto delle Università allo studio della medicina di genere è sempre stato molto significativo, per la semplice ragione che il decreto del Ministro dell'Università e della Ricerca dell'ottobre 2000 ha posto la prospettiva *gender sensitive* tra gli obiettivi formativi di alcuni corsi di laurea delle professioni sanitarie, al fine di garantire la conoscenza e l'applicazione di una visione di genere nella ricerca, nella prevenzione, nella diagnosi e nella cura⁷⁸.

⁷⁵ Ci si riferisce in particolare alla sesso-stratificazione come strumento metodologico per l'analisi dei dati epidemiologici per individuare caratteristiche differenti secondo indicatori specifici di genere.

⁷⁶ L'Istituto superiore di sanità (ISS), costituito nel 1934 con il nome di Istituto di sanità pubblica, nel 1941 ha assunto l'attuale denominazione, con la riforma del 2001 (decreto del presidente della Repubblica n. 70) l'ISS ha cambiato il suo stato giuridico, diventando ente di diritto pubblico che opera come agenzia autonoma, sotto la sorveglianza del Ministero della salute, in qualità di organo tecnico-scientifico del Servizio sanitario nazionale in Italia, svolge funzioni di ricerca, sperimentazione, controllo, consulenza, documentazione e formazione in materia di salute pubblica.

⁷⁷ A questo, nel 2011, viene affidato lo sviluppo e l'applicazione di un approccio di genere per lo studio di patologie volto a una migliore diagnosi e cura delle differenze di genere in determinate patologie.

⁷⁸ Specificamente in sei classi di corso di laurea triennale (tra cui scienze delle attività motorie e sportive) su ventisei e in undici classi di laurea magistrale (tra cui medicina e chirurgia e scienze delle attività motorie e dello sport) su cinquantadue. Cfr. Decreto Ministeriale del 4 ottobre 2000 "Settori scientifici disciplinari dichiaratoria". Si ricorda al riguardo quanto rilevato nel 2013 nel corso del Convegno nazionale "Genere, sociologia e Università" promosso dall'Università di Roma Tre, in cui è stata presentata la ricerca "La formazione universitaria e post-universitaria *gender sensitive* in Italia", nella quale veniva messo in luce che dai dati riferiti all'anno accademico 2011-12 su un campione di 57 Atenei pubblici solamente 16 Atenei avevano attivato corsi "sul genere" (ovvero il 0,001% dell'intera offerta formativa universitaria italiana), il 20% dei quali nell'area della medicina. Va precisato a tale riguardo però che negli anni successivi si è assistito alla nascita di insegnamenti facoltativi, ne sono un esempio, dopo la Cattedra di Medicina di genere dell'Università di Padova (a.a. 2013-14), quella di Siena (a.a. 2014-15), e l'Università di Ferrara (a.a. 2015-16) che approva un insegnamento specifico. Inoltre negli anni si sono attivati Centri universitari di ricerca

Il Centro di Riferimento per la Medicina di Genere dell'ISS ha così sottoscritto un accordo con diverse Università, mentre sul versante del Terzo settore ha stabilito rapporti con le più significative anime del Terzo settore interessate alla medicina di genere quali – associazioni Centro Studi Nazionale su Salute e Medicina di Genere e Gruppo Italiano Salute e Genere (GISeG) – dando vita alla Rete Italiana per la Medicina di Genere.

La Rete frutto di una *partnership* pubblico-privato ha come obiettivo quello di sviluppare la ricerca scientifica, di promuovere la formazione di medici e operatori sanitari e l'informazione della popolazione⁷⁹. È un passo importante per la medicina di genere e per il riconoscimento del relativo diritto posto che, attraverso la Rete, si sono avviate collaborazioni con la Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri (FNOMCeO), che ha costituito un gruppo di lavoro specifico con l'obiettivo di sensibilizzare tutti gli Ordini dei medici italiani all'approfondimento e alla formazione della medicina di genere; con la Federazione delle Associazioni dei Dirigenti Medici Internisti (FADOI) che ha una Sezione di medicina di genere; con la Società Italiana di Medicina Generale e delle Cure Primarie (SIMG), che ha un'area "Salute della Donna" che si occupa di medicina di genere. In sostanza questi rapporti oltre a costituire una Rete italiana sulla medicina di genere hanno aperto la strada a collaborazioni con la Società Internazionale di Medicina di Genere (IGM), pervenendo anche alla istituzione nel 2015 del *The Italian Journal of Gender-Specific Medicine*, strumento di fondamentale importanza nella diffusione della ricerca e della cultura di genere.

L'influenza del Terzo settore ha poi portato alla costituzione dell'Osservatorio nazionale sulla salute della donna e di genere (ONDA), volto a promuovere a livello istituzionale, sanitario-assistenziale, scientifico-accademico e sociale un approccio al diritto alla salute orientato al genere, con particolare attenzione a quella femminile, secondo principi di equità e pari opportunità⁸⁰.

sul genere, solitamente interdipartimentali, anche declinati sulla salute (Milano, Bologna, Trento, Sassari, Foggia, Pavia, Napoli e Bari).

⁷⁹ Tale Rete è stata presentata dal Ministero della Salute con la pubblicazione "Quaderni del Ministero della Salute – Il genere come determinante di salute. Lo sviluppo della medicina di genere per garantire equità e appropriatezza della cura", n. 26, aprile 2016, che evidenzia come la medicina di genere si interessi delle differenze biologiche e socioculturali tra uomini e donne, della loro influenza sullo stato di salute e di malattia rappresentando un punto fondamentale per il Servizio sanitario nazionale. Il lavoro affronta questa tematica da vari punti di vista tenendo conto delle peculiarità del sistema-paese, delle varie specialità mediche interessate e delle possibili ricadute per il cittadino.

⁸⁰ Osservatorio costituito nel 2005 (ed oggi qualificato come Fondazione), volto alla disseminazione di una corretta informazione presso la popolazione per promuovere la prevenzione primaria, la diagnosi precoce e l'aderenza terapeutica, anche avvalendosi della collaborazione con una rete di ospedali premiati con i "Bollini Rosa" per l'attenzione riservata alla salute femminile. Dialoga altresì con le istituzioni centrali e regionali, segnalando le maggiori criticità di salute ed equità di accesso. Nei propri progetti tale Osservatorio coinvolge anche società scientifiche, asso-

Il quadro descritto porta a riflettere anche sui nuovi confini del sistema delle fonti nel campo del diritto alla salute di genere, rivelando come “nella diversa, rinnovata concezione delle fonti del diritto in seguito alla modifica del titolo V della Costituzione” vi sia chi sottolinea come l’autoregolamentazione privata acquisti la dignità di fonte di produzione normativa, “idonea, come tale, ad incidere anche sulla sfera giuridica altrui”. Si tratta, in sostanza, di quello che una parte della dottrina ha definito “diritto mite”⁸¹, riconducendolo anche alla “*soft law*”⁸², per rappresentare l’espressione della frammentazione e articolazione dell’attuale società, “...la quale richiede sempre di più regole dettagliate e specifiche che vengono proprio dai settori interessati”⁸³. In questa prospettiva i “soggetti della sussidiarietà orizzontale” pongono in essere veri e propri fenomeni di regolazione sociale che comportano un enorme ampliamento del tessuto normativo⁸⁴.

ciazioni di pazienti e media. Si ricorda la recente pubblicazione dedicata a genere e emergenza pandemica, cfr. ONDA, *Covid-19 e salute di genere: da pandemia a sindemia*, Milano, 2021.

⁸¹ Per approfondimenti sulla definizione “diritto mite” si veda G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992. L’A. sottolinea come “oltre che dal pluralismo politico-sociale che si manifesta nella legge del Parlamento, gli ordinamenti attuali risultano poi anche da una molteplicità di fonti che è a sua volta espressione di un pluralismo di ordinamenti minori, che vivono all’ombra di quello statale e non sempre accettano pacificamente una posizione di secondo piano. [...] La statualità del diritto, che era una premessa essenziale del positivismo giuridico del secolo scorso, è così messa in discussione e la legge spesso si ritrae per lasciare campi interi a normazioni di origine diversa, provenienti ora da soggetti pubblici locali, conformemente al decentramento politico e giuridico che segna la struttura degli Stati moderni, ora dall’autonomia di soggetti sociali collettivi, come i sindacati dei lavoratori, le associazioni degli imprenditori, nonché le associazioni professionali”. Ed ancora, G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, ed. II, Torino, 2015, 48. L’A. sottolinea che “vi è un ordinamento giuridico (perfino nella società *latronum*, nel gruppo statale per ordinamento statale) ogni volta che sussistano tre elementi (come specificato da Gasparri e M.S. Giannini): un corpo sociale (e quindi una plurisoggettività), che sia organizzato (organizzazione) e che abbia una propria normazione (normazione)”.

⁸² Sul concetto di *soft law* e la sua estensione, si vedano *ex multis* A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto: art. 1-9*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, ed. II, Bologna-Roma, 2011, 143 ss.; ID., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008, 25 ss.; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008; A. SOMMA, *Soft law sed law. Diritto morbido e neocorporativo nella costruzione dell’Europa dei mercati e nella distruzione dell’Europa dei diritti*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2008, 438 ss.; R. BIN, *Soft law, no law*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. SOMMA, Torino, 2009, 31 ss.; *ivi*, R. VOLANTE, *Il soft law come norma di diritto privato. Un tentativo di definizione*, 173 ss.; L. DE BERNARDIN, *Soft law*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, vol. 4, Milano, 2006, 5605. Secondo l’A. “gli inizi del termine si fanno in genere risalire a Lord McNair, il quale non lo avrebbe comunque usato in saggi scritti”.

⁸³ A. BELLELLI, *Il problema della giuridicità delle regole deontologiche delle professioni*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato. I. Potere di autoregolamentazione e sistema delle fonti. Autonomia privata e diritto di famiglia. Attività negoziale e composizione alternativa delle liti*, a cura di M. Nuzzo, Torino, 2014, 83.

⁸⁴ Sul principio di sussidiarietà orizzontale e per la concezione dell’autonomia privata come fonte del diritto si veda *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato: I*, cit., a cura di M. NUZZO; P.

Questo *millefleur* di interventi (amministrativi e non) dimostra come la costruzione del perimetro del diritto alla salute di genere coinvolga tutti gli attori del sistema, contribuendo a porre le basi per la messa in “cantiere” di un *corpus* di norme che ne riconosca la specificità nell’ambito del diritto alla salute.

5. *Dal tentativo di una legge ad hoc all’art. 3 della legge 2018: meglio poco che nulla*

Gli interventi, internazionali ed europei a favore del riconoscimento della medicina di genere e conseguentemente del diritto alla salute di genere, sono stati senza dubbio di stimolo per una presa di coscienza a livello nazionale, anticipata da vari esperimenti regionali⁸⁵, e sfociata nel 2018 nella legge di “Delega

PERLINGIERI, *Fonti del diritto e “ordinamento del caso concreto”*, in *Riv. dir. Priv.*, 4, 2010, 21; A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, in *Giur. Cost.*, 2010, 1895 ss.

⁸⁵ Si tratta di una molteplicità di esperimenti regionali a carattere amministrativo ed in alcuni casi legislativi, che interessano quasi l’intero territorio nazionale. Dall’inclusione della medicina di genere nel Piano socio sanitario regionale (es. Veneto, Piemonte, Lombardia, Provincia Autonoma di Trento, Marche, Toscana, Emilia Romagna, Umbria, Puglia), inclusione della medicina di genere nel Piano regionale della prevenzione (es. Piemonte, Emilia Romagna), inclusione della medicina di genere in un programma di azioni integrate (es. Abruzzo), applicazione della medicina di genere come obiettivo per i Direttori generali delle Aziende sanitarie (es. Lombardia, Basilicata), Presenza di un Tavolo o Commissione regionale sulla medicina di genere (es. Veneto, Toscana, Puglia), istituzione di un Centro/Agenzia regionale sulla medicina di genere (es. Toscana), istituzione di Centri/Agenzie nelle strutture sanitarie territoriali (es. Toscana), istituzione di Osservatori sulla Medicina di genere (es. Sardegna), promozione della ricerca medica in prospettiva sesso-genere (es. Veneto, Marche), formazione agli studenti nelle Università (es. Lombardia, Veneto, Toscana), introduzione di *Master* specifici sulla medicina di genere (es. Toscana, Puglia). Tra gli interventi legislativi non si può non ricordare, anche per il suo carattere fortemente anticipatorio, quello della Regione Toscana con l’art. 18 “Cittadinanza di genere nella politica sanitaria. Modifiche agli articoli 7, 19 e 54 della l.r. n. 40/2005 (Disciplina del servizio sanitario regionale)” della Legge regionale 2 aprile 2009, n. 16 “Cittadinanza di genere”, secondo cui “la Regione garantisce l’integrazione attiva negli obiettivi e nelle attuazioni della politica della salute del principio della *parità di trattamento*, al fine di evitare che si abbiano discriminazioni a causa delle differenze biologiche o degli stereotipi sociali ad esse associati. (...) La Regione promuove l’adozione sistematica di iniziative volte a sostenere la *salute delle donne* nelle fasi della loro vita, nell’ambito delle azioni di educazione alla salute. (...) La Regione promuove la ricerca scientifica che prende in considerazione le differenze fra donna e uomo in relazione alla protezione della loro salute, in particolar modo per quanto riguarda l’accessibilità e l’attività diagnostica e terapeutica, sia nell’ambito degli studi clinici che in quello assistenziale. (...) La Regione persegue l’obiettivo di garantire l’ottenimento e il *trattamento disaggregato per genere*, ove possibile, dei dati contenuti nei registri, indagini statistiche o altri sistemi di informazione sanitaria”. Ed ancora come non menzionare, quale modello esemplare, la legge della Regione Emilia-Romagna 27 giugno 2014, n. 6 “Legge quadro per la parità e contro le discriminazioni di genere” considerato il testo più ampio ed organico sull’uguaglianza di genere, in cui il riferimento alla medicina di genere, oltre che all’art. 3 “Definizioni”, è contenuto in due articoli, art. 10 “Medicina di genere e cura personalizzata” e art. 11 “Rete dei servizi e presidi territoriali”, in un’ottica orientata alla salute e alla medicina di genere. La legge della Regione Emilia-Romagna

al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della Salute”, nella quale viene introdotto il concetto di “genere” in medicina. Il tutto al fine di garantire ad ogni persona la cura migliore nel rispetto delle differenze, dando avvio ad un percorso che sembra andare verso l’effettiva *personalizzazione* delle terapie⁸⁶.

Vero è che se la legge del 2018 ha il merito di aver dato avvio ad una prospettiva di genere del diritto alla salute questa, oltre ad innestarsi per alcuni aspetti sulla disciplina dettata dal d.lgs. n. 81 del 2008 (sicurezza nei luoghi di lavoro)⁸⁷, è la risultante di una serie di tentativi legislativi diretti a trattare in modo

risulta, dunque, già prima della legge nazionale (l. n. 3 del 2018), un testo all’avanguardia e particolarmente attento all’approccio di genere in sanità. Al riguardo si ricorda poi anche la recente legge regionale dell’Emilia-Romagna, 1 agosto 2019, n. 15 “Legge regionale contro le discriminazioni e le violenze determinate dall’orientamento sessuale o dall’identità di genere”, che all’art. 5 “Interventi in materia socio-assistenziale e socio-sanitaria”, stabilisce che “Il Servizio sanitario regionale, i servizi socio-assistenziali e socio-sanitari sostengono e promuovono iniziative di informazione, consulenza e sostegno sulle tematiche specifiche che coinvolgono le persone gay e lesbiche, transessuali, transgender e intersex. Le medesime iniziative sono offerte ai genitori e alle famiglie. La Regione promuove gli interventi di cui al presente articolo in coerenza con il Piano sociale e sanitario regionale, con il Piano regionale per la promozione della salute e prevenzione e con gli altri strumenti di programmazione e pianificazione di settore. La Regione, per le finalità di cui al comma 1, promuove specifica formazione e aggiornamento a operatori e operatrici dei servizi sociali e sanitari”.

⁸⁶ CIAVATTA, G. FINCATO, G. PANINA, *Personalizzazione delle cure, terapie innovative e nuovo ruolo dei farmaci*, in AA.VV., *Terapie innovative e welfare: un nuovo paradigma*, Roma, 2019, 50-64.

⁸⁷ Non stupisce, la considerazione che sia una disciplina di settore ad aver dettato una prima disciplina nazionale attenta al genere, quale ambito disciplinare probabilmente più “recettivo”, quello del lavoro, in cui le differenziazioni di disciplina legate al sesso sono connaturali alla stessa affermazione del riconoscimento a *tutti* del diritto al lavoro (es. per la parte relativa alla maternità). Il D.lgs. del 9 aprile 2008, n. 81 “Attuazione dell’articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro” fa, infatti, emergere nel contesto della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro *il passaggio* da una concezione di *lavoratore “neutro”*, che era proprio della legislazione precedente sul tema (cfr. D.lgs. n. 629 del 1994 si riferiva a un diverso trattamento donne/uomini solo con riferimento a servizi igienici, lavabi, spogliatoi, madri in periodo di gravidanza e allattamento), ad una che invece tiene in considerazione le *differenze di genere*, in relazione “alla valutazione dei rischi e alla predisposizione delle misure di prevenzione” indicando anche “modelli di organizzazione e gestione aziendali”. Inoltre, attribuisce alla Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro il compito di promuovere il riconoscimento delle differenze di genere nella valutazione dei rischi e nell’approntamento delle misure di prevenzione (così come modificato dal D.lgs. n. 151 del 2015 attuativo del *Jobs Act* e modificativo dell’art. 6, c. 2). Vieppiù nella parte del dettato relativa alla valutazione dei rischi si fa riferimento ai rischi riguardanti sia le lavoratrici che i lavoratori, sottolineando l’importanza che nell’invio dei dati sanitari da parte del medico competente si evidenzino le differenze di genere dei dati aggregati sanitari e dei rischi dei lavoratori. Infine preme sottolineare la previsione sempre in tema di diritto al lavoro, ma non relativamente alla sicurezza, del D.lgs. n. 80 del 2015 e suc. mod. “Misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro”, attuativo del *Jobs Act*, che ha introdotto

specifico la materia ma mai andati a buon fine⁸⁸, tra i quali un rilievo particolare è da riconoscere alla proposta di legge n. 3603 del 12 febbraio 2016 “Disposizioni per favorire l’applicazione e la diffusione della medicina di genere”⁸⁹, di cui l’art. 3 della legge del 2018, rubricato “Applicazione e diffusione della medicina di genere nel Servizio Sanitario Nazionale”, rappresenta una sorta di “condensato”⁹⁰.

Certamente il passaggio da una proposta di legge *ad hoc* ad una delega, per di più ampia⁹¹, non poteva non avere effetti riduttivi per il riconoscimento e per l’affermazione di un diritto alla salute di genere.

Ed infatti nella delega si è perso il riferimento esplicito all’art. 32 della Costituzione, facendo venir meno quell’ancoraggio costituzionale frutto di quell’orientamento diretto a dare alla norma costituzionale una interpretazione la più ampia possibile⁹².

Rebus sic stantibus, non resta, dunque, che verificare come l’articolo 3 della legge n. 3 del 2018 tratti il diritto alla salute di genere.

La norma, oltre ad aver disposto che spetta al Ministro della salute l’emanazione di specifiche raccomandazione⁹³, dispone che spetta al Ministro, con proprio decreto, l’adozione di due Piani, uno volto alla diffusione della medi-

all’art. 24 una norma relativa al “congedo per le donne vittime di violenza”, a sottolineare come oramai la violenza, non solo sia intesa e gestita quale questione di criminalità, quindi di sicurezza sociale o quale problema medico, ma considerata tema di salute pubblica come prodotto di vari fattori di rischio che tra loro interagiscono a diversi livelli.

⁸⁸ Si ricorda a tal proposito che già nel 2007 in Italia è stata presentata una prima mozione sulla disciplina della medicina di genere, poi nel 2011 menzionata nel c.d. Decreto-legge “Omnibus” e portata all’attenzione con l’istituzione dell’intergruppo parlamentare “Sostenitori della medicina di genere” che nel marzo 2012 ha portato all’approvazione della Camera dei deputati la mozione unitaria sulla medicina di genere. L’anno successivo sono state poi depositate alla Camera dei deputati due proposte di legge molto simili nel testo ed entrambe intitolate “Norme in materia di medicina di genere” finalizzate al “riconoscimento della medicina di genere”. Tuttavia, tali proposte non hanno completato l’iter parlamentare.

⁸⁹ Proposta di legge d’iniziativa dei deputati Paola Boldrini, Patriarca, Lenzi, Gelli, Roberta Agostini, Berlinghieri, Stella Bianchi, Bolognesi, Burtone, Carnevali, D’Incecco, Fabbri, Gasparini, Miotto, Narduolo, Piazzoni, Piccione, Giuditta Pini, Rostellato, Sbrollini, Scuvera, Tinagli, Zampa, Zanin “Disposizioni per favorire l’applicazione e la diffusione della medicina di genere”, presentata il 12 febbraio 2016.

⁹⁰ La proposta di legge n. 3603 del 2016 si componeva di 9 articoli, in larga parte “condensati” nell’unico articolo 3 della legge n. 3 del 2018 composto da sei commi.

⁹¹ Delega che concerne la materia della sperimentazione clinica dei medicinali (capo I), il riordino delle professioni sanitarie (capo II), la dirigenza del Ministero della salute (capo III).

⁹² In questo senso M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., 769.

⁹³ Il comma 3, dell’art. 3, specifica infatti che il Ministro della salute ha anche il compito di emanare apposite raccomandazioni destinate agli Ordini e ai Collegi delle professioni sanitarie, alle società scientifiche e alle associazioni di operatori sanitari non iscritti a Ordini o Collegi, volte a promuovere l’applicazione della medicina di genere su tutto il territorio nazionale.

cina di genere⁹⁴, l'altro concernente la formazione nazionale per la medicina di genere⁹⁵, nonché l'istituzione di un Osservatorio dedicato alla medicina di genere⁹⁶.

I due Piani sembrano dunque concepiti per superare le annose difficoltà che da sempre hanno inficiato la tutela di un diritto alla salute di genere.

Ed infatti il *Piano per l'applicazione e la diffusione della medicina di genere* viene previsto come un approccio interdisciplinare tra le diverse aree mediche e le scienze umane che deve tener conto delle differenze derivanti dal genere, al fine di garantire l'*appropriatezza* della ricerca, della prevenzione, della diagnosi e della cura, nonché la promozione e il sostegno della ricerca biomedica, farmacologica e psico-sociale basata sulle differenze di genere⁹⁷.

Quanto al *Piano per la Formazione nazionale della disciplina di genere*, la norma prevede che questo sia predisposto dal Ministro della Salute di concerto con il Ministro dell'Università, quasi a sottintendere che il diritto alla salute per essere garantito deve stare al passo con i tempi, o meglio con le evoluzioni scientifiche che nelle Università trovano la massima espressione⁹⁸.

⁹⁴ Decreto Ministeriale da adottare entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano e avvalendosi del Centro nazionale di riferimento per la medicina di genere dell'Istituto superiore di sanità, volto alla divulgazione, formazione, indicazione di pratiche sanitarie che nella ricerca, nella prevenzione, nella diagnosi e nella cura tengano conto delle differenze derivanti dal genere, al fine di garantire la qualità e l'appropriatezza delle prestazioni erogate dal Servizio sanitario nazionale in modo omogeneo sul territorio nazionale.

⁹⁵ Il Decreto Ministeriale è adottato di concerto con il Ministro dell'Università e della Ricerca, (il Decreto legge n. 1/2020 "Disposizioni urgenti per l'istituzione del Ministero dell'istruzione e del Ministero dell'università", ha portato allo "spacchettamento" del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca (MIUR) nel Ministero dell'Istruzione -MI- e nel Ministero dell'Università e della Ricerca -MUR-) al fine di garantire la conoscenza e l'applicazione dell'orientamento alle differenze di genere nella ricerca, nella prevenzione, nella diagnosi e nella cura. A tal fine è altresì prevista la necessaria promozione di studi specifici presso i corsi di laurea delle professioni sanitarie, nonché nell'ambito dei piani formativi delle aziende sanitarie con requisiti per l'accreditamento nell'educazione continua in medicina.

⁹⁶ Sul modello di quanto previsto dall'articolo 4 della Proposta di legge n. 3603 del 2016 che prevedeva l'istituzione dell'Osservatorio nazionale *dinamico* per la medicina di genere (nella legge n. 3 rinominato "dedicato").

⁹⁷ Al Decreto spetta anche definire la promozione e il sostegno dell'insegnamento della medicina di genere, garantendo adeguati livelli di formazione e di aggiornamento del personale medico e sanitario, nonché la promozione e il sostegno dell'informazione pubblica sulla salute e sulla gestione delle malattie, in un'ottica di differenza di genere.

⁹⁸ Per il ruolo delle Università in ambito sanitario si veda nello specifico V. CAPUTI JAMBRENGHI, A. ANGIULI, *Policlinici universitari e spesa sanitaria*, in *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università. Il finanziamento della Università*, a cura di G. COLOMBINI, Napoli, 2013, 654 ss., quale luogo di penetrazione tra i diversi saperi delle aree mediche che si confronta altresì con l'erogazione dei servizi, proprio in considerazione della "collaborazione indispensabile dei dipartimenti universitari di medicina e chirurgia con gli enti responsabili dell'assistenza ospedaliera", una endiadi indissolubile tra ricerca medica ed erogazione dei servizi.

A completamento dell'architettura emergente dai due Piani, la legge prevede che per l'applicazione, la diffusione e la formazione della medicina di genere, il Ministro della salute, avvalendosi anche delle analisi svolte dall'Osservatorio sulla medicina di genere, sia tenuto a trasmettere alle Camere una relazione annuale sulle azioni di promozione e di sostegno della medicina di genere attuate sul territorio nazionale⁹⁹.

Un impianto, dunque, che avrebbe dovuto far ben sperare, anche grazie al tenore dell'art. 1 in cui si coniuga il genere alla sperimentazione clinica dei farmaci¹⁰⁰, ma a ridimensionarne la realizzazione è il tenore del comma 6 dell'articolo 3, laddove si specifica che si provvede all'attuazione dei due Piani e dell'Osservatorio nei limiti delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, vale a dire “senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”.

Un modo, in sostanza, per ridurre la portata innovativa dell'art. 3, dato che il legislatore ricorrendo alla consueta *clausola di invarianza*, ha ipotizzato che le amministrazioni sanitarie devono dare attuazione all'art. 3 con le risorse ordinarie, senza, cioè, nessun ulteriore stanziamento in bilancio¹⁰¹.

La considerazione che dunque si può trarre è che, nonostante il riconoscimento a livello legislativo della determinante di “genere” in medicina, la sua concreta realizzazione è condizionata dalle risorse rendendo tale diritto “finanziariamente condizionato”¹⁰².

⁹⁹ Si precisa nel dettato normativo che la partecipazione all'Osservatorio non dà diritto alla corresponsione di gettoni di presenza, compensi, rimborsi di spese o altri emolumenti comunque denominati.

¹⁰⁰ Secondo l'art. 1 “Delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia di sperimentazione clinica”, laddove si prevede una delega al Governo per adottare entro 12 mesi uno o più decreti legislativi “per il riassetto e la riforma delle disposizioni in materia di sperimentazione clinica dei medicinali per uso umano, introducendo specifico riferimento alla *medicina di genere* e all'età pediatrica. I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati, realizzando il necessario coordinamento con le disposizioni vigenti e con il regolamento (UE) n. 536/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: ... c) individuazione delle modalità per il sostegno all'attivazione e all'ottimizzazione di centri clinici dedicati agli studi clinici di fase I, sia su pazienti che su volontari sani, da condurre con un approccio metodologico di *medicina di genere*, prevedendo la definizione, con decreto del Ministro della salute, dei requisiti minimi per i medesimi centri anche al fine di una loro più omogenea presenza sul territorio nazionale, in conformità al citato regolamento (UE) n. 536/2014; ...h) applicazione dei sistemi informativi di supporto alle sperimentazioni cliniche, prevedendo: ...3) che la sperimentazione clinica dei medicinali sia svolta attraverso un'adeguata *rappresentatività di genere*”.

¹⁰¹ S. UNGARO, *Trasparenza amministrativa e clausola di invarianza finanziaria: è davvero possibile?*, in www.forumpa.it, 2013; F. FARRI, *Le leggi con clausola di invarianza finanziaria: tra giurisprudenza contabile, giurisprudenza costituzionale e prassi del quirinale*, in *Riv. Sem. Centro Studi Rosario Linatino*, 2022.

¹⁰² Difficoltà che in parte il legislatore ha superato rievocando un approccio settoriale, volto a dare attuazione ad avanzamenti nelle conoscenze scientifiche di specifiche patologie. Si veda Camera Dei Deputati, *Legislazione e Politiche di genere*, in documenti.camera.it, 2 marzo 2022 in cui si

6. *Passi avanti per via amministrativa: il Piano per l'applicazione e la diffusione della medicina di genere e la costituzione dell'Osservatorio dedicato alla medicina di genere. Input per il Piano nazionale di prevenzione (PNP).*

Sotto il profilo amministrativo la legge n. 3 del 2018, seppur condizionata nella sua applicazione dalla clausola di invarianza, apre tuttavia degli spazi sul versante amministrativo, demandando al Ministro della salute l'adozione dei tre decreti attuativi necessari alla "messa in atto" delle misure previste dall'art. 3 della legge.

Così il Ministro della Salute il 13 giugno 2019, in collaborazione con il Centro di riferimento per la medicina di genere dell'ISS, alcuni Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS) ed il Tavolo tecnico scientifico nazionale degli esperti in medicina di genere, ha adottato il primo decreto concernente il Piano per l'applicazione e la diffusione della medicina di genere, al fine di fornire un indirizzo coordinato e sostenibile per la diffusione della Medicina di Genere mediante divulgazione, formazione e indicazione di pratiche sanitarie che devono tener conto delle differenze derivanti dal genere nella ricerca, nella prevenzione, nella diagnosi e nella cura¹⁰³. Sul piano operativo questo si è tradotto in prescrizioni dirette a garantire la qualità e l'appropriatezza delle prestazioni erogate dal Servizio Sanitario Nazionale (SSN) in modo omogeneo sul territorio nazionale¹⁰⁴, in raccordo con le scelte organizzative ed operative delle singole Regioni¹⁰⁵. Questo spiega le ragioni che hanno portato ad un Piano che tenesse conto di una Strategia di *governance* multilivello nel rispetto del principio di leale collaborazione, con l'individuazione anche di un referente regionale incaricato

sottolinea che "Negli anni si sono succeduti stanziamenti dedicati a singole patologie. Fra i più recenti si ricordano quelli dedicati all'endometriosi e alla fibromialgia. Più analiticamente, l'art. 1, comma 498, della legge n. 178 del 2020 ha autorizzato la spesa di 1 milione di euro per ciascuno degli anni 2021, 2022 e 2023 per il sostegno allo studio, alla ricerca e alla valutazione dell'incidenza dell'endometriosi nel territorio nazionale. La legge di bilancio 2022 (art. 1, comma 972, della legge n. 234 del 2021) ha invece istituito, nello stato di previsione del Ministero della salute, un Fondo per lo studio, la diagnosi e la cura della fibromialgia con una dotazione di 5 milioni di euro per il 2022. (...) si tratta infatti di una patologia che interessa in prevalenza donne".

¹⁰³ Si veda, Ministero della salute, *Piano per l'applicazione e la diffusione della Medicina di Genere, (in attuazione dell'articolo 3, comma 1, Legge n. 3/2018)* versione del 6 maggio 2019, formalmente approvato dalla Conferenza Stato-Regioni il 30 maggio 2019, adottato con Decreto del Ministero della salute il 13 giugno 2019.

¹⁰⁴ Si vedano sul punto le considerazioni di M.A. SANDULLI, *Innovazione e diritto sanitario*, in AA.VV., *Terapie innovative e welfare: un nuovo paradigma*, cit., in part. 65-69.

¹⁰⁵ A partire del 2020 le varie Regioni stanno recependo il Piano Nazionale in Piani Regionali per l'applicazione della medicina di genere istituendo i vari organismi preposti (a mero titolo esemplificativo si richiama da ultimo l'istituzione da parte della Regione Sardegna del Gruppo tecnico regionale per la programmazione delle attività di diffusione della medicina di genere – Decreto n. 6 del 28 marzo 2022).

di “dare corpo” ad una serie di azioni organizzative e di pratiche sanitarie *gender sensitive*, con il supporto di un Gruppo tecnico-scientifico regionale appositamente costituito¹⁰⁶.

È evidente che il necessario raccordo Stato-Regioni, se per un verso ha dovuto tener conto dell'intreccio di competenze statali e regionali quali previste dall'art. 117 della Costituzione, tant'è che si è invocato il principio di leale collaborazione, per altro verso ha fatto emergere quello che purtroppo caratterizza il nostro sistema sanitario, e cioè una differenziazione da regione a regione sia nell'accesso alle cure sanitarie, sia nei costi delle prestazioni, differenziazione che potrebbe essere ancora più evidente per quelle prestazioni fortemente legate alle determinanti di genere.

Passando alla struttura del Piano, questo è articolato in due macro-sezioni: la prima di inquadramento generale, in cui oltre ad un'analisi del contesto internazionale e nazionale relativo alla Medicina di Genere, sono individuati gli ambiti prioritari d'intervento¹⁰⁷. La seconda, più di dettaglio, individua principi e obiettivi, strategia di *governance*, nonché azioni previste per la realizzazione dell'obiettivo generale e degli obiettivi specifici per ciascuna delle quattro aree d'intervento, che vanno dai percorsi clinici di prevenzione, diagnosi e cura, alla ricerca e innovazione, alla formazione e aggiornamento professionale, sino alla comunicazione e informazione. Ciascuna azione specifica gli attori coinvolti e gli indicatori di riferimento.

Il Piano va dunque a delinearne cosa il legislatore abbia voluto intendere con una “visione di approccio clinico pluridimensionale di appropriatezza”, ossia una presa in carico della persona malata valutata non solo sulla base delle caratteristiche biologiche e cliniche della malattia, ma anche in base ai fattori personali, culturali e sociali che ne caratterizzano il vissuto. In sostanza un implicito riconoscimento dell'esistenza delle differenze di genere “*in parte* attribuibili alla diversa biologia tra i due sessi: variazioni ormonali, peso, composizione corporea, acidità gastrica, filtrazione glomerulare, ...” a cui ricondurre le diverse reazioni nell'assorbimento, nel metabolismo e nell'eliminazione dei farmaci”, e dunque la necessità che il parametro di genere sia garantito in medicina sia nella parte farmacologica che nel percorso diagnostico-terapeutico¹⁰⁸.

Il Piano si chiude con una parte dedicata al Monitoraggio annuale e all'ag-

¹⁰⁶ Si ricorda che la Regione Emilia-Romagna aveva istituito un Tavolo tecnico-scientifico in materia di medicina di genere già prima della legge nazionale.

¹⁰⁷ Il Piano individua ambiti prioritari di intervento: farmaci e dispositivi medici, malattie cardiovascolari, malattie neurologiche, malattie dell'osso, malattie psichiatriche, malattie respiratorie, malattie autoimmuni, malattie dermatologiche, vaccini, infezioni virali, infezioni batteriche, malattie metaboliche, oncologia, pediatria, disordini dello sviluppo sessuale. Si veda Ministero della salute, *Il Piano per l'applicazione e la diffusione della medicina di genere in attuazione dell'art. 3 comma 1, Legge 3/2018*, cit.

¹⁰⁸ Si veda *Ambiti prioritari per un approccio di genere in medicina – Farmaci e Dispositivi medici, ivi*.

giornamento dello stesso da attuarsi ogni tre anni, per cui è prevista la costituzione, presso l'Istituto Superiore di Sanità, dell'Osservatorio dedicato alla medicina di genere con lo scopo di fornire al Ministro della Salute i dati da presentare annualmente alle Camere. L'Osservatorio, recentemente istituito con Decreto del Ministro della Salute, presenta una eterogenea composizione che dovrebbe garantire una maggiore consapevolezza a livello centrale e regionale della poliedrica declinazione del diritto alla salute anche nella dimensione di genere¹⁰⁹. Infatti è composto da 36 membri (di cui 31 esterni all'ISS), tutti appartenenti al mondo della medicina e delle università (rappresentanti regionali, rappresentanti delle maggiori federazioni degli ordini dei medici e delle professioni sanitarie, oltre ad un rappresentante dell'Ufficio Valutazione Impatto del Senato della Repubblica – UVI)¹¹⁰.

Sembrerebbe, dunque, che il percorso tracciato dall'art. 3 della legge del 2018 sia giunto alla fase conclusiva. In realtà a ben quattro anni dall'approvazione della legge manca ancora il "Piano formativo nazionale per la medicina di genere".

Si tratta, come è intuibile, di una assenza importante per un vero e proprio riconoscimento di un approccio di genere nel diritto alla salute, posto che tale Piano è volto a garantire la promozione di specifici studi presso i corsi di laurea delle professioni sanitarie, nonché piani formativi delle aziende sanitarie, con requisiti per l'accreditamento nell'educazione continua in medicina, al fine di garantire la conoscenza e l'applicazione di una visione di genere nella ricerca, nella prevenzione, nella diagnosi e nella cura.

Tale mancanza, però, non ha impedito al Ministro della salute di provvedere, con l'adozione del Piano nazionale di prevenzione (PNP) 2020-2025¹¹¹, alla implementazione sia del Piano già predisposto con il primo decreto ministeriale, sia dell'Osservatorio, facendo emergere come la dimensione di genere consista

¹⁰⁹ Decreto del Ministero della Salute del 22 settembre 2020 "Osservatorio Nazionale sulla Medicina di Genere in attuazione dell'articolo 3, comma 5, della Legge 11 gennaio 2018, n. 3".

¹¹⁰ L'Osservatorio è presieduto dal Presidente dell'ISS, a cui spetta la nomina dei vari membri, che rimangono in carica tre anni con possibilità di essere riconfermati. Tra i compiti dell'Osservatorio particolare rilievo riveste quello di assicurare il contributo all'attuazione del Piano delle diverse istituzioni centrali (Ministero della Salute, ISS, AGENAS, UVI, AIFA) e regionali (Conferenza Stato Regioni, tavoli tecnici regionali), assicurando il monitoraggio del Piano e il suo aggiornamento periodico, anche grazie alla definizione di indicatori di riferimento.

¹¹¹ Il PNP è stato adottato il 6 agosto 2020 con Intesa in Conferenza Stato-Regioni; esso rappresenta lo strumento fondamentale di pianificazione centrale degli interventi di prevenzione e promozione della salute da realizzare sul territorio. Tale Piano è volto a garantire sia la salute individuale che collettiva sia la sostenibilità del Servizio sanitario nazionale attraverso azioni quanto più possibile basate su evidenze di efficacia, equità e sostenibilità che accompagnano il cittadino in tutte le fasi della vita, nei luoghi in cui vive e lavora. Il PNP 2020-2025 mira, dunque, a definire un approccio che combina gli aspetti economici, sociali e ambientali che impattano sul benessere delle persone e sullo sviluppo delle società, affrontando dunque il contrasto alle disuguaglianze di salute quale priorità trasversale a tutti gli obiettivi. Si veda Ministero della Salute, *Piano Nazionale della Prevenzione 2020-2025*, in www.salute.gov.it, 2020.

in un approccio da prevedere e sostenere in ogni ambito di intervento sanitario, così da evitare stereotipi ed arrivare ad accrescere la congruità degli interventi e delle prestazioni, in linea con l'ottica *one health* e gli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030 dell'ONU¹¹².

Peraltro al di là dell'implementazione del Piano e dell'Osservatorio, il Piano nazionale per la prevenzione (PNP) ha assunto particolare rilievo per l'affermazione di un diritto alla salute di genere quando sottolinea la necessità di migliorare l'appropriatezza ed il sistematico orientamento all'equità degli interventi, impegnando a tal fine i servizi sanitari a produrre, utilizzare e comunicare i dati di popolazione sui fattori di rischio delle malattie e sugli stili di vita, per promuovere e orientare la salute in tutte le politiche e nell'offerta sanitaria (*advocacy*) e favorire l'adozione di stili di vita sani (*empowerment*). Il tutto secondo una accezione dei LEA basata su dati aggiornati che consentano di identificare aspetti legati al genere e permettano così di orientare la programmazione all'equità, all'intersectorialità e all'*accountability* del profilo di salute di una comunità¹¹³. Tutti aspetti che, interessando la raccolta di dati disaggregati per sesso e genere, dovrebbero incidere positivamente sui Programmi regionali di prevenzione, anche se risulta che spesso i dati raccolti, per quanto dettagliati e specifici per sesso, non necessariamente consentono di individuare raccomandazioni di genere o variabili di genere nei diversi ambiti della prevenzione¹¹⁴. Questa criticità potrebbe comunque essere superata seguendo un approccio che muova da una selezione degli aspetti di salute in cui sia comprovato il ruolo del genere, attraverso revisioni sistematiche e/o meta-analisi e interventi adeguati orientati al genere. Ciononostante resta comunque il problema della selezione degli

¹¹² In particolare, Agenda 2030-Obiettivo 3: Assicurare la salute e il benessere per *tutti* e per tutte le età.

¹¹³ Il Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (DPCM) 12 gennaio 2017 ha definito e aggiornato i LEA. Il DPCM ridefinisce completamente il livello della Prevenzione. La denominazione da "Assistenza sanitaria collettiva" diventa "Prevenzione collettiva e sanità pubblica" della quale vengono esplicitati missione (salute della collettività) e obiettivo generale (evitare l'insorgenza delle malattie). Vengono quindi declinate con maggiore chiarezza attività e prestazioni che caratterizzano i processi di prevenzione, rispetto all'ambito assistenziale. Si veda in particolare art. 24 "Assistenza sociosanitaria ai minori, alle donne, alle coppie, alle famiglie", in cui tra l'altro alla lett. r) si fa anche riferimento alla "prevenzione, individuazione precoce e assistenza nei casi di violenza di genere e sessuale". A dare attuazione e concretezza al LEA "Prevenzione collettiva e sanità pubblica", interviene il sistema di programmazione, monitoraggio e valutazione che caratterizza il PNP 2020-2025 che contestualizza nei Macro Obiettivi programmi, relativi processi e azioni che concorrono al raggiungimento degli obiettivi di salute. Per approfondimenti si veda M. ATRIPALDI, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza (LEA)*, in *federalismi.it*, 15 novembre 2017.

¹¹⁴ Si veda in tale senso E. ORTONA, E. FERRONI, L. BISCEGLIE, F. MICHIELETTI, C. MANGIA, S. VASSELLI, D. GALEONE, A. GIUSTI, M. BELLENGHI, M. D'ARCHIVIO, C. CATALDO, A. CARÈ, L. BUSANI, *Indicazioni sugli aspetti di genere da considerare nei programmi e nelle azioni regionali del Piano di prevenzione*, in *www.epicentro.iss.it*, 24 febbraio 2022.

indicatori in grado di misurare i progressi nella riduzione delle disuguaglianze in relazione al diritto alla salute di genere, per la semplice ragione che ancora oggi vi sono lacune nella concettualizzazione e nell'operatività di alcune misure in relazione al diritto¹¹⁵.

Tutto ciò porta alla consapevolezza che, al di là del percorso avviato verso il riconoscimento di un diritto alla salute di genere, l'effettiva efficacia ed efficienza degli interventi e delle politiche di genere rimane lontana dall'essere raggiunta.

7. *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e l'effettività del diritto alla salute di genere: opportunità e limiti*

Le considerazioni sin qui svolte ci offrono un quadro non del tutto positivo circa l'affermazione del diritto alla salute di genere. Tra le diverse cause che hanno contribuito a ritardarne l'affermazione, quella della carenza di risorse è senza dubbio la più rilevante, posto che nella sostanza questa, da sempre, ha condizionato sia gli avanzamenti scientifici nella ricerca sia l'attuazione di nuovi modelli organizzativi delle attività sanitarie¹¹⁶. Tale carenza, emersa in tutta la sua tragicità nell'emergenza sanitaria da COVID-19, ha reso evidente, al di là del diritto alla salute di genere, una sanità depauperata ed indebolita da anni di indiscriminate politiche di *spending review*¹¹⁷.

Le suddette considerazioni portano, dunque, ad interrogarsi sul "se" le ingenti risorse previste nel recente Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)¹¹⁸ possano rappresentare un elemento determinante per il potenziamento del servizio sanitario nazionale e, nell'ambito di esso, per l'effettività del diritto alla salute di genere.

¹¹⁵ *Ibidem*. C'è anche un notevole divario nella concettualizzazione e misurazione della salute degli uomini come parte del quadro delle relazioni di genere. Critiche comuni sugli indicatori esistenti per la salute e per la condizione delle donne riguardano difficoltà tecniche, quali la scarsa coerenza nella definizione dei dati e incapacità di monitorare i cambiamenti nel tempo, oltreché problemi concettuali, come descrizioni inadeguate delle relazioni di genere all'interno della famiglia/comunità/posto di lavoro e nell'economia.

¹¹⁶ Per approfondimenti si veda E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, cit., 91-102.

¹¹⁷ Come sottolineato dalla Corte dei conti – Sezioni riunite in sede di controllo, *Rapporto 2020 sul coordinamento della finanza pubblica*, in www.corteconti.it, 2020, 289. Secondo la Corte dei conti, il protrarsi delle politiche di controllo della spesa sanitaria ha fatto registrare tra il 2009 e il 2018 una riduzione, in termini reali, delle risorse destinate alla sanità particolarmente consistente, che ha acuito i divari in termini di spesa sanitaria pubblica *pro capite* (espressa in parità del potere d'acquisto). "Secondo le stime dell'Ocse, nel 2018 la spesa *pro capite* in Germania e in Francia era, rispettivamente, doppia e superiore del 60 per cento a quella italiana. Spesa che resta, tuttavia, superiore a quella spagnola di oltre l'8 per cento".

¹¹⁸ Sia consentito rinviare V. MANZETTI, *Dalle origini all'attuale PNRR: spunti e riflessioni*, in dirittoconti.it, 2021, 128-139.

Merita pertanto verificare in che termini quantitativi e qualitativi il PNRR concorra all'affermazione di una medicina di genere¹¹⁹.

Ebbene, per quanto riguarda l'aspetto quantitativo, relativo cioè al finanziamento del diritto alla salute, il riferimento che può essere preso in considerazione è quello della Missione 6 del Piano "salute", articolata nelle due componenti: reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale (M6C1); innovazione, ricerca e digitalizzazione del servizio sanitario nazionale (M6C2). Componenti che potenzialmente possono supportare, sia sul versante territoriale, che su quello dell'innovazione, il diritto alla salute di genere.

Tuttavia la prima considerazione da fare è che le risorse assegnate dal PNRR alla Missione 6 del Piano salute, rispetto al *quantum* delle risorse assegnate alle altre Missioni¹²⁰, appaiono oggettivamente inadeguate (meno di 16 miliardi di euro), rappresentando circa l'8,6% dell'intero ammontare delle risorse del PNRR (191,5 miliardi di euro)¹²¹, importo che seppur più elevato di quello previsto nella prima bozza del Piano del 6 dicembre 2020 (9 miliardi)¹²²,

¹¹⁹ Questa analisi non può prescindere anche dalle evoluzioni che hanno interessato la costruzione del Piano di Ripresa e Resilienza italiano che, si ricorda, è il risultato di due bozze di Piano imputabili al governo Conte (una del 6 dicembre, una del 12 gennaio) e poi del documento definitivo presentato dal Governo Draghi il 26 aprile in Parlamento.

¹²⁰ Il Piano definitivo si articola in sei missioni. La prima missione, "Digitalizzazione, Innovazione, Competitività, Cultura", stanziava complessivamente 49,1 miliardi – di cui 40,7 miliardi dal Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza e 8,5 miliardi dal Fondo complementare. La seconda missione, "Rivoluzione Verde e Transizione Ecologica", stanziava complessivamente 68,6 miliardi – di cui 59,4 miliardi dal Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza e 9,1 miliardi dal Fondo complementare. La terza missione, "Infrastrutture per una Mobilità Sostenibile", stanziava complessivamente 31,4 miliardi – di cui 25,4 miliardi dal Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza e 6,06 miliardi dal Fondo complementare. La quarta missione, "Istruzione e Ricerca", stanziava complessivamente 31,9 miliardi di euro – di cui 30,9 miliardi dal Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza e 1 miliardo dal Fondo complementare. La quinta missione, "Inclusione e Coesione", stanziava complessivamente 22,5 miliardi – di cui 19,8 miliardi dal Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza e 2,7 miliardi dal Fondo complementare. La sesta missione, "Salute", stanziava complessivamente 18,5 miliardi – di cui 15,6 miliardi dal Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza e 2,9 miliardi dal Fondo. Il Piano prevede anche un ampio programma di riforme, ritenute necessarie per facilitare la sua attuazione e contribuire alla modernizzazione del Paese e all'attrazione degli investimenti.

¹²¹ L'Italia è la prima beneficiaria, in valore assoluto, dei due principali strumenti del NGEU: il Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (RRF) e il Pacchetto di Assistenza alla Ripresa per la Coesione e i Territori d'Europa (REACT-EU). Il solo RRF garantisce risorse per 191,5 miliardi di euro, da impiegare nel periodo 2021-2026, delle quali 68,9 miliardi sono sovvenzioni a fondo perduto. L'Italia intende inoltre utilizzare appieno la propria capacità di finanziamento ricorrendo anche ai prestiti, che per il nostro Paese sono stati individuati in 122,6 miliardi.

¹²² Si ricordano le forti critiche sollevate dal Ministro della Salute (Roberto Speranza) alla prima bozza di Piano. Cfr. C. FASSARI, *Recovery Plan. Speranza: "Nove mld per la sanità sono pochi, mi farò sentire in Cdm"*. La "speranza" che non sia solo un *déjà vu*, in www.quotidianosanità.it, 2020.

ha subito (addirittura) una riduzione (seppur minima) in confronto alla seconda bozza di Piano del 12 gennaio 2021 che destinava alla salute l'8,8%¹²³.

La cifra destinata alla salute risulta, pertanto, in proporzione, un elemento di debolezza per l'effettività del diritto alla salute *tout court*, e dunque anche del diritto alla salute di genere, nonostante che il Programma *Next Generation EU*, da cui è originato il PNRR, sia stato approvato proprio per far fronte principalmente all'epidemia da COVID-19 (che a livello clinico ha fatto emergere un'ampia suscettibilità alla dimensione del genere, con riguardo in particolare alla prevalenza, alla severità e alla mortalità)¹²⁴.

Sul piano qualitativo-organizzativo l'unico richiamo che in qualche misura consente di ricondurre, seppur sommariamente, al diritto alla salute di genere, va ritrovato all'interno del Missione 6 "Salute", alla Componente 1 "reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale" che, come si è visto, costituisce un aspetto organizzativo rilevante per l'affermazione del diritto alla salute di genere.

Questa chiave di lettura la si ricava dal fatto che il PNRR individua la Casa della Comunità quale struttura fisica in cui dovrà operare un team *multidisciplinare* di medici, altri professionisti della salute e anche assistenti sociali che dovrebbero dar vita ad un nuovo modello del Servizio Sanitario Nazionale, strutturato su di una assistenza territoriale sanitaria e sociale che dovrebbe prendersi in carico la persona in modo olistico, con particolare attenzione alla salute mentale e alle condizioni di maggiore fragilità ("*Planetary Health*"). Tale architettura organizzativa si poggia sul "punto unico di accesso-PUA", individuato dal Piano quale luogo di valutazioni multidimensionali (servizi socio-sanitari), con servizi dedicati alla tutela della donna, del bambino e dei nuclei familiari e dunque "secondo un approccio di medicina di genere", con un investimento pari a circa 2 miliardi di euro finalizzato all'attivazione di 1.350 Case della Comunità¹²⁵.

L'individuazione specifica di questa misura, se può avere una sua valenza sul piano organizzativo-territoriale, non può però essere ritenuta sufficiente per il riconoscimento di un diritto alla salute di genere, posto che, per come è stata concepita, risponde piuttosto alla sfera della sessualità ed alla dicotomia uomo/donna.

¹²³ L. STABILE, PNRR. *Le risorse per la sanità sono poche ma è possibile utilizzarle al meglio. Ecco alcune proposte*, in in www.quotidianosanità.it, luglio 2021.

¹²⁴ Ministero della salute-Direzione Generale della ricerca e dell'innovazione in sanità, *Medicina di genere e COVID-19*, in www.salute.gov.it, aprile 2021.

¹²⁵ All'interno della Casa della Comunità sono previsti: un punto unico di accesso alle prestazioni sanitarie per le valutazioni multidimensionali (servizi sociosanitari); servizi sociali e assistenziali rivolti prioritariamente alle persone anziane e fragili; servizi dedicati alla tutela della donna, del bambino e dei nuclei familiari, ovvero i "Consultori Familiari (CF)". Questi ultimi istituiti con la legge nazionale n. 405 del 1975 quale struttura sanitaria finalizzata all'erogazione dei servizi di base a tutela della salute della donna, del bambino, della coppia e della famiglia, sono stati recentemente richiamati nei nuovi Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) del 2017, nel Piano Nazionale Fertilità e nel IV Piano Nazionale Infanzia e Adolescenza.

Manca pertanto nel PNRR sia una quantificazione delle risorse da destinare specificamente al diritto alla salute di genere, sia una indicazione circa l'impostazione di servizi secondo un approccio di medicina di genere.

Ad attenuare in parte tali criticità sono intervenuti sia il DM sui nuovi *standard* per l'assistenza sanitaria sul territorio in coerenza con gli investimenti previsti dalla Missione 6 Componente 1 del PNRR¹²⁶, sia il riconoscimento nel PNRR della Parità di genere quale priorità trasversale che porta con sé l'individuazione di misure implicitamente connesse al riconoscimento di un diritto alla salute di genere¹²⁷.

Ed infatti il DM 71, così soprannominato dagli addetti ai lavori, intendendo con tale sigla l'omologo per l'assistenza territoriale del DM 70 del 2015 sugli *standard* ospedalieri¹²⁸, interviene su due ordini di fattori, uno oggettivo-quantitativo, che va ad aumentare le risorse a disposizione per la riforma del sistema sanitario, ed uno soggettivo-qualitativo, che va ad introdurre maggiori riferimenti all'approccio di genere in sanità.

Sotto il profilo oggettivo-quantitativo, il DM 71 sottolinea quale punto di partenza proprio l'aumento delle risorse destinante alla Componente 1¹²⁹, specificando che “la cornice del PNRR”, si è arricchita delle risorse messa a disposizione dalla

¹²⁶ Si sottolinea il complesso *iter* che sta interessando l'approvazione del DM sui nuovi *standard* per l'assistenza sanitaria sul territorio: dopo la mancata intesa in Conferenza Stato-Regioni del 30 marzo 2022, in particolare a causa dell'opposizione della Regione Campania, è seguita una nuova riproposizione del provvedimento all'ordine del giorno della Conferenza Stato-Regioni del 13 aprile, ulteriormente rinviata al fine di arrivare ad un accordo. L'ennesima mancata intesa in Conferenza Stato-Regioni, dovuta al reiterato “no” della Regione Campania motivato dalla mancanza di risorse aggiuntive per il personale previsto dai nuovi standard del territorio, ha portato il Consiglio dei Ministri ad approvare il 21 aprile 2022 una delibera motivata che autorizza il ministero della Salute ad adottare il decreto ministeriale (di concerto col Mef) sui “modelli e standard per lo sviluppo dell'Assistenza territoriale” che recepisce il cosiddetto “DM 71” con gli standard per l'assistenza territoriale, secondo il disposto del D.lgs. n. 281 del 1997, che prevede la possibilità di deliberare con motivazione l'approvazione del provvedimento, anche senza intesa qualora questa non sia raggiunta entro trenta giorni dalla prima seduta in cui il provvedimento è stato posto all'ordine del giorno (art. 3). La scelta di una tale procedura trova la sua principale ragione nel rischio che il ritardo temporale nell'approvazione del DM 71 avrebbe potuto portare a non rispettare la *milestone* del PNRR sulla riforma della sanità territoriale (circa 7-8 mld).

¹²⁷ Per approfondimenti sulle misure rivolte alla parità di genere nel PNRR si veda M. D'AMICO, *I diritti delle donne fra parità, differenza e uguaglianza in una società complessa*, in *federalismi.it*, 2022, 18-20.

¹²⁸ L. FASSARI, *Case Comunità aperte h24 e collegate a studi dei medici di famiglia*, in *www.quotidiano-sanità.it*, febbraio 2022.

¹²⁹ Vero è che l'opportunità di un sistema basato sulla sanità territoriale, ha senso solo quando le risorse sono “adeguatamente determinate ed assegnate in giusta misura alle istituzioni territoriali”, così da “rispondere al meglio al bisogno di salute delle persone” e “reagire all'unisono per il benessere della collettività”. Come ricorda la Corte costituzionale parlando del servizio sanitario pubblico affidato alle Regioni (sent. n. 62 del 2020).

legge di bilancio 2022 che ha autorizzato, “a valere sul finanziamento del Servizio sanitario nazionale, la spesa di 90,9 milioni di euro per l’anno 2022, di 150,1 milioni di euro per l’anno 2023, di 328,3 milioni di euro per l’anno 2024, di 591,5 milioni di euro per l’anno 2025 e di 1.015,3 milioni di euro a decorrere dall’anno 2026”¹³⁰.

Sotto il profilo soggettivo-qualitativo il DM 71 introduce molteplici riferimenti ad un approccio di genere in sanità, quali la “Medicina di Popolazione” ed il “Progetto Salute”. Infatti, con la “Medicina di Popolazione”, il DM si prefigge l’obiettivo di mantenere l’utenza di riferimento in condizioni di buona salute, rispondendo ai bisogni del *singolo paziente* in termini sia di prevenzione sia di cura, mediante l’erogazione di interventi *personalizzati*. Con il “Progetto Salute” il DM, delinea una attività programmata di prevenzione attraverso la rappresentazione della *storia* della persona e dei suoi bisogni clinico-socioassistenziali, in raccordo con i servizi sociali, al fine di prevenire eventuali patologie, alimentando in modo coerente e tempestivo il relativo fascicolo sanitario elettronico. Si tratta, dunque, di un modello organizzativo che utilizza informazioni relative ai *bisogni* clinici assistenziali e *sociali* della persona, al fine di individuare *interventi appropriati, sostenibili e personalizzati*.

Un esempio per tutti è il richiamo alla “Sanità di Iniziativa” quale modello assistenziale di prevenzione e di gestione delle malattie croniche per cui è previsto espressamente un approccio di presa in carico in modo proattivo che tenga conto delle *differenze di genere* in tutte le fasi del ciclo di vita dell’individuo, ovvero già nelle fasi precoci dell’insorgenza o dell’evoluzione della condizione morbosa, anche con il supporto degli strumenti di telemonitoraggio e telemedicina.

Insomma misure che in modo più o meno esplicito evidenziano la *personalizzazione* dell’assistenza, della cura, e l’*appropriatezza* dei servizi¹³¹, dunque un approccio che dovrebbe essere attento alle *differenze di genere* e che dovrebbe per la prima volta garantire *uguali standard* su tutto il territorio nazionale¹³².

Il tutto nel quadro della riforma della sanità territoriale, che dovrebbe vedere i Punti Unici di Accesso (PUA) presso le “Case della Comunità” come momento di integrazione dei servizi sociali e sociosanitari¹³³.

¹³⁰ Si veda art. 1, comma 274, della legge 30 dicembre 2021, n. 234 recante “Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2022 e bilancio pluriennale per il triennio 2022-2024”.

¹³¹ Per approfondimenti di carattere generale sul rapporto tra appropriatezza dell’organizzazione e risultato si rinvia alle riflessioni di L. GIANI, *L’amministrazione tra appropriatezza dell’organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2021, 551-582, in cui è sottolineato “che non è certamente casuale che il PNRR declini gli obiettivi in termini di riduzione dei divari (di genere, generazionale e territoriale)”.

¹³² Tale impostazione ha dunque il merito di volersi riferire all’intero territorio nazionale, poiché per la prima volta vengono definiti degli *standard* che dovranno essere rispettati in ogni Regione, del cui monitoraggio è incaricata l’Agenzia Nazionale per i servizi sanitari regionali (Agenas), a cui spetta anche la presentazione di una relazione semestrale.

¹³³ Non è un caso che proprio nel momento in cui si vedono arrivare le prime ingenti risorse

In questa prospettiva è evidente che è possibile rinvenire nelle sei missioni del PNRR una serie di misure che implicano anche un approccio *gender mainstreaming* a riprova del cambio radicale di impostazione¹³⁴.

Ebbene quali effetti comporta questo cambio di impostazione?

La risposta, non essendo, ovviamente, riconducibile a specifiche previsioni tematiche sul diritto alla salute di genere, va ritrovata in una lettura trasversale del

del PNRR la legge di bilancio per il 2022 (l. n. 234/2021) abbia “ripreso in mano le fila del discorso sui livelli essenziali nel campo dell’assistenza sociale, più volte avviato e mai concluso dopo l’entrata in vigore della legge quadro di disciplina dei servizi sociali (l. n. 328/2000)”, specificando che i “livelli essenziali delle prestazioni sociali” (noti come LIVEAS, ma ribattezzati LEPS), saranno finanziati, oltre che dalle risorse già previste dal Piano 2021-2023, da finanziamenti provenienti da fondi europei e dal PNRR. Cfr. TORRETTA, *La legge di bilancio 2022 e l’assistenza sociale: qualche LEPS e tante “buone intenzioni”*, in *federalismi.it*, 11, 2022

¹³⁴ Si ricorda l’avvio, a partire dal 2018, di una sperimentazione per la redazione del bilancio di genere, in attuazione dell’art. 38 *septies*, l. n. 196/2009, introdotto dal D.lgs. n. 90/2016, volto a dare evidenza del diverso impatto delle politiche di bilancio sulle donne e sugli uomini, in termini di denaro, servizi, tempo e lavoro retribuito. Con il D.lgs. n. 116/2018 la funzione del bilancio di genere è stata rafforzata, ponendo l’accento sull’opportunità che tale strumento sia utilizzato come base informativa per promuovere la parità di genere tramite le politiche pubbliche. A consolidare ulteriormente tale approccio a livello nazionale è poi intervenuto il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, in cui è affermato espressamente che “per perseguire le finalità relative alle pari opportunità, generazionali e di genere, saranno in particolare inserite, per le imprese che, a diverso titolo, parteciperanno ai progetti finanziati dal PNRR e dai fondi React-Eu e Fcn, previsioni dirette a condizionare l’esecuzione dei progetti all’assunzione di giovani e donne”; in particolare, “nei bandi di gara saranno indicati, come requisiti necessari e, in aggiunta, premiali dell’offerta, criteri orientati verso gli obiettivi di parità”. Così il d.l. n. 77 del 2021 “Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure” (convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108), che all’art. 47 “Pari opportunità, generazionali e di genere, nei contratti pubblici PNRR e PNC” prevede disposizioni lungimiranti all’interno del panorama italiano, garantendo le pari opportunità, generazionali e di genere e, da ultimo, pone l’accento sulla promozione dell’inclusione lavorativa delle persone disabili nell’ambito degli appalti finanziati – in tutto o in parte – con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 Febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 Febbraio 2021 nonché dal Piano Nazionale di Rilancio e Resilienza (PNRR) e del Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC). A questo è data attuazione con il Decreto della Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento per le pari opportunità del 7 dicembre 2021, n. 209, recante “Adozione delle linee guida volte a favorire la pari opportunità di genere e generazionali, nonché l’inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC”. Viepiù l’art. 9 “Rafforzamento ed efficienza dei processi di gestione, revisione e valutazione della spesa e miglioramento dell’efficacia dei relativi procedimenti” del d.l. n.152 del 2021 “Disposizioni urgenti per l’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose” (convertito con modificazioni dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233), in cui si fa riferimento alle “attività di implementazione dei processi di redazione del bilancio di genere e del bilancio ambientale”.

Piano¹³⁵, laddove si fa un esplicito riferimento alla “persistenza di disuguaglianze di genere, così come all’assenza di pari opportunità a prescindere da provenienza, religione, disabilità, età o orientamento sessuale” quali elementi di ostacolo significativo alla crescita economica¹³⁶.

Affermazioni che sembrerebbero perfettamente in linea con il documento “Strategia nazionale per la parità di genere 2021-2026” praticamente coevo al PNRR e della cui attuazione dovrebbe essere investito proprio il PNRR¹³⁷.

¹³⁵ Al riguardo preme ricordare come la parità di genere rappresenti la misura che più delle altre è stata oggetto di modificazioni nelle varie stesure del Piano, ovvero molto è cambiato dal primo piano del 6 dicembre a quello del 26 aprile. Tant’è che nel Piano di dicembre la Parità di genere era individuata come una Missione specifica, rientrava infatti esplicitamente all’interno della Missione numero 5 denominata “Parità di genere, coesione sociale e territoriale”, ed a questa erano destinati 4,2 miliardi per diverse linee di intervento, anche se non era specificato l’ammontare dei fondi per ciascuna linea di intervento, ma solo l’importo totale. Specificamente si trattava di: 1. Investimenti per potenziare l’offerta dei nidi d’infanzia e dei servizi socioeducativi per la prima infanzia; 2. Investimenti per ampliare l’offerta di strutture e politiche sociali a sostegno delle donne lavoratrici, per rispondere ai diversi fabbisogni di cura del proprio nucleo familiare (es. servizi per la cura degli anziani, dei portatori di handicap); 3. Interventi per favorire l’occupazione femminile e rafforzare a tal fine il rapporto tra ANPAL (Agenzia Nazionale delle Politiche Attive del Lavoro), le Regioni e le Province Autonome; 4. Una riforma per l’istituzione di un “Sistema nazionale di certificazione sulla parità di genere”, (basato sulla definizione di norme per l’attestazione della parità di genere e dei relativi incentivi per le imprese che concludono con esito positivo il processo di certificazione, volto a definire un modello nazionale che consenta la misurazione di *target* di miglioramento); 5. Interventi per favorire l’imprenditorialità femminile; 6. Introduzione di politiche per la diffusione della cultura delle pari opportunità (Bilancio di genere). Nel c.d. Piano Draghi, invece, la parità di genere è vista come una priorità trasversale a tutto il Piano, in linea con l’impostazione già adottata nella seconda bozza del Piano del 12 gennaio, in cui la missione 5 era stata ridenominata “Inclusione e coesione”, e la parità di genere veniva individuata come una delle priorità trasversali, insieme a giovani e mezzogiorno, quali misure che dovrebbero permeare tutte le sei missioni del PNRR. Secondo il dettato del Piano, le *priorità trasversali* in quanto priorità principali “non sono univocamente affidate a singoli interventi, ma perseguite quali *obiettivi trasversali* in tutte le componenti del PNRR” e dunque devono essere prese a riferimento per la valutazione dell’impatto di tutte le politiche e gli investimenti inerenti il Piano.

¹³⁶ Si veda Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, priorità trasversali, 33.

¹³⁷ Ciò richiama anche le parole del Presidente Draghi nel suo discorso in occasione del voto sulla mozione di fiducia al Senato e poi alla Camera del 17-18 febbraio 2021, in cui più volte è stato utilizzato il termine “parità di genere”, sottolineando così la necessità di politiche adeguate a ridurre il *gap* di genere, richiamando altresì la volontà del Governo di lanciare entro il primo semestre 2021 la *Strategia nazionale per la parità di genere 2021-2026*. La Strategia Nazionale è stata poi adottata a luglio 2021, inserendosi come *strategia di riferimento* per l’attuazione del PNRR e la riforma del *Family Act*. La Strategia nazionale presenta cinque priorità (lavoro, reddito, competenze, tempo, potere) e mira, tra l’altro, alla risalita di cinque punti entro il 2026 nella classifica del *Gender Equality Index* dello *European Institute for Gender Equality* (attualmente l’Italia è al quattordicesimo posto, con un punteggio di 63 su 100, inferiore di 4,4 alla media EU). Inoltre, come il PNRR, richiama tutta una serie di misure a carattere trasversale, tra cui espressamente la “Promozione della Medicina-Genere specifica – iniziative per l’integrazione della prospettiva di genere all’interno della medicina. Se si guarda *al Gender equality Index* dell’EIGE 2020, l’Italia, nel dominio *salute* segna

Il condizionale però è d'obbligo, in quanto, nonostante il cambio di impostazione ravvisabile in entrambi i documenti, si deve purtroppo ammettere che il PNRR definitivo ha praticamente diluito il riconoscimento del diritto alla salute di genere nelle varie missioni senza attribuirgli una missione specifica (1, 4, 5 e 6).

Così è possibile ravvisare l'affermazione del diritto alla salute di genere nella Missione 1 "Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo", quando si enunciano le misure dedicate al lavoro agile nella pubblica amministrazione, al fine di incentivare un più corretto bilanciamento tra vita professionale e vita privata quale parte integrante del concetto di salute.

Ed ancora, nella Missione 4 "Istruzione e ricerca", quando si affronta il c.d. Piano asili nido e scuole per l'infanzia (per cui sono stanziati 4,6 miliardi)¹³⁸, andando ad innalzare il tasso di presa in carico degli asili, che nel 2018 era pari ad appena il 14,1 per cento, consentendo la creazione di circa 228.000 posti, di cui 152.000 per il nido, anche se "il fabbisogno di posti per i bambini negli asili nido e nelle scuole dell'infanzia viene stimato in 1.250.000, e per raggiungere l'obiettivo del 33% di nidi finanziati dal pubblico occorrerebbero almeno 300.000 posti in più"¹³⁹.

Come pure nella Missione 4 relativa alla incentivazione della presenza delle donne nelle materie STEM (scienza, tecnologia, ingegneria e matematica)¹⁴⁰, quale modo indiretto di rafforzare l'approccio di genere in medicina in ragione del valore aggiunto della differenza di genere nelle professioni sanitarie¹⁴¹.

uno dei punteggi più alti rispetto alla media europea, pari a 88,4. L'aspettativa di vita delle donne in Italia è superiore di 4,4 anni rispetto agli uomini. In questi 15 anni in Italia l'uomo ha aumentato l'aspettativa di vita alla nascita di più di 2,6 anni, la donna invece solo di 1,3 anni. Gli anni di aspettativa di vita superiori delle donne sono tuttavia anni di disabilità e malattia in quanto gli anni di vita sana sono uguali per uomini e donne, e secondo l'EIGE pari a 67. Per Medicina – Genere specifica si vuole intendere non solo una medicina che prende adeguatamente in considerazione le differenze tra uomo e donna di fronte alla salute e alla malattia, ma anche che la medicina e la chirurgia vengano declinate in base alle differenze di genere. Secondo questo approccio, ogni medico in ogni specialità deve conoscere le differenze di genere delle diverse malattie. Una attenzione particolare verrà riservata anche a temi specifici, tra i quali anche la salute riproduttiva. Un primo passo in questa direzione è rappresentato dal Piano per l'applicazione e la diffusione della Medicina di Genere, previsto dall'articolo 3 della Legge 3/2018, approvato il 3 giugno del 2019 previa intesa in Conferenza Stato-Regioni. La presente Strategia nazionale può rappresentare un'occasione importante per fare compiere all'intero SSN un passo avanti anche in ottica di LEA⁷.

¹³⁸ Rappresenta uno dei pochi importi chiari tra gli interventi connessi alla parità di genere, a cui nel Piano definitivo è destinato la cifra di 4,6 miliardi, anche leggermente superiore a quella prevista nel Piano di dicembre che si attestava sui 4,2 miliardi.

¹³⁹ C. TRIPODINA, *I perduranti ostacoli all'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne: dal Caso Oliva al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *AIC*, 5, 2021, 144.

¹⁴⁰ Consorzio Universitario AlmaLaurea, 2018; Istat, *Livelli di Istruzione e Livelli Occupazionali*, Anno 2019.

¹⁴¹ F. DI NUOVO, M. ONORATI, M. NICOLA, M. CASSONI, *Il valore aggiunto della differenza di genere nelle professioni sanitarie*, in *www.gendermedjournal.it*, 2018 "Così come la medicina non può essere pra-

Quanto alla Missione 5 “inclusione e coesione” che occupa, come è intuibile, un ruolo di grande rilievo nel perseguimento delle priorità trasversali di tutto il PNRR, il riferimento principale al genere è rivolto alle misure sull’occupazione femminile¹⁴², anche se il riferimento agli interventi di valorizzazione delle infrastrutture sociali, nonché la creazione di innovativi percorsi di autonomia per individui disabili, producono effetti indiretti non solo sull’occupazione, visto l’alleggerimento del carico di cura non retribuita gravante sulla componente femminile della popolazione, ma anche più in generale sul benessere psico-fisico dei c.d. *caregiver* familiari¹⁴³.

Semmai un sostegno più esplicito all’*empowerment* femminile relativo al diritto alla salute di genere può ritrovarsi nei progetti sull’*housing sociale*, a cui sono destinati 9,2 miliardi, al fine di ridurre i contesti di marginalità estrema e a rischio di violenza che vedono maggiormente esposte le donne. Il tema della violenza ricopre, infatti, grande rilievo nell’ambito dell’affermazione del diritto alla salute di genere, e certamente l’attenzione che il PNRR dedica a questo aspetto può costituire un fattore di diffusione della medicina di genere come sottolineato

ficata in modo neutro, uguale per tutti, anche il ruolo professionale del medico non è neutro dal punto di vista del genere”.

¹⁴² Nella Missione 5 (inclusione e coesione) è presente uno specifico investimento per sostenere l’imprenditorialità femminile (per cui sono stanziati 0,4 miliardi), che ridisegna e migliora il sistema di sostegni attuale in una strategia integrata. L’introduzione di un sistema nazionale di certificazione della parità di genere (per cui è stanziato 0,1 miliardi) intende accompagnare le imprese nella riduzione dei divari in tutte le aree più critiche per la crescita professionale delle donne, e rafforzare la trasparenza salariale. Si ricorda che con riferimento all’occupazione femminile è il PNRR stesso a stimare nel triennio 2024-2026 un incremento di 3,7 punti percentuali rispetto allo scenario di base pre-pandemia.

¹⁴³ M. PETRINI, A. D’AMORE, *Differenze di genere: i Caregiver familiari*, in www.epicentro.iss.it, maggio 2020 “Stime non ufficiali indicano che in Italia sono più di 3 milioni i *caregiver* familiari (CF), ovvero le persone che in maniera gratuita e continuativa si prendono cura di familiari non autosufficienti o con patologie croniche invalidanti. In Italia, come nel resto del mondo, il 65% dei CF sono *donne* di età compresa tra i 45 e i 55 anni, che spesso svolgono anche un lavoro fuori casa o che sono state costrette ad abbandonarlo (nel 60% dei casi) per potersi dedicare a tempo pieno alla cura dei familiari. Nel nostro Paese, la figura del CF, purtroppo, a differenza di altri Paesi europei, non è ancora stata riconosciuta a livello legislativo, anche se è opportuno sottolineare che nel 2018 è stata presentata in Parlamento una legge volta a valorizzare e tutelare proprio questo tipo di attività di cura. Con una così alta prevalenza di donne a ricoprire la funzione di *caregiver* familiare è importante considerare le differenze di genere, che possono avere importanti ripercussioni sulla salute dei singoli individui. Le differenze di genere si basano sia sulle caratteristiche sesso-specifiche, ad esempio quelle biologiche, fisiche e fisiologiche, che sul ruolo sociale, ovvero l’identità, l’espressione e il comportamento che la persona assume nel contesto socio-culturale in cui vive”. Situazione che sembra essersi aggravata con l’emergenza Covid-19, ISS, *Covid-19: sorveglianza, impatto delle infezioni ed efficacia vaccinale*, in www.epicentro.iss.it, aprile 2022 “nelle femmine rispetto ai maschi. Il maggior rischio nei soggetti di sesso femminile può essere verosimilmente dovuto alla maggior presenza di donne in ambito scolastico (>80%) dove viene effettuata una intensa attività di screening e al fatto che le donne svolgono più spesso la funzione di *caregiver* in ambito familiare”.

dall'art. 3 della legge n. 3 del 2018, ed a suo tempo dalla proposta di legge del 2016¹⁴⁴.

Tutti interventi questi che, pur non essendo esaustivi, hanno almeno il merito di rappresentare “a parole” una attenzione da parte del PNRR al perseguimento di un approccio di genere in sanità seppur inquadrato nella politica per le donne, essendo i termini “genere” e “donne” usati nel testo del PNRR confusamente come sinonimi.

A ciò si aggiunge il fatto che pur rappresentando il PNRR un ingente pacchetto di misure economiche, in tema di parità di genere vi è chi sottolinea “come lo sforzo economico e finanziario per dare seguito alle buone parole, in definitiva, non pare sufficiente: importanti dichiarazioni di massima si traducono in modeste e vaghe azioni a livello di iniziative concrete”¹⁴⁵.

Il cambio di impostazione sotteso al PNRR rischia dunque di essere più di forma che di sostanza, posto che la mancanza di una missione specifica per la parità di genere potrebbe, in caso di inattuazione parziale (o totale) degli interventi previsti nelle sei missioni, riflettersi negativamente anche sul diritto alla salute e all'interno di esso sul diritto alla salute di genere¹⁴⁶.

Proprio al fine di non incorrere in tali rischi, vi è chi ha avanzato una serie di “raccomandazioni” ai decisori europei¹⁴⁷, come quella di porre in essere un

¹⁴⁴ Nel Piano attuativo è infatti sottolineato che tra le malattie psichiatriche “l'esposizione maggiore delle donne a certi eventi e situazioni di vita fortemente stressanti contribuirebbe in maniera molto significativa al maggior rischio femminile di ammalarsi di determinati disturbi. L'esempio più calzante è dato dall'esposizione alla *violenza*, subita nel corso della vita da una percentuale stimata di donne che va dal 16 al 50%; questa, sia fisica che sessuale o psicologica, è fortemente correlata come fattore di rischio a patologie tipicamente più frequenti nelle donne, quali depressione, disturbo posttraumatico da stress, disturbi dissociativi, tentativi di suicidio, disturbi somatoformi (disturbi mentali caratterizzati dalla presenza di sintomi fisici riferiti dal paziente, ma privi di una base medica)”. Il Piano sembra richiamare la premessa della proposta di legge 2016 “Disposizioni per favorire l'applicazione e la diffusione della medicina di genere” in cui si sottolineava che “nel trattare di medicina di genere non si può trascurare il fenomeno della violenza di genere. La violenza è qualcosa che si può superare: non è un dato di natura. La violenza non può essere intesa e gestita solo come questione di criminalità, cioè di sicurezza sociale, o solo come problema medico, ma, annoverandola tra i temi di salute pubblica, va riconosciuta come prodotto di più fattori di rischio che interagiscono tra loro a diversi livelli”.

¹⁴⁵ C. TRIPODINA, *I perduranti ostacoli all'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne: dal Caso Oliva al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 144.

¹⁴⁶ Questa non individuazione quantitativa della priorità di genere oltretutto la differenzia dall'impostazione adottata per l'altra priorità trasversale, ovvero il “Sud”, per cui nel PNRR è esplicitamente affermato che “il Governo ha deciso di investire non meno del 40 per cento delle risorse territorializzabili del PNRR (pari a circa 82 miliardi) nelle otto Regioni del Mezzogiorno, a fronte del 34 per cento previsto dalla legge per gli investimenti ordinari destinati su tutto il territorio nazionale”.

¹⁴⁷ S. FRANCESCON, *Il Recovery Fund punti alla parità di genere*, in *euractiv.it*, “Secondo il Rapporto Geese, le cose addirittura potrebbero peggiorare gli aiuti finanziari dell'Ue confluiscono soprattutto nei settori a predominanza maschile (costruzioni, trasporti, agricoltura, tecnologico e digitale,

diverso bilanciamento tra i settori e gli investimenti, affiancando alla transizione digitale ed ecologica, quella verso una transizione sociale (messa a dura prova dalla pandemia), che veda, ad esempio, un potenziamento delle attività di cura¹⁴⁸.

Non è un caso che, a livello europeo, ci sia stato nei mesi scorsi un dibattito a proposito della definizione di una soglia garantita di investimenti, come quella individuata per il *green* (37%)¹⁴⁹ o per il digitale (20%)¹⁵⁰, che ha visto il Parlamento Europeo proporre di portare da due a sei i temi su cui introdurre somme vincolate, includendo tra questi la parità di genere. Tale proposta, sintomatica di una maggiore sensibilità verso le tematiche che interessano la parità di genere, si è però dovuta scontrare con una posizione contraria del Consiglio che ha ritenuto

energetico). L'impianto di Next Generation EU, sostenendo un'economia al maschile, andrebbe ad aggravare la disparità di genere, soprattutto nel mercato del lavoro, anziché ri-bilanciare le preesistenti condizioni di squilibrio (...). Inoltre, tutti i progetti dovrebbero avere: 1) una valutazione di impatto di genere, con dati disaggregati fra uomini e donne; 2) l'applicazione del *gender budgeting* nella pianificazione, attuazione, monitoraggio e valutazione dei progetti; e 3) l'attuazione del *mainstream* di genere (ovvero l'inserimento in maniera trasversale di valutazioni di genere a tutte le politiche e misure) (...). I criteri di valutazione dei piani di nazionali, che sono pre-requisiti per gli Stati Membri per ricevere le risorse del RRF, dovranno includere un filtro di genere e gli stessi piani dovranno far fronte alle disuguaglianze emerse a causa della crisi generata da Covid-19, inclusa la violenza di genere e la violenza domestica, che sappiamo essere spesso correlate alla dipendenza economica della donna al proprio partner". E questo dovrebbe interessare in particolare le politiche pubbliche in ambito sanitario, da cui parte la stessa idea di piano, volto a dare una risposta europea alla grave crisi sanitaria Covid-19.

¹⁴⁸ *Ibidem*, "Il *lockdown* ha ulteriormente esacerbato il divario: in Italia, il 72% dei lavoratori rientrati il 4 maggio erano uomini. Molte donne, complici anche le attività di cura domestica e la chiusura delle strutture scolastiche, sono rimaste a casa. Attività di cura che, in pieno spirito patriarcale, sono per lo più affidate alle donne. Non è solo un problema italiano; anche in Germania – riporta l'*Institute of Economic and Social Research* – il 27% delle madri lavoratrici è stata costretta a ridurre il proprio orario lavorativo per dedicarsi alla cura dei figli (vs il 16% dei padri)". Si veda anche C. MAGNESCHI, *Il diritto di prendersi cura*, in *Scienza e Pace magazine*, aprile 2022.

¹⁴⁹ Il Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce il Dispositivo per la ripresa e la resilienza, al *considerando* n. 23, prevede che "Il dispositivo, riflettendo il green deal europeo quale strategia di crescita dell'Europa e l'importanza di far fronte ai cambiamenti climatici in linea con l'impegno dell'Unione di attuare l'accordo di Parigi e gli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'ONU, contribuirà all'integrazione nelle politiche delle azioni per il clima e della sostenibilità ambientale e al conseguimento dell'obiettivo globale di dedicare il 30% della spesa di bilancio dell'Unione al sostegno degli obiettivi climatici. A tal fine, le misure sostenute dal dispositivo e incluse nei piani per la ripresa e la resilienza dei singoli Stati membri dovrebbero contribuire alla transizione verde, compresa la biodiversità, o alle sfide che ne derivano, e dovrebbero rappresentare almeno il 37% dell'assegnazione totale del piano per la ripresa e la resilienza sulla base della metodologia di controllo del clima di cui a un allegato del presente regolamento".

¹⁵⁰ Il Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce il Dispositivo per la ripresa e la resilienza, al *considerando* n. 26, prevede che "Anche le misure sostenute dal dispositivo e incluse nei piani per la ripresa e la resilienza dei singoli Stati membri dovrebbero essere pari a un importo che rappresenti almeno il 20% della dotazione del piano per la ripresa e la resilienza per la spesa *digitale*".

che una disposizione del genere avrebbe comportato una riduzione dei margini decisionali dei singoli Stati membri nei rispettivi Piani e progetti.

Resta dunque da domandarsi quale modello di società resiliente e sostenibile si possa costruire su un terreno fertile di risorse economiche ma così ancora diseguale.

8. *Il diritto alla salute di genere una chimera o una realtà?*

Una storia vera, che parte richiamando un racconto che potrebbe sembrare una favola, è quella della cardiologa americana Bernardine Healy, che nel 1991 nel *New England Journal of Medicine*¹⁵¹, richiamava le vicissitudine di Yentl, una giovane donna che dovette rasarsi i capelli e vestirsi da uomo per poter accedere alla scuola ebraica e studiare il Talmud, uno dei testi sacri dell'ebraismo, quale “metafora” di quella discriminazione che lei ancora riscontrava nell'Istituto di Cardiologia che dirigeva, dove le donne erano per nulla o poco rappresentate nelle sperimentazioni per introdurre nuovi farmaci e nuove tecnologie diagnostiche e terapeutiche.

Quali le conseguenze? Come per Yentl, il c.d. neutro-maschile rendeva “invisibili” le differenze, proprio quelle più e chiare e visibili anche ad occhio nudo, tant'è che tale articolo suscitò scalpore in tutto il mondo, costituendo il punto di partenza di quel “lungo viaggio verso la parità” anche nel diritto alla salute¹⁵².

Non è un caso che pochi anni dopo, nel 1995, il tema della salute delle donne veniva posto all'attenzione della Conferenza mondiale delle donne di Pechino, consesso nel quale si evidenziava a livello globale come il godimento pieno del diritto alla salute fosse vitale per la vita delle donne, per il loro benessere e per la loro abilità di partecipare in tutti i campi del pubblico e del privato, anche se nella Conferenza si prendeva atto di come salute e benessere fossero ancora esclusi per la maggior parte delle donne.

Da quell'evento ha preso avvio quel percorso che, sotto la spinta del diritto sovranazionale ed europeo, ha tracciato la strada per l'introduzione nell'ordinamento italiano della recentissima legge nazionale sulla medicina di genere.

Un processo, come è emerso dalle considerazioni sin qui svolte, non ancora compiuto, come ha dimostrato la recente pandemia da Covid 19¹⁵³, che ha messo in evidenza quanto la strada per il riconoscimento del diritto alla salute di genere sia “impervia” (nonostante l'approvazione della legge nazionale, del Piano attua-

¹⁵¹ B. HEALY, *The Yentl Syndrome*, in *N. Engl. J. Med.*, 1991, 274-276.

¹⁵² A. GALOPPINI, *Il lungo viaggio verso la parità. I diritti civili e politici delle donne dall'Unità*, Bologna, 1980. In chiave multidisciplinare si veda anche *Ancora in viaggio verso la parità. Dialogando con Annamaria Galoppini*, a cura di R. Biancheri, Pisa, 2012.

¹⁵³ Per approfondimenti sugli effetti dell'emergenza sanitaria nei confronti delle donne si veda E. CATELANI, M. D'AMICO, *Effetto Covid. Donne: la doppia discriminazione*, Bologna, 2021.

tivo e del suo recepimento a livello regionale), a causa della *scarsa conoscenza* delle gravi implicazioni che le disuguaglianze di genere in sanità producono.

Riflessione che portano a interrogarsi, “sul come avrebbe potuto essere l’Italia oggi se, a partire dal 1948, fosse stata promossa piena parità di genere”¹⁵⁴, e soprattutto se questa fosse stata riferita anche al diritto alla salute di genere.

È evidente che questa lacuna dimostra che in passato l’elaborazione dottrinale non ha saputo svolgere, in questo campo, il proprio ruolo di stimolo per il legislatore, per la giurisprudenza e per le autorità amministrative.

Oggi i tempi sembrerebbero maturi perché la parità di genere possa essere concepita come criterio guida nell’azione delle Istituzioni¹⁵⁵. Come a dire che il sistema sembra aver sviluppato la capacità di rilevare spontaneamente i rischi correlati alla disattenzione del legislatore, evitando prontamente le storture che potrebbero scaturire dalla sedimentata inerzia normativa e producendo un effetto di incentivazione indiretta sullo stesso legislatore.

Lo stesso mercato, come quello dei farmaci, si è fatto negli anni più sensibile alle differenze di genere tant’è che oggi è possibile trovare tra le avvertenze scritte nel “bugiardino” riferimenti al genere.

Ed anche “se” non è possibile introdurre, come obbligatorie le determinanti di genere, per le regole del mercato, lo Stato potrebbe (o meglio dovrebbe) esplorare altre strategie, come quella della “*spinta gentile*”¹⁵⁶.

L’auspicio è dunque che si prosegua il percorso avviato nelle riforme più recenti che interessano il diritto alla salute di genere, dando seguito a quell’*humus* embrionalmente espresso nell’ambito dell’Assemblea costituente, per cui la promozione, allora, della presenza femminile nella vita professionale e istituzionale, oggi come “presenza di genere” in tutti i substrati della vita sociale, culturale, ed in particolare in quello della salute, non può e non deve essere intesa solo come realizzazione del pieno rispetto dei diritti inviolabili della persona e del principio di uguaglianza, ma quale occasione di ripresa e resilienza per tutte le componenti della società globalmente considerata¹⁵⁷.

In questo processo evolutivo anche le politiche di digitalizzazione oramai al centro dell’agenda politica dei governi e dei finanziamenti nazionali ed europei, potrebbero venire in soccorso. Si pensi alla recente normativa nazionale che, sulla base della crescente disponibilità di dati digitali, pone l’attenzione sulla possibilità di sviluppare modelli predittivi che consentano la stratificazione della popolazione,

¹⁵⁴ Così S. CASSESE, *La Costituzione “dimenticata”. Introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2021, 3 e ancora ha aggiunto “la causa della «dimenticanza» va cercata in lentezze culturali [...] in materia di parità di genere”.

¹⁵⁵ A. SIMONATI, *La costituzione «dimenticata» la parità di genere*, cit., 18.

¹⁵⁶ Il c.d. “*nudging*” secondo la fortunata espressione coniata da R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*, New Haven, 2008.

¹⁵⁷ Si vedano sul punto le riflessioni di G. DE GIORGI, *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per le collettività?*, in *federalismi.it*, 2020, 207-214.

il monitoraggio per fattori di rischio, la gestione integrata di patologie croniche e di situazioni complesse: le basi fondanti di una medicina personalistica di precisione¹⁵⁸.

Purtroppo oggi tutto questo sembra ancora una chimera se si pensa al recente rapporto “*Sex, Gender and Covid-19 Project*” gestito dall’organizzazione *no-profit Global Health 50/50*, nel quale si afferma che di 198 Paesi esaminati, solo il 37% riporta dati sulla morte disaggregati per sesso e solo il 18% fornisce dati sulla vaccinazione disaggregati per sesso, come pure se si pensa agli studi sui vaccini *Pfizer-BioNTech* e Moderna limitati ad esplorare se la validità del vaccino differisca in base al sesso¹⁵⁹, senza giungere a valutazioni chiare sugli effetti collaterali negativi a seconda del genere¹⁶⁰.

Analoghe perplessità emergono nel Rapporto del *World Economic Forum* “*Global Gender Gap 2020*” secondo il quale non saremo in grado di giungere all’uguaglianza di genere prima di cento anni.

Se così è, viene il dubbio che il racconto di Yentl, sia più che mai attuale, e che ad oggi non è dato sapere per quanto tempo questa disuguaglianza dovrà accompagnare le future generazioni nel lungo viaggio verso la parità nel diritto alla salute di genere.

¹⁵⁸ Articolo 7 del d.l. n. 34 del 2020 “Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19”, convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

¹⁵⁹ Trovando un’efficacia superiore al 90% sia per gli uomini che per le donne.

¹⁶⁰ L. VIJAYASINGHAM, *Sex-disaggregated data in COVID-19 vaccine trials*, in *www.thelancet.com*, 2021.

Accordi sostitutivi, autoritatività ed esercizio di potere

di Daniele Marrama*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.2. Fondamento degli accordi sostitutivi. – 1.3. Ambito di applicazione degli accordi sostitutivi. – 2. Accordi sostitutivi ed esercizio di potere. – 2.2. Strumento privatistico esterno alla funzione amministrativa. – 2.3. Strumento privatistico interno alla funzione amministrativa. – 2.4. Nuovo strumento dell'attività amministrativa in forma pubblicistica e autoritatività

1. *Introduzione*

Venticinque anni orsono, la Studiosa a cui è dedicato il presente scritto pubblicò sulla rivista *Diritto Amministrativo* un articolo intitolato: *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*¹.

Un lavoro di estremo rigore scientifico e metodologico nel quale l'Autrice – con grande onestà intellettuale – manifestò apertamente e da subito il suo convincimento sulla necessità di ascrivere gli accordi sostitutivi di provvedimento di cui all'art. 11 della legge 241 del 1990² alla (da sempre) controversa categoria dei contratti di diritto pubblico³.

* Il presente lavoro è destinato anche alla pubblicazione negli Scritti in onore di Maria Immordino.

¹ M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 103 e ss. Il presente contributo – in una versione più ampia ed articolata – verrà pubblicato anche negli Scritti in onore di Maria Immordino.

² L'articolo della Immordino aveva ad oggetto sia gli accordi integrativi che gli accordi sostitutivi. Ciò non di meno, in questa sede il lavoro verrà svolto quasi esclusivamente con riferimento agli accordi sostitutivi in quanto questi ultimi presentano un maggior grado di complessità e, da sempre, offrono maggiori spunti di riflessione.

³ Sul c.d. contratto di diritto pubblico il dibattito dottrinale è sempre proceduto ad intermittenza ma è molto risalente nel tempo: il primo Autore ad aver introdotto la tematica nel nostro ordinamento è stato U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, c. 369 e ss.; successivamente: G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931; M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936; Id., voce *Contratto di diritto pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. IV, 1964, 644 e ss. In termini negazionisti, E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. Di dir. Pubbl.*, 1936, 222 e ss. Successivamente: BODDA, *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, Pavia 1937; A. DE VALLES, *Concessioni di pubblici servizi*, in *Nuovo Dig. It.*, Torino, 1938, 580 e ss. Dopo l'entrata in vigore della Costituzione: VIRGA, voce *Contratto (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, 1961, 979 e ss.; F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965; M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, *L'attività amministrativa*, Milano, 1967; F. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1971, 1469 e ss.; A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano

L'ipotesi venne sviluppata sulla scorta di una ragionata ricostruzione storica delle altalenanti fortune di cui hanno goduto e godono gli strumenti privatistici nell'impiego per esigenze di carattere pubblicistico.

Fortune che – contrariamente a quanto si potrebbe ritenere sulla base di un approccio superficiale – non dipesero mai (come non dipendono) dal ruolo più o meno sovraordinato che rivestì (e riveste) l'Amministrazione nella relazione con il privato contraente quanto dal modo in cui la funzionalizzazione alla cura dell'interesse pubblico condizionò (e condiziona) la relazione bilaterale⁴.

A valle di tale ragionata ricostruzione, l'Autrice concentrò la sua attenzione su di un puntuale e fruttuoso parallelismo tra la proposta relativa agli accordi tra privati ed Amministrazioni contenuta nello schema elaborato dalla Commissione Nigro⁵ ed il testo dell'art. 11 nella sua versione originaria dell'agosto del 1990⁶.

1974; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981. In un contesto più recente: R. FERRARA, *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione*, Padova, 1985; G. GRECO, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986; ID., *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi: 1) profili generali*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma, 1988; ID., *Le convenzioni pubblicistiche – Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984; A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988; ID., *Il contratto di diritto pubblico: fra amministrazione e privato nell'esperienza tedesca: contributo allo studio della contrattualità nel diritto amministrativo*, Napoli, 1988; L. V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Roma, 1988; F. PELLIZER, *Le concessioni di opera pubblica, caratteri e principi di regime giuridico*, Padova, 1990; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico (tra amministrazione e privati)*, Milano, 1996; ID., (voce) *Accordi pubblici*, in *Enc. Dir.*, (V aggiornamento), Milano, 2001; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Padova, 1992; L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001; G. MAVIGLIA, *Accordi con l'Amministrazione pubblica e disciplina del contratto*, Milano, 2002; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie contrattuali*, Milano, 2004.

⁴ F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 431 e ss.: *Non è esatto, a mio avviso, ritenere che nel primo secolo di esperienza amministrativa (il secolo XIX) gli atti dell'amministrazione fossero soltanto autoritativi, in dipendenza del carattere sovrano che si riconosceva all'amministrazione medesima. È stato anzi recentemente posto in rilievo che in quell'epoca (ma probabilmente anche in epoche successive) i rapporti contrattuali della pubblica amministrazione posseggono una loro oggettiva centralità; rappresentano una delle tipologie più importanti utilizzate dall'amministrazione (Sordi).*

⁵ Rinvenibile in M. NIGRO, *Appunto introduttivo per la seduta iniziale della Commissione*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 1984, n. 4, 79 e ss.

⁶ Sul tema specifico degli accordi ex art. 11 della 241 del 1990 – oltre ad alcuni tra i contributi richiamati nella nota n. 2 – senza pretese di esaustività, è necessario ricordare: F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, 238 e ss.; F. CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 124 e ss.; G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 1 e ss.; FF. TUCCARI, *Recesso ed inadempimento negli accordi amministrativi*, Bari, 1993; F. LEDDA, *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 391 e ss.; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996; G.D. COMPORITI, *Il coordinamento infrastrutturale*, Padova, 1996; N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e criteri*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, 1 e ss.; S. GIACCHETTI, *La legge sul procedimento tre anni dopo*, in *Riv. amm.*, 1994, 697-698;

Fu in quest'ambito che la Studiosa manifestò un convinto rammarico tanto per la scomparsa del principio di contrattualità dalla versione definitiva dell'art. 11 quanto per l'introduzione del limite dei casi espressamente previsti dalla legge per la stipulazione di accordi sostitutivi di provvedimento.⁷

Entrambi i rilievi apparvero del tutto coerenti con la visione di chi riteneva che gli accordi tra privato ed Amministrazione sostitutivi di provvedimento dovessero essere ricondotti nella categoria dei contratti di diritto pubblico. Lo era il primo perché, evidentemente, l'introduzione del principio di contrattualità all'interno dell'art. 11 della 241 avrebbe indubbiamente rappresentato un argomento "pesante" a favore della natura contrattuale dei predetti accordi; lo era il secondo in quanto: "se questo (il contratto ndr.) fosse stato accettato come *facultas* alternativa al provvedimento, avrebbe certamente vulnerato, e in modo molto profondo, quell'unilateralità del provvedimento medesimo che rappresenta sicuramente il carattere di cui l'amministrazione è più gelosa".⁸

ID., *Gli accordi dell'art. 11 della legge n.241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 513 ss; F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 35 e ss.; N. PAOLANTONIO, *Autoregolamentazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 793 e ss.; A. CONTIERI, *La programmazione negoziata*, Napoli, 2000; F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della A. negli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2000, 289 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217 e ss.; G. GRECO, *Contratti e accordi della Pubblica Amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Riv. it. dir. pub. comp.*, 2005, 1113 e ss.; G. SCIULLO, *Profili degli accordi tra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, 2007, 805 e ss.; G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'azione amministrativa*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 324 e ss.; F.G. SCOCA, *Accordi e semplificazione*, in *Nuove aut.*, 2008, 558 e ss.; M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 270 e ss.; A. MALTONI, *Considerazioni in tema di attività procedurali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2011, 97 e ss.; G. POLI, *Il problema della sinallagmaticità nell'accordo amministrativo. Brevi note sull'eccezione di inadempimento*, in *Dir. amm.*, 2014, 725 e ss.; L. PORTALURI, *Sugli accordi di diritto amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 147 e ss.; M. C. ROMANO, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in *AA.VV.* (a cura di) A. Romano, Torino, 2016, 398 e ss.; F. TIGANO, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in *AA.VV. Codice dell'azione amministrativa*, (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 654 e ss.; M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazioni e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 674 e ss.; A. CRISMANI, *Spunti e riflessioni sul modello consensuale nella gestione dei beni pubblici ambientali*, in *Riv. giur. ed.*, fasc. 2, aprile 2021, 47 e ss.

⁷ Come è noto, il principio di contrattualità era presente nello schema elaborato dalla commissione Nigro. La limitazione per gli accordi sostitutivi ai soli casi espressamente previsti da una legge fu, invece, introdotta nel testo di legge in accoglimento dei suggerimenti contenuti nel parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato n. 7 del 19 febbraio 1987 rinvenibile in *Foro it.*, 1988, III, c. 22 e ss. Molto critico sul parere da ultimo citato M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 5 e ss.

⁸ M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento, accordi e contratti di diritto pubblico*, cit., 133. Sono passati ormai più di quindici anni da quando – nel 2005 – il legislatore della legge n. 15 ha eliminato la limitazione degli accordi sostitutivi ai casi espressamente previsti dalla legge, ciò non di meno, sembra che il predetto cambiamento abbia scalfito solo in minima parte l'egemonia dell'unilateralità degli strumenti di conclusione di un procedimento amministrativo. Per la precisione la generalizzazione dell'accordo

Di estremo interesse risultò anche l'intuizione secondo la quale il fulcro centrale dell'intera vicenda degli accordi dovrebbe essere individuato in un particolare legame che unisce l'interesse pubblico all'oggetto del regolamento convenzionale; il legame in questione, infatti, da un lato, determinerebbe l'applicazione di un regime normativo differente rispetto a quello dei contratti tra privati e "di favore" per l'Amministrazione e, dall'altro, produrrebbe conseguenze in tema di stabilità del rapporto consensuale⁹.

A ben vedere, però, l'elemento che maggiormente colpirebbe chi leggesse solo oggi, per la prima volta, il predetto articolo è la sua innegabile attualità; al di là, infatti, di differenze legate a contingenze del momento e ad un quadro normativo in parte superato, al di là dello scarso successo "quantitativo" ottenuto in concreto dagli accordi sostitutivi¹⁰, i principali argomenti trattati sono esattamente i medesimi rispetto a quelli oggigiorno dibattuti.

Oggi come allora, infatti, ci si continua ad interrogare, in primo luogo, sulla negoziabilità della funzione amministrativa¹¹ e, immediatamente dopo, sulla esistenza dei contratti di diritto pubblico¹², sulla effettiva natura giuridica di tali atti,¹³

sostitutivo non ha intaccato l'unilateralità del provvedimento ma avrebbe potuto (circostanza che – come detto – non si è sinora verificata) mettere seriamente in discussione l'unilateralità come condizione assolutamente preponderante degli atti di definizione di un procedimento amministrativo.

⁹ Il particolare rapporto che si instaurerebbe tra l'interesse pubblico e ciò che forma oggetto dell'accordo è chiamato in causa con riferimento: al modulo consensuale nel suo complesso (p. 108), al suo regime disciplinare (p. 110), alla stabilità del rapporto giuridico che su di esso si fonda (p. 114), al potere dell'Amministrazione di produrre in via unilaterale la chiusura di un rapporto giuridico per motivi di interesse pubblico (p. 122), alla vincolatività degli accordi nei confronti dell'Amministrazione (p. 145).

¹⁰ Sulle ragioni dello scarso utilizzo da parte del legislatore e dell'amministrazione degli accordi di cui all'art. 11 molto interessanti le considerazioni di L. PORTALURI, *Sugli accordi di diritto amministrativo*, op. cit. Prima di lui F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, cit., 1288 e ss.

¹¹ Sul punto F. TIGANO, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, cit., 656: "L'utilizzo, da parte delle amministrazioni pubbliche, di moduli decisionali consensuali anziché di quelli tradizionali di tipo unilaterale, ha costituito e continua oggi a costituire per molti versi, soprattutto per i problematici aspetti teorici che vi sono connessi, un tema rispetto al quale le soluzioni sono state, nel tempo, differenti, talora persino contraddittorie". C'è una parte della dottrina che sin dai primi anni successivi alla promulgazione della legge 241 ha sostenuto che la negoziabilità dell'esercizio del potere risulterebbe essere un dato pressoché acquisito F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, cit., 238.

¹² Nel 2020, con la sentenza n. 5, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha "sdoganato" il concetto di contratto di diritto pubblico proprio con riferimento agli accordi sostitutivi di provvedimento ma, al tempo stesso, ha affermato che gli accordi sostitutivi non costituiscono strumenti di matrice civilistica.

¹³ In una recente pronuncia, le Sezioni Unite della Cassazione hanno attribuito una natura anfibia agli accordi sostitutivi, sent. n. 12428 del 2021: "La natura anfibia dell'accordo sostitutivo di provvedimento fa sì che la subordinazione del recesso unilaterale dell'Amministrazione alla sopravvenienza di motivi di interesse pubblico derivi non solo dalla vincolatività dell'accordo ai sensi dell'art. 1372 c.c. (in base al quale il contratto può essere sciolto "per cause ammesse dalla legge"), ma anche dalla consumazione del potere amministrativo mediante la stipulazione dell'accordo, il quale, come si evince dalla denominazione del capo della legge in cui s'inserisce l'art. 11,

sulle loro caratteristiche strutturali e funzionali, oltreché sulla loro vincolatività.

E tutto questo avviene in presenza di un quadro normativo che – come anticipato – ha subito modificazioni di non poco momento: gli accordi sostitutivi sono stati generalizzati, è stato inserito l'obbligo di far precedere ogni accordo sostitutivo da una determinazione da parte dell'organo che sarebbe stato competente ad emanare l'atto sostituito, è stato introdotto l'obbligo di motivazione.

Orbene, nelle seguenti poche pagine non si tenterà di dire la propria sul contratto di diritto pubblico. Il mezzo, evidentemente, non è adeguato al fine. Intento del presente contributo è, invece, quello di tentare di far emergere un aspetto di grande rilievo che – anche se in maniera meno evidente rispetto ai punti già segnalati – sembra assolutamente immanente nello scritto al quale si è più volte fatto riferimento.

Ciò non di meno, pur in assenza di un precipuo approfondimento sul c.d. contratto di diritto pubblico, il raggiungimento dell'obiettivo minimo appena indicato passa necessariamente attraverso una (sia pur) ridottissima esplicitazione di quelle che – a parere di chi scrive – sono le principali caratteristiche connotative degli accordi sostitutivi di provvedimento ex art. 11 della legge 241 del 1990.

1.2. *Fondamento degli accordi sostitutivi*

L'impegno deve obbligatoriamente prendere le mosse dall'individuazione del presupposto che legittima la pubblica Amministrazione alla sottoscrizione di un accordo sostitutivo di provvedimento. Snodo preliminare e fondamentale in quanto la sua identificazione orienta e condiziona in maniera decisiva e pressoché definitiva lo sviluppo di qualsivoglia approfondimento specifico relativo all'argomento.

Sul tema – come è a tutti noto – la dottrina amministrativistica discute da molti anni; gli estremi del relativo confronto si sono polarizzati intorno a due punti di vista diametralmente opposti tra loro. A fronte, infatti, di una nutrita maggioranza concorde nell'identificare in un potere previamente attribuito la fonte di legittimazione di tale attività¹⁴ è, altresì, presente una parte minoritaria

realizza una forma di partecipazione del privato al procedimento amministrativo, per cui il potere può riemergere solo sub specie di potestà di autotutela”.

¹⁴ Nella richiamata maggioranza, si vedano: G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi: 1) profili generali*, cit.; ID., *Le convenzioni pubblicistiche – Ammissibilità e caratteri*, cit.; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit.; F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995; M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento, accordi e contratti di diritto pubblico*, cit.; G. GRECO, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, cit.; ID., *“I contratti amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, cit.; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico (tra amministrazione e privati*, op. cit.; ID., voce *Accordi pubblici*, cit.; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998; F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della A. negli accordi con i privati*, op. cit. M. C. ROMANO, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, cit.

ma autorevole della dottrina che, di contro, individua tale fonte di legittimazione nell'autonomia privata che dovrebbe essere riconosciuta ad ogni pubblica Amministrazione¹⁵.

Come era ampiamente prevedibile – in ragione della centralità del tema – ognuno dei due richiamati orientamenti ermeneutici ha lasciato traccia di sé in giurisprudenza¹⁶.

Orbene, l'adesione di chi scrive alla soluzione pubblicistica si fonda su di una serie di elementi. Da un lato, il terreno ineluttabilmente procedimentale nel quale può maturare la scelta del privato e dell'Amministrazione precedente induce sensibilmente a considerare l'accordo sostitutivo alla stregua di una delle (oramai varie e differenti) modalità per mezzo delle quali è possibile esercitare un

¹⁵ Sulla base di ricostruzioni anche molto differenti tra loro: F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit.; ID., *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 1288 e ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; G.D. COMPORITI, *Il coordinamento infrastrutturale*, op. cit.; G. MAVIGLIA, *Accordi con l'Amministrazione pubblica e disciplina del contratto*, cit., F. CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, cit., 124 e ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, op. cit.; Ead. *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, 238 e ss.; S. GIACCHETTI, *Gli accordi dell'art.11 della legge n.241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, cit.; G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, cit.; N. PAOLANTONIO, *Autoregolamentazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, cit.; B. CAVALLO, *Procedimento amministrativo e attività pattizia*, in AA.VV., *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000, 119 e ss.

¹⁶ Propendono per il previo conferimento di potere: C.d.S., Sez. II, sent. n. 705 del 28.01.2020 “Un accordo stipulato ex art. 11 l. n. 241/1990 in luogo del decreto di esproprio sostituisce tout court l'adozione del provvedimento ablatorio, pertanto, la cognizione delle controversie che eventualmente ne derivino rientra nella giurisdizione del g. a., ricorrendo sia l'ipotesi di cui al n. 2, lett. a), comma 1, dell'art. 133 c.p.a., che quella di cui alla lett. g), comma 1 del medesimo articolo; la pubblica Amministrazione, avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici, esercita comunque un pubblico potere” e T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, sent. n. 2359 del 2020: “l'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241 non rende “de plano” applicabili agli accordi della pubblica amministrazione le disposizioni del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, bensì i soli “principi” dalle stesse ricavabili, stante le non immediata adattabilità, sia ad accordi non aventi natura contrattuale, sia a convenzioni/contratto, delle norme valevoli per le espressioni di autonomia privata”. Orientata, di contro, a far leva sull'autonomia negoziale che sarebbe propria di ogni pubblica Amministrazione, T.A.R. Lombardia, Sez. II, sent. n. 36 del 2019: “Alle convenzioni urbanistiche stipulate tra il Comune e le imprese di costruzione si applicano i principi civilistici in materia di contratti, quali accordi tra privati e amministrazione ai sensi dell'art. 11 l. n. 241 del 1990. La natura di tali accordi, e il ruolo che in essi gioca l'autonomia negoziale, sono stati chiariti dalla giurisprudenza, secondo la quale all'interno delle convenzioni di urbanizzazione risulta prevalente il profilo della libera negoziazione. In sostanza, sebbene sia innegabile che tali convenzioni, a causa dei profili di stampo giuspubblicistico che si accompagnano allo strumento dichiaratamente contrattuale, rappresentino un istituto di complessa ricostruzione, non può negarsi che nelle stesse si assista all'incontro di volontà delle parti contraenti nell'esercizio dell'autonomia negoziale retta dal codice civile, con tutto ciò che ne discende in termini interpretazione delle relative clausole contrattuali”. Più risalente ma particolarmente importante, C.d.S., Sez. VI, sent. n. 2636 del 2002.

potere¹⁷ maggiore e finalistico,¹⁸ dall'altro, si registrano significative dubbiosità sul punto cardine della concezione privatistica (l'autonomia privata che sarebbe da riconoscere in capo ad ogni pubblica Amministrazione), sulle capacità euristiche dell'elemento di diritto positivo su cui fa principalmente leva l'autorevole dottrina minoritaria (il secondo comma dell'art. 11 a tenore del quale ai predetti accordi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili) e, da ultimo, sulla possibilità di funzionalizzare alla cura di un interesse pubblico anche l'attività privatistica delle pubbliche Amministrazioni.

Al contesto prettamente procedimentale nel quale trovano origine gli accordi sostitutivi di provvedimento sarà specificamente dedicato il secondo paragrafo.

Con riferimento, invece, alla prima delle tre perplessità appena riportate è allo stato possibile rilevare come – riguardo all'opzione pubblicistica – a fronte di una parte significativa della dottrina che, sulla base di un approccio dubitativo in relazione al rilievo che l'autonomia privata delle pubbliche Amministrazioni possa svolgere nell'attività pubblicistica, esclude che gli accordi di cui si discute possano trovare origine e legittimazione nella predetta autonomia¹⁹, vi è una parte del tutto minoritaria della dottrina che – dopo aver evidenziato le non trascurabili differenze che sussistono tra il riconoscimento della piena capacità di diritto privato ed il disporre di autonomia privata – sostiene che le pubbliche Amministrazioni godrebbero sì di piena capacità generale di diritto privato ma sarebbero (sempre e comunque) prive dell'autonomia privata²⁰.

¹⁷ Sul punto G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., 87: “la previsione che sia gli accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento sia gli accordi sostitutivi sortiscano e si concludano nel corso di un procedimento amministrativo – che è la sede della realizzazione concreta, o, se si vuole, della traduzione in atto del potere – lascia pensare che la posizione (pubblicistica) attivata dall'Amministrazione sia appunto quella propria di qualunque procedimento amministrativo”.

¹⁸ Gli aggettivi maggiore e finalistico sono introdotti per distinguere i poteri che vengono conferiti dal legislatore dalla differente categoria dei poteri minori o strumentali che sarà introdotta nel prosieguo.

¹⁹ F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit.: “le ricerche culminate nei primi anni '80 (in particolare, Marzuoli), sono sul punto decisive. L'attività amministrativa, anche quando si avvale di strumenti privatistici, resta comunque attività funzionalizzata, e, sotto questo profilo (che è l'unico rilevante), attività amministrativa; soggetta pertanto alle regole generali dell'attività amministrativa, diverse da quelle che disciplinano l'attività privatistica. Con il che continuare a ritenere che l'amministrazione sia dotata di autonomia privata significa ridurre il problema ad un giuoco di parole”. Oltre: “nell'ambito del procedimento amministrativo, nell'esercizio di poteri unilaterali, laddove la volontà del privato non è necessaria per la confezione della fattispecie produttiva del precetto, o, se si preferisce, del regolamento di interessi, la legge consente che l'amministrazione concluda accordi, aderisca cioè ad atti bilaterali, anziché adottare atti unilaterali (provvedimenti). Gli accordi previsti dall'art. 11 nascono dalla fusione di potere amministrativo e autonomia privata, sono il risultato di valutazioni discrezionali, sono alternativi (in tutto o in parte) al provvedimento unilaterale”. Di particolare interesse sul punto: G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi: 1) profili generali*, cit.

²⁰ Sia consentito il richiamo a D. MARRAMA, *Soggetti “legali” e autonomia privata. Sui limiti dei poteri*

La personale adesione a quest'ultima impostazione risulta, evidentemente, inconciliabile con le stimolanti sollecitazioni di quella parte della dottrina che – sempre all'interno dell'opzione pubblicistica – ha costantemente sostenuto che gli accordi sostitutivi trovino giustificazione in seno ad un'autonomia privata che dovrebbe essere riconosciuta in capo ad ogni pubblica Amministrazione²¹.

Rispetto alla seconda incertezza, chi scrive (insieme evidentemente a molti altri) – discostandosi dal convincimento di un'importante dottrina persuasa che il richiamo ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti si tradurrebbe nella necessità di ritenere applicabili tutte le norme generali contenute, rispettivamente, nei titoli I (delle obbligazioni in generale) e II (dei contratti in generale) del libro IV del codice civile²² – ritiene che il richiamo ai soli principi generali operato dal legislatore vada inteso in senso comunque “restrittivo” e determini un quadro normativo alquanto più contenuto rispetto, invece, alla presunta applicabilità di tutte le norme generali in materia di obbligazioni e contratti²³.

legislativi e dell'interpretazione, Torino, 2012. Nello stesso senso, M.C. ROMANO, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, cit., 402: “Posto che l'autonomia privata consiste nella libertà riconosciuta alle parti di valutare e perseguire i propri interessi – attraverso la predisposizione di un regolamento auto-impegnativo, nei limiti consentiti dall'ordinamento giuridico – è evidente come la Pubblica Amministrazione non possa essere considerata, in senso stretto, titolare di autonomia privata, in quanto la sua attività è sempre guidata (e delimitata) da un vincolo di scopo eteronomo, che pre-esiste al contratto e la orienta istituzionalmente: l'attività amministrativa, anche quella che si avvale di strumenti privatistici, si caratterizza per essere funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico” e 406 “Ciò che è carente negli accordi è la forza creatrice dell'autonomia negoziale, intesa secondo un'accezione strettamente civilistica, quale potere delle parti di determinarsi liberamente a predisporre un regolamento di interessi, fonte immediata ed esclusiva del rapporto obbligatorio; forza creatrice inconciliabile con la doverosità dell'azione amministrativa e con il principio di legalità che la informa”.

²¹ G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Rimini, 1991, 70 e ss.

²² Al riguardo si veda G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., 151: “si deve, pertanto, ritenere che il richiamo dei principi del codice civile non possa non ricomprendere tutte le norme generali riferentesi alle obbligazioni e ai contratti. E si può pertanto condividere la tesi che in tal modo risulta essenzialmente applicabile tutta la disciplina del codice civile, che si rinviene nei titoli I (delle obbligazioni in generale) e II (dei contratti in generale) del libro IV del codice civile” e 265: “i principi in tema di contratti, richiamati dal c. 2, art. 11, coprono in realtà tutta la disciplina del titolo II del capo IV c.c. E ciò in applicazioni del chiaro disposto dell'art. 1323 c.c. e per l'imprescindibile esigenza di evitare lacune normative, altrimenti ineluttabili, se si desse un'interpretazione restrittiva del richiamo: i “principi”, di cui al c. 2, vanno dunque intesi come le norme generali della intera materia dei contratti”.

²³ L'approccio interpretativo è sostanzialmente speculare a quello proposto con riferimento al comma 1 ter dell'art. 1 della legge 241 del 1990: “chi scrive ritiene che – al di là del pur significativo elemento lessicale (“i soggetti privati”) – la disposizione in commento vada interpretata nel seguente modo: “i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative [pur non essendo tenuti (in quanto privati) al rispetto delle disposizioni specifiche della legge n. 241 – in considerazione del fatto che sono preposti all'esercizio di attività amministrativa – quantomeno] assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1”. Sia consentito il richiamo a D. MARRAMA, *Articolo 1, comma 1 ter. Principi generali dell'attività*

Di recente, l'approccio restrittivo è stato fatto proprio dal vertice della giustizia amministrativa²⁴.

Per quanto, infine, attiene alla possibilità di funzionalizzare alla cura di interessi generali anche l'attività privatistica delle pubbliche Amministrazioni va evidenziato che se è vero che anche tale attività posta in essere dalle A. deve essere (direttamente o indirettamente) funzionalizzata alla cura di interessi generali, è altrettanto vero che, in casi del genere – contrariamente a quanto accade quando la A. utilizza strumenti inequivocabilmente pubblicistici nell'ambito dell'attività amministrativa sia di diritto pubblico che di diritto privato – la funzionalizzazione dell'attività ed i suoi strumenti risulterebbero alla stregua di elementi nella disponibilità del soggetto agente, con tutte le intuibili criticità connesse a tale circostanza²⁵.

amministrativa, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, (a cura di) N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, Torino, 2005, 126. Questa è in sostanza la medesima posizione espressa dalla Immordino già nel 1997; al riguardo, si veda M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento, accordi e contratti di diritto pubblico*, cit., 142: “Nonostante il richiamo ai principi codicistici, questi troveranno applicazione solo “ove non diversamente previsto e “in quanto compatibili”: quindi in via residuale e ad integrazione di una specifica disciplina”. In giurisprudenza – da ultimo: T.A.R., Sicilia, Ct., Sez. II, sent. n. 323 del 2020: “Deve escludersi l'applicazione, alle convenzioni urbanistiche, del recesso previsto dall' art. 72 della legge fallimentare che facendo riferimento espresso al «contratto» richiama lo schema generale dell' art. 1321 del codice civile il quale non si ataglia alle convenzioni urbanistiche per la loro intrinseca natura pubblicistica. Inoltre, secondo quanto previsto dal comma 2° dell' art. 11 della legge n. 241/1990, agli accordi sostitutivi del provvedimento, si applicano «ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili» e non le singole disposizioni del codice civile, né a maggior ragione quelle delle leggi speciali (ivi compresa la legge fallimentare). Non può infatti ritenersi che la facoltà di recesso unilaterale prevista dall' art. 72 della legge fallimentare costituisca un «principio» in materia di obbligazione in considerazione dell'evidente portata derogatoria rispetto alla generale vincolatività del contratto raggiunto dalle parti, secondo la previsione dell' art. 1372 c.c”. *Contra* F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, op. cit., 66, nota 44: “Il rinvio ai principi del codice civile “in quanto compatibili” dovrebbe essere inteso nel senso che l'applicabilità dei principi civilistici è esclusa solo da norme che disciplinano gli accordi (o taluni tipi di accordo) in modo incompatibile con quei principi, e non invece dai principi del diritto amministrativo in quanto tali”; G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 319; Per N. PAOLANTONIO, *Autoregolamentazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, cit., 805 la clausola di salvezza presente nel secondo comma dell'art. 11 secondo la quale l'applicazione dei principi del codice civile dovrebbe avvenire solo “in quanto compatibili” sarebbe una mera formula di stile. Più di recente, M.C. ROMANO, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, cit., 409: “Il richiamo all'espressione “principi” non ha un significato tecnico, poiché un'interpretazione restrittiva della relativa disciplina sarebbe fonte di lacune normative, per cui tale dizione varrebbe ad escludere l'applicazione di tutte le regole privatistiche proprie dei rapporti contrattuali”.

²⁴ C.d.S., Ad. Plen., n. 5 del 2020: “Fermi i casi di contratti di diritto privato (per i quali trovano certamente applicazioni le disposizioni del codice civile), nei casi invece di contratti ad oggetto pubblico l'amministrazione mantiene comunque la sua tradizionale posizione di supremazia; tali contratti non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma meramente dai “principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti”, sempre “in quanto compatibili” e salvo che “non diversamente previsto””. In www.giustizia-amministrativa.it.

²⁵ Sul punto appaiono molto persuasive le parole di G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento*

Vedremo, tra l'altro, nel prosieguo come sia sempre buona norma evitare meccanismi di ibridazione che alterino in chiave pubblicistica istituti del diritto privato ovvero in chiave privatistica istituti del diritto pubblico.²⁶ Del resto, l'infausta sorte che è toccata in passato ad esperienze del genere (diritti soggettivi pubblici e interessi legittimi nel diritto privato) dovrebbe indurre sul punto alla massima cautela.

Questo, si badi, non significa che in una vicenda complessiva di esercizio di un potere maggiore non possano coesistere istituti di diritto pubblico ed istituti di diritto privato, ma vuol dire semplicemente che una più efficace cura dell'interesse pubblico primario si raggiungerà quanto più i predetti istituti mantengano la loro identità rispettivamente di diritto pubblico e di diritto privato. Le ibridazioni sono fonte di confusione e attentano alla certezza del diritto.

In proposito, tra l'altro, è quantomai necessario un chiarimento preliminare. Il punto di partenza è la presa d'atto che tutta l'attività di rilievo giuridico posta in essere da una pubblica Amministrazione (anche quella che, per il momento, sono tenuto a continuare a chiamare attività privata dell'Amministrazione) non può che essere funzionalizzata²⁷.

Ma, a questo punto, ci si deve necessariamente confrontare (in maniera, evidentemente, per ora solo preliminare) con la sostanza della funzionalizzazione. Orbene, quest'ultima – contrariamente a quanto ha inizialmente dimostrato di ritenere una parte della dottrina e della giurisprudenza – non presuppone che tutta l'attività di rilievo giuridico posta in essere da una pubblica Amministrazione risulti

e contratto, cit., 119: “La (ndr) funzionalizzazione dell'attività di diritto privato, costantemente conclamata, o non esiste – nel senso che è una mera dichiarazione di facciata, che non costituisce un limite apprezzabile, tant'è che di essa non si hanno rilevanti applicazioni giurisprudenziali – ovvero, comunque, è abissalmente diversa dalla funzionalizzazione dell'attività amministrativa (vincolo al perseguimento dell'interesse pubblico primario e specifico, che si accompagna al conferimento e all'esercizio di ciascuna potestà amministrativa), di cui si è detto” e 121: “Dunque la c.d. funzionalizzazione dell'attività di diritto privato, se esiste, è comunque ben poca cosa (in mancanza dell'evidenza pubblica, che tuttavia imporrebbe un inquadramento almeno parzialmente pubblicistico, che la più parte della dottrina sopra esaminata viceversa rifiuta per gli accordi ex art. 11)”. Perplexità di contenuto analogo sono state contestualmente espresse da G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 158 e ss.

²⁶ Particolarmente attento ai rischi connessi ad ogni ipotesi di ibridazione si è, da sempre, dimostrato R. FERRARA, *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione*, cit.

²⁷ C.d.S., Ad. Plen., n. 5 del 2020: “L'azione amministrativa che si concretizza nell'emanazione di provvedimenti amministrativi, ovvero quella che si svolge, in forma paritetica, attraverso la sottoscrizione di accordi con i soggetti privati (art. 11 l. n. 241/1990, in particolare attraverso gli accordi sostitutivi di provvedimento), così come la stessa azione che utilizza direttamente strumenti disciplinati dal diritto privato (in specie, contratti), partecipa dell'unica (ed unificante) ragione di interesse pubblico, che la sorregge e giustifica, rappresentandone la causa in senso giuridico”. Tutto molto condivisibile ad eccezione dell'inciso secondo il quale negli accordi sostitutivi l'attività amministrativa si svolgerebbe in forma paritetica. Quest'ultima affermazione ha probabilmente una potenzialità sviante. La circostanza che in un episodio di esercizio di potere la consueta decisione finale unilaterale sia sostituita da un accordo tra Amministrazione e privato di per sé non giustifica l'idea che nell'ipotesi in questione il potere venga addirittura esercitato in forma paritetica. Quest'ultima espressione la riserverei alla c.d. attività amministrativa di diritto privato.

direttamente finalizzata alla cura dell'interesse generale. Non è così. La gran parte dell'attività privata delle pubbliche Amministrazioni non appare direttamente (ma solo più o meno indirettamente) indirizzata alla cura dell'interesse generale.

Funzionalizzare l'attività di diritto privato delle pubbliche Amministrazioni vuol dire, invece, (ove ciò sia possibile) utilizzare gli strumenti della capacità generale di diritto privato riconosciuta a tutte le pubbliche Amministrazioni nella costante consapevolezza di essere un soggetto di diritto nato²⁸ per la cura dell'interesse generale e, pertanto, necessariamente disponibile ad "aggravare" anche il proprio *modus operandi* eventualmente privatistico mediante l'utilizzo di istituti (di matrice pubblicistica) in grado di concretizzare la predetta consapevolezza.

Nell'ipotesi prospettata la cura dell'interesse generale si realizza in via indiretta.

I problemi sorgono nel momento in cui si è portati a ritenere che – in virtù della indefettibile funzionalizzazione – gli istituti privatistici di cui l'Amministrazione si serve tanto nella sua attività privata quanto nell'attività amministrativa di diritto privato debbano subire degli "aggiustamenti" atti alla bisogna.

Nel prosieguo saranno evidenziate le problematiche in termini di certezza del diritto che sovente accompagnano i predetti aggiustamenti che, a ben vedere, si basano sulla svisata idea che la funzionalizzazione sia realizzabile al meglio attraverso alterazioni più o meno evidenti degli istituti privatistici.

1.3. *Ambito di applicazione degli accordi sostitutivi*

La seconda tematica che ritengo necessario affrontare (seppur in maniera, anche qui, inevitabilmente superficiale) in via preliminare è quella dell'ambito di applicazione degli accordi sostitutivi.

Orbene, la quasi totalità della dottrina che si è espressa nel senso di limitare il campo di applicazione dell'istituto all'attività amministrativa discrezionale ha giustificato tale convincimento riferendosi al contenuto testuale del primo comma dell'art. 11 a tenore del quale: "In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo"²⁹. L'ac-

²⁸ Ovvero dedito, preposto.

²⁹ G. GRECO "Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto", cit., 196: "Si è detto ... che gli accordi ex art. 11 non sarebbero configurabili nel caso di atti amministrativi vincolati ... la prima delle riferite perplessità scaturisce "de plano" dal testo dell'art.11, che indica come oggetto dell'accordo il contenuto discrezionale del provvedimento. E ciò vale sia per gli accordi endoprocedimentali, sia per gli accordi sostitutivi". Ha sostenuto l'inapplicabilità degli accordi ex art. 11 all'attività

cordo endoprocedimentale e l'accordo sostitutivo riguarderebbero unicamente l'elemento di discrezionalità presente nel potere previamente conferito³⁰.

L'argomentazione, invero, non convince; concentrandosi, infatti, proprio sulla struttura sintattica della disposizione si può evincere come, in verità, il riferimento alla definizione del contenuto discrezionale di un emanando provvedimento riguardi esclusivamente gli accordi endoprocedimentali. Negli accordi sostitutivi il terreno di incontro tra privato ed Amministrazione mi sembra possa andare, almeno da un punto di vista sintattico e lessicale, oltre l'intesa sui predetti profili discrezionali.

Ciò posto – ipoteticamente – anche alla luce del personale convincimento di chi scrive sulla necessità di riconoscere all'attività amministrativa vincolata pari dignità rispetto a quella riservata all'attività amministrativa discrezionale³¹, si potrebbe forse addirittura congetturare sull'applicabilità degli accordi sostitutivi anche all'attività amministrativa vincolata³².

Ciò non di meno, la giurisprudenza del giudice amministrativo – dopo alcune prese di posizione non del tutto motivate³³ – ha, da ultimo, specificato che l'inapplicabilità degli accordi di cui all'art. 11 nell'ambito dell'attività amministrativa vincolata derivi (non dal dato normativo testuale ma) dall'impossibilità di prefigurare una situazione in cui Amministrazione e privati abbiano possibilità determinativa consensuale su aspetti previamente definiti dal legislatore.³⁴ La specificazione, in questo caso, appare ampiamente convincente.

Oltre non è dato indugiare.

amministrativa vincolata anche N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997.

³⁰ M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento, accordi e contratti di diritto pubblico*, op. cit., 141: “Comune (alle due tipologie di accordo nda.) è l'oggetto, che è costituito dal contenuto dispositivo di quegli atti nei quali il potere discrezionale si estrinseca. Cioè “quell'assetto degli interessi risultante dall'esercizio di un potere amministrativo, finora ritenuto necessario e geloso presidio dell'unilateralità amministrativa”. Sicché l'oggetto dell'accordo e l'oggetto del provvedimento coincidono”. La citazione si riferisce a G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, cit., 210.

³¹ Sia consentito il rinvio a D. MARRAMA, *Della progressiva (immeritata) svalutazione dell'attività amministrativa vincolata*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2021.

³² Contrari rispetto a tale possibilità anche dopo le modifiche del 2005: F. CANGELLI, *Articolo 11 comma 1 e 4-bis*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, (a cura di) N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, Torino, 2005 288 in part. nt. 53 e W. GIULIETTI, *La conclusione di accordi tra amministrazioni e privati dopo la legge n. 15 del 2005: ambito applicativo e profili sistematici*, in *Rass. for.*, 2005.

³³ T.A.R. Lombardia, Mi, Sez. II, sent. 1246 del 2015: “È esclusa l'utilizzabilità degli accordi ex artt. 11, l. n. 241 del 1990 a fronte dell'esercizio di un potere vincolato da parte dell'Amministrazione, pur ammettendosi che attraverso gli accordi suindicati possano essere disciplinate, anche a fronte di un'attività vincolata, talune modalità esecutive della condotta del privato o della p.a.”.

³⁴ T.A.R., Lombardia, Mi, Sez. II, sent. n. 2470 del 2021: “L' art. 11, comma 1, l. n. 241/1990

2. *Accordi sostitutivi ed esercizio di potere*

Nella parte iniziale del sesto paragrafo Immordino – soffermandosi sull’oggetto dell’incontro di volontà tra Amministrazione e privato che si verifica nell’accordo – scrive: “La disponibilità per l’amministrazione dell’“oggetto” costituisce, infatti, il presupposto indefettibile per la stipulazione del contratto in alternativa all’esercizio del potere, sicché più che di “indisponibilità” sembra più corretto parlare di “disponibilità limitata””.

Orbene, sul concetto teorico di contratto (ma il discorso non cambia ove si parlasse di accordo) quale alternativa all’esercizio di potere³⁵ è probabilmente il caso di indugiare più un attimo, anche servendosi – ove possibile – dei diversi passaggi nei quali Immordino, concentrandosi su questioni differenti, ha lasciato intendere la sua posizione sul punto.

E ciò in quanto, il concetto di contratto quale alternativa all’esercizio di potere – debitamente estrapolato dal contesto specifico in cui è inserito – può significare davvero molte cose, tra l’altro, assai diverse tra loro: a) può significare strumento per muoversi privatisticamente al di fuori della funzione amministrativa; b) può riferirsi ad un’attività che si svolge all’interno della funzione amministrativa ma per il tramite di strumenti di diritto comune; c) può (con ogni probabilità) stare a dire anche strumento per la cura dell’interesse pubblico concreto rientrando nell’esercizio di potere ma alternativo alla forma pubblicistica tradizionale dell’esercizio di potere.

Declinare i possibili significati dell’espressione riportata al di fuori (lo si ripete) del contesto specifico in cui essa è inserita dovrebbe lasciar emergere quel profilo di grande rilievo che si legge in filigrana nel contributo al quale si è più volte fatto riferimento e che si cercherà di dettagliare nel miglior modo possibile nelle pagine seguenti.

2.2. *Strumento privatistico esterno alla funzione amministrativa*

In primo luogo, l’alternativa secca tra contratto ed esercizio di potere poteva come può configurare uno scenario altrettanto *tranchante* che pone in un determi-

non impone affatto la conclusione di accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento amministrativo, ma lascia la facoltà di scelta in capo all’Amministrazione procedente (può concludere), che senza dubbio può determinarsi in senso negativo con riguardo alla loro stipulazione. Al di là di tale aspetto, comunque dirimente, deve poi potersi riscontrare, quale elemento necessario per poter utilizzare lo strumento convenzionale, il perseguimento dell’interesse pubblico riferito ad attività di natura discrezionale e non vincolata, non potendosi contrattare con soggetti privati l’esercizio di un potere già conformato dal legislatore e quindi condizionato nella sua esplicazione”

³⁵ Sul potere amministrativo e sulle sue caratteristiche, si veda A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Napoli, 2014, 171 e ss.

nato punto la c.d. attività privata dell'Amministrazione e, in un punto diametralmente opposto al primo, l'attività amministrativa in forma pubblicistica³⁶.

Questa è indiscutibilmente l'interpretazione più estrema che può essere data all'espressione sopra evidenziata ma è certamente anche un'interpretazione realisticamente verosimile che ha una sua coerenza interna nella quale, tra l'altro, l'uso del termine contratto è innegabilmente del tutto giustificato, adeguato e congruo.

Rispetto a questa prima, possibile ipotesi ermeneutica bisognerebbe immaginare un'Amministrazione alla quale siano stati previamente conferiti una funzione pubblica ed uno specifico potere maggiore e finalistico,³⁷ che – ove ciò sia possibile³⁸ – decida di perseguire l'obiettivo di interesse generale (che è) alla base del prefato conferimento non per il tramite dell'esercizio della funzione amministrativa ma operando esclusivamente *iure privatorum*, mediante la sottoscrizione di un contratto nell'ambito di quella che, ordinariamente, viene chiamata attività privata dell'Amministrazione³⁹.

In un caso del genere⁴⁰ (al netto di ogni considerazione sulla legittimità e percorribilità della scelta) non ci sarebbe svolgimento di funzione pubblica né esercizio di potere maggiore o finalistico e l'attività privatistica dell'Amministrazione – che nell'ipotesi proposta si innesterebbe sulla generale capacità di diritto privato propria di ogni pubblica Amministrazione – non sarebbe libera (l'attività di una pubblica Amministrazione non può essere mai del tutto libera) in quanto risulterebbe in ogni caso necessariamente funzionalizzata e non solo per la presenza del previo conferimento di un potere maggiore⁴¹ ma anche per il fatto di essere attività dell'Amministrazione.⁴²

³⁶ Lo sviluppo del ragionamento presuppone evidentemente la conoscenza della tripartizione dell'attività amministrativa (attività amministrativa in forma pubblicistica, attività amministrativa in forma privatistica e attività privata dell'Amministrazione) introdotta da Antonio Amorth nel lontano 1938 per il tramite delle *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 1 e ss.

³⁷ Se così non fosse non avrebbe senso la precisazione: “in alternativa all'esercizio di potere”.

³⁸ Secondo Guido Greco la sostituzione tra modulo privatistico e modulo pubblicistico sarebbe ipotizzabile unicamente nelle eventualità in cui la A. – oltre ad essere destinataria di un potere pubblicistico – sia altresì titolare di diritti soggettivi da far valere privatisticamente.

³⁹ È nei limiti di questa possibile ipotesi che si può concordare con M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento, accordi e contratti di diritto pubblico*, cit., 140, secondo la quale: “Sembra ormai definitivamente superata, infatti, la tesi che connetteva la cura dell'interesse pubblico necessariamente all'esercizio di una pubblica potestà”.

⁴⁰ Per il quale G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, cit., 108 utilizza l'espressione: *contratto “ad autonomia piena”*.

⁴¹ L'esistenza di un potere maggiore e finalistico ha un rilievo anche nelle ipotesi in cui l'Amministrazione alla quale quel potere è stato attribuito decida di non esercitarlo e di muoversi al di fuori della funzione amministrativa; quel potere produce un effetto condizionante anche quando non viene esercitato.

⁴² Per un caso emblematico di attività amministrativa in forma privatistica si veda: Cass. civ., Sez. I, sent. n. 22626 del 2006: “Ove le parti abbiano definito contrattualmente l'intera vicenda

La funzionalizzazione, però, non andrebbe ad intaccare o ad alterare forzatamente l'impianto e la struttura degli strumenti privatistici utilizzati dall'Amministrazione mentre determinerebbe inevitabilmente la necessità di contornare i predetti strumenti di "passaggi" di natura pubblicistica idonei a garantire la funzionalizzazione medesima.

E questo in quanto gli istituti del diritto comune sono stati correttamente disegnati in una maniera che li rende ontologicamente incapaci di soddisfare la totalità dei profili pubblicistici che emergono ineluttabilmente ogni qual volta l'Amministrazione si attiva per il tramite della sua capacità generale di diritto privato.

Ebbene, storicamente questi "passaggi correttivi" di natura e funzionalità pubblicistica hanno assunto le fattezze della c.d. evidenza pubblica⁴³: procedure strumentali finalizzate specificamente ad affrontare e dare risposta alle esigenze di funzionalizzazione al rilievo pubblicistico che indefettibilmente contraddistinguono ogni iniziativa di una pubblica Amministrazione articolata secondo il diritto comune.⁴⁴

Orbene – a parere di chi scrive – la richiamata funzionalizzazione, in uno con la natura pubblica del soggetto agente, costituisce l'origine di un potere strumentale e minore (che si distingue nettamente da quello finalistico e maggiore) esercitato dall'Amministrazione nell'ambito di quei passaggi pubblicistici ai quali si è più volte fatto riferimento.

Ciò significa che anche quando l'attività dell'Amministrazione non si impernia su di un previo e specifico conferimento di un potere finalistico (che pure può risultare in ipotesi rintracciabile), alla prima vada comunque riconosciuta la titolarità di un potere "minore" – strumentale e non finalistico – che si fonda sulla natura pubblica del soggetto agente⁴⁵ e sulla ineludibile funzionalizzazione

espropriativa anche per gli aspetti patrimoniali, non vi è più spazio per invocare i criteri legali di determinazione dell'indennità stabiliti per la cessione volontaria degli immobili; né per chiederne l'indennità di occupazione d'urgenza, che postula un ristoro separato ed aggiuntivo non assorbibile nell'indennità di espropriazione, ove la perdita della proprietà sia stata preceduta dalla perdita temporanea della mera disponibilità del bene, per cui non è configurabile quando sia accertata la contestualità dell'acquisizione del possesso con il passaggio di proprietà"

⁴³ Come è a tutti noto l'espressione "evidenza pubblica" è stata coniata da Massimo Severo Giannini.

⁴⁴ Sui contratti ad evidenza pubblica G. GRECO, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato (i contratti ad evidenza pubblica)*, Milano, 1986; id. *I contratti "ad evidenza pubblica"* in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 1990; A. BUSCEMA, S. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, VII, Padova, 1987 e L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988.

⁴⁵ Ovvero sulla preposizione o dedizione alla cura di interessi generali che può caratterizzare anche un soggetto privato.

alla cura diretta dell'interesse generale di (pressoché)⁴⁶ tutta la sua attività e che si estrinseca nelle necessarie parentesi⁴⁷ pubblicistiche di cui si è detto.

Le tradizionali procedure ad evidenza pubblica sono esplicitazione dei poteri minori e strumentali ai quali si è fatto riferimento⁴⁸.

A parere di chi scrive, infatti, i principi di legalità e tipicità dei poteri pubblicistici valgono esclusivamente per i poteri maggiori, vale a dire per quei poteri che sono stati appena definiti finalistici e che risultano strutturalmente differenti rispetto ai poteri minori o strumentali. Questi ultimi, dal canto loro, rappresentano anche una conseguenza diretta della natura pubblica del soggetto agente, una sorta di contraltare pubblicistico rispetto al riconoscimento in capo alle pubbliche Amministrazioni della capacità generale di diritto privato che emerge proprio nel momento in cui le Amministrazioni medesime agiscono in virtù di quest'ultima.

L'ipotizzata esistenza di poteri minori potrebbe verosimilmente incorrere nella critica di tutti quegli studiosi che sostengono come negli ultimi anni si stia verificando un rafforzamento del principio di legalità in merito ai poteri pubblicistici⁴⁹. Ciò non di meno, l'estrema difficoltà a ritenere espressione di

⁴⁶ La ragione dell'inserimento dell'avverbio "pressoché" si chiarirà nell'evoluzione del ragionamento

⁴⁷ La circostanza che sui provvedimenti adottati in seno agli intermezzi pubblicistici che contraddistinguono l'attività privatistica ad evidenza pubblica l'Amministrazione possa certamente tornare nell'ambito di procedimenti di secondo livello testimonia che, in ogni episodio di attività privatistica ad evidenza pubblica, le parentesi pubblicistiche possono assolutamente essere più di una. Per fortuna la parola "parentesi" costituisce un sostantivo invariabile.

⁴⁸ È a tutti noto che nei primi anni del XX secolo la convergenza di opinioni pressoché assoluta sul carattere provvedimentale dell'aggiudicazione ed il riconoscimento della possibilità per la stazione appaltante di ritornare sul predetto atto in esercizio dei suoi poteri di autotutela ha portato parte della giurisprudenza e della dottrina (in special modo – ma non solo – quella persuasa della natura contrattuale degli accordi) ad affiancare gli accordi endoprocedimentali ai contratti privati ad evidenza pubblica. I primi sarebbero stati l'immagine riflessa dei secondi (riflessa in quanto mentre nell'accordo endoprocedimentale vi è prima l'accordo e successivamente il provvedimento, nei contratti ad evidenza pubblica si verifica prima il provvedimento e successivamente l'accordo). Molto meno agevole ipotizzare un parallelismo tra i contratti ad evidenza pubblica e gli accordi sostitutivi. Ad ogni modo, la proposta non mi ha mai convinto; mentre negli accordi gli elementi di carattere privatistico concorrono con quelli di natura pubblicistica nell'ambito di un unitario processo di esercizio di potere, nei contratti privati ad evidenza pubblica quest'ultima non concorre a definire l'articolata fattispecie e rimane sostanzialmente esterna rispetto all'operazione privatistica. Da sempre contrario sia al riconoscimento di un carattere provvedimentale per l'aggiudicazione che alla possibilità di disporre la revoca di quest'ultima G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, op. cit., 168 e ss. Non mi convince la tesi di Greco secondo la quale la circostanza che la volontà contrattuale dell'Amministrazione si formi per il tramite di una procedura ad evidenza pubblica porterebbe quest'ultima all'interno della fattispecie contrattuale. Ritengo, infatti, che tale elemento non giustifichi una *reductio ad unitatem* di strumenti riconducibili a potestà differenti. La capacità generale di diritto privato per il contratto ed il potere minore e strumentale al quale si è fatto appena riferimento nel testo per il provvedimento di aggiudicazione.

⁴⁹ M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 16: "alcuni elementi

un potere maggiore la procedura ad evidenza pubblica che un Comune deve necessariamente porre in essere per individuare un possibile locatario per un immobile di proprietà comunale che intende mettere a reddito, unitamente alla convinzione della sostanza intimamente pubblicistica dell'atto (provvedimento) che viene fuori al termine della predetta procedura, mi confermano nel convincimento dell'esistenza di poteri minori e strumentali e mi induce, altresì, a porre in relazione l'effettivo, recente e richiamato consolidamento del principio di legalità esclusivamente con i poteri maggiori.

Tra l'altro, non mi sembra neanche corretto far derivare la presenza di un potere maggiore dall'esistenza di una eventuale disposizione legislativa che, per vicende analoghe a quella appena prospettata, imponga il predetto obbligo concorrenziale.⁵⁰

Ad ogni modo, oltre che alle ben note vicende della contrattualistica pubblica (ad oggi) di matrice eurounitaria, l'evidenza pubblica si è storicamente resa necessaria con riferimento a due differenti tipologie di attività amministrativa: quella che si verifica nel momento in cui una A. che ha ricevuto il conferimento di uno specifico potere finalistico decida di raggiungere l'obiettivo che è alla base di quel conferimento di potere senza esercitare quest'ultimo ma servendosi solo di strumenti di diritto comune (è l'esempio che si è proposto)⁵¹ e quella che riguarda, invece, la sussistenza e la relativa operatività dell'Amministrazione medesima (attività che non presuppone il conferimento di un potere maggiore in quanto basata sulle peculiari esigenze e sulle vicende e necessità della quotidianità dell'Amministrazione).

Per la prima tipologia di attività la funzionalizzazione da porre in essere deriverebbe tanto da un elemento oggettivo (il previo conferimento di un potere finalistico) quanto da un elemento soggettivo (la natura pubblica del soggetto agente); per la seconda tipologia di attività, invece, la predetta funzionalizzazione deriverebbe unicamente dalla natura pubblica del soggetto agente.

Quest'ultima attività di rilievo giuridico risulterebbe amministrativa solo dal punto di vista soggettivo e non, invece, dal punto di vista oggettivo.

che in passato si ritenevano caratterizzare il provvedimento amministrativo ora sono stati ridimensionati a seguito di un'interpretazione forte del principio di legalità ... il provvedimento amministrativo è sì servito per fondare posizioni di privilegio dei soggetti pubblici, ma queste ultime appaiono oggi scarsamente compatibili con l'affermazione netta per cui ogni potere amministrativo necessita di un espresso fondamento normativo". Successivamente, alla 31: "Attualmente la caduta del dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi, l'affermazione più rigorosa del principio di legalità predicato nei riguardi dei singoli poteri amministrativi ... portano ad una visione più equilibrata e ad un'amministrazione più responsabile".

⁵⁰ Anche se si è consapevoli che il concetto di evidenza pubblica si sia formato proprio attraverso l'attribuzione di una natura pubblicistica a quegli atti che, alla luce della normativa di contabilità statale, dovevano precedere la sottoscrizione di ogni contratto stipulato dall'Amministrazione.

⁵¹ E – se si è ben compreso il pensiero del Maestro – anche il caso rispetto al quale Giannini parlava di "contratto alternativo".

Se, infatti, è vero che la natura pubblica dei soggetti agenti non è un elemento sufficiente per delineare in maniera soddisfacente i confini dell'attività funzionalizzata in quanto non di rado anche l'attività dei soggetti privati – in virtù di una qualche forma di collegamento con un interesse generale – deve essere funzionalizzata, è altrettanto vero che la natura pubblica del soggetto agente è un criterio minimo ma certo per affermare che un'attività è (totalmente piuttosto che parzialmente) funzionalizzata in considerazione del fatto che pressoché tutte le attività delle pubbliche Amministrazioni sono, in un modo o nell'altro, funzionalizzate.

Gli atti giuridici di diritto privato che l'Amministrazione pone in essere per esigenze di operatività e sostentamento, dal canto loro, non sono funzionalizzati; ad essere strumentalmente ed indirettamente funzionalizzate saranno esclusivamente le parentesi pubblicistiche che, di regola, precedono la stipula dei predetti atti. Discorso diverso se si parla di attività di rilievo giuridico realizzata in esercizio di un potere maggiore; in questa seconda opzione, tutta l'attività giuridica posta in essere dall'Amministrazione risulta direttamente o indirettamente funzionalizzata.⁵²

Nella prima tipologia di attività la funzionalizzazione prende appunto le forme di un potere strumentale e minore riguardante esclusivamente gli innesti pubblicistici indefettabili in ogni fattispecie in cui un'Amministrazione – per scelta o per necessità – opera per il tramite del diritto comune.

Non è un caso allora che la maggior parte delle attività delle Amministrazioni che storicamente sono state ricondotte nella categoria dell'attività privata della Amministrazione (contratti di appalto e di somministrazione, contratti di gestione di beni immobili) attualmente – in virtù della loro tangenza con un determinato interesse generale e della conseguente e necessaria funzionalizzazione – sono solitamente fatte rientrare tra le attività privatistiche ad evidenza pubblica.

Quest'ultima appare, quindi, come lo strumento utile a soddisfare le esigenze pubblicistiche che si accompagnano necessariamente ad ogni episodio in cui una pubblica Amministrazione – in presenza o in assenza di un previo conferimento di un potere maggiore e finalistico (che, pur se esistente, non viene esercitato in maniera diretta) – si attivi *iure privatorum*.

La funzionalizzazione in questi casi si traduce nel riconoscimento in capo

⁵² L'affermazione di G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, op. cit., 191 secondo cui: "Tutti gli accordi costituiscono il risultato di un procedimento amministrativo, secondo una necessità (del nostro ordinamento) che riguarda ogni manifestazione di potestà amministrativa" è solo parzialmente condivisibile e lo è nell'eventualità in cui ci si limiti agli accordi di cui all'art. 11 della 241. Quando, invece, l'Amministrazione conferitaria di un potere maggiore si muove nell'ambito dell'attività amministrativa di diritto privato, gli accordi che può sottoscrivere con soggetti privati non si innestano su di un'attività necessariamente procedimentalizzata. Certamente non sulla procedimentalizzazione specifica di cui alla legge 241 del 1990.

all'Amministrazione di un potere minore, prettamente strumentale e circoscritto alle parentesi pubblicistiche che devono essere presenti ogni qual volta l'Amministrazione agisce con gli strumenti di diritto comune.

Un potere minore, diverso ed indipendente rispetto a quello (maggiore e finalistico) che di regola determina l'avvio di un'attività amministrativa e che si contraddistingue per la sua capacità di far fronte alle necessità pubblicistiche che sempre sono presenti allorché l'Amministrazione decida di agire *iure privatorum* e nei casi in cui non può fare diversamente.⁵³

Se i poteri in questione sono minori altrettanto minori sono i relativi procedimenti e gli atti che estrinsecano l'esercizio dei medesimi poteri. Minori perché (indiscutibilmente) inidonei a raggiungere in maniera diretta obiettivi di cura concreta di un interesse pubblico primario.

I procedimenti appaiono semplificati e, contrariamente ai procedimenti "maggiori", non sono di regola sottoposti al principio inquisitorio. I provvedimenti, dal canto loro, hanno un'efficacia limitata e circoscritta unicamente alla soluzione di un incidente pubblicistico la cui necessità deriva dalla natura pubblica del soggetto agente e dalla eventuale presenza (anche) di un potere maggiore ovvero semplicemente dalla natura pubblica del soggetto agente.

I provvedimenti minori hanno la caratteristica "riduttiva" di non essere in grado di inverare nel caso specifico la cura concreta di un interesse pubblico primario.

Ma i predetti poteri sono minori anche sotto l'aspetto delle possibili modalità di conclusione e di esercizio dei medesimi. La fungibilità tra i possibili modi di definizione dei procedimenti introdotta nel corso dei decenni dal legislatore statale non caratterizza i poteri minori.

Questi ultimi, infatti, non possono che concludersi con provvedimenti minori.⁵⁴

Se a ciò si aggiunge che ormai anche buona parte della dottrina è orientata a ritenere che l'unica forma di autonomia privata che può essere riconosciuta in capo alla pubblica Amministrazione sia di un tipo che non contempla la libertà di autodeterminarsi allora è seriamente possibile ipotizzare che l'attività privata dell'Amministrazione in realtà non esista e debba essere, di fatto, sostituita dall'attività ad evidenza pubblica.

⁵³ Perché difetta di un potere maggiore e finalistico.

⁵⁴ Riesce invero difficile ipotizzare che una procedura ad evidenza pubblica finalizzata all'individuazione di un operatore economico con il quale andare successivamente a concludere un contratto di appalto possa concludersi con un accordo sostitutivo invece che con un provvedimento di aggiudicazione. Più possibilista rispetto a tale ipotesi F. CANGELLI, *Articolo 11 comma 1 e 4-bis*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., 290. Come già rilevato, sostiene la natura privatistica dell'aggiudicazione G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, 95. Non si concorda con quest'ultima posizione in considerazione del fatto che l'aggiudicazione rappresenta uno dei passaggi (uno tra i più importanti) di quella procedura pubblicistica minore che serve a risolvere le esigenze di funzionalizzazione che sono presenti anche quando l'Amministrazione agisce *iure privatorum* e che va sotto il nome di evidenza pubblica.

Se quanto prospettato è condivisibile sarà allora necessario modificare i termini di quel binomio al quale si è fatto riferimento in apertura; da una parte continuerà ad esserci l'attività amministrativa in forma pubblicistica ma dall'altra non vi sarà più l'attività privata dell'Amministrazione ma l'attività privatistica ad evidenza pubblica⁵⁵.

2.3. *Strumento privatistico interno alla funzione amministrativa*

Come secondo possibile significato si è detto che il concetto di contratto quale alternativa all'esercizio di potere potrebbe riferirsi ad un'attività che si svolge all'interno della funzione amministrativa ma per il tramite di strumenti di diritto comune.⁵⁶

Questa seconda ipotesi interpretativa è apparentemente meno eversiva della prima, meno clamorosa forse ma, invero, non meno insidiosa.

Essa pare fondarsi sull'idea che la conclusione di un procedimento per il tramite di un accordo sostitutivo di provvedimento non rappresenti un esercizio di un potere maggiore. Portata alle sue estreme conseguenze questa posizione tende ad affermare che solo il provvedimento costituisca esercizio di potere.

L'accordo sostitutivo di provvedimento rappresenterebbe sì una modalità di estrinsecazione della funzione amministrativa, ma sarebbe una modalità di svlgimento di tale funzione diversa dall'esercizio di un potere finalistico.

Al riguardo è bene evidenziare come molti degli studiosi che si sono concentrati sull'attività amministrativa di diritto privato abbiano, infatti, erroneamente sostenuto che essa si fonderebbe sulla scelta dell'Amministrazione agente di non esercitare il potere maggiore e finalistico che le è stato preventivamente attribuito.⁵⁷

Con tutte le necessità di inquadrare logicamente e giuridicamente un'attività che troverebbe origine nel previo conferimento di un potere maggiore ma si svilupperebbe senza determinare l'esercizio del potere medesimo.⁵⁸

⁵⁵ Non si concorda con l'opinione di M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 25 secondo i quali: "tutta l'attività posta in essere dall'amministrazione sia (è ndr.) sempre attività amministrativa in senso proprio, soggetta ai principi che regolano tale attività tanto se gli atti adottati sono retti dal diritto pubblico, come nel caso dei provvedimenti, quanto se sono retti dal diritto privato, come nel caso degli accordi". L'attività di rilievo giuridico che l'Amministrazione pone in essere in assenza di un potere maggiore previamente conferito non può considerarsi attività oggettivamente amministrativa.

⁵⁶ Il riferimento è alla c.d. attività amministrativa di diritto privato ed a quelle fattispecie per le quali Giannini utilizzava l'espressione "contratti sostitutivi".

⁵⁷ M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, *L'attività amministrativa*, Milano, 1967, 116: "Il contratto sostitutivo si fonda ... sulla determinazione dell'amministrazione di non esercitare la potestà pubblica di cui è titolare, usando in suo luogo lo strumento consensuale". Della medesima opinione anche A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 81 e A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 260 e ss.

⁵⁸ Analoga posizione contraddistingue la notissima sentenza della Corte costituzionale n.

Ciò non di meno, questa opzione interpretativa presenta molti punti deboli.

In primo luogo, è particolarmente sfuggente. Non è per niente facile distinguere dalla prima. In entrambi i casi (con l'eccezione di quelle citate ipotesi nelle quali l'Amministrazione si attiva in assenza di un previo conferimento di un potere maggiore) ci sono stati dei previ conferimenti di specifici poteri finalistici ed in entrambi i casi laA. decide di utilizzare il diritto privato. Ma nel primo caso questo utilizzo è per quanto possibile pieno ed incondizionato (anche se "accompagnato" da intermezzi di diritto pubblico in virtù dell'evidenza pubblica) mentre nel secondo caso esso rientrerebbe pienamente nell'ambito dell'espletta di una funzione amministrativa.

In secondo luogo, è concettualmente errata. Non esistono, infatti, forme di manifestazione di funzione amministrativa che non siano esercizio di potere diretto o indiretto. La funzione amministrativa si fonda, infatti, sempre sul previo conferimento di uno specifico potere maggiore e sul relativo esercizio. L'ipotesi che si sta prospettando è che nell'attività amministrativa in forma pubblicistica il potere venga esercitato in maniera diretta mentre nell'attività amministrativa in forma privatistica quest'ultimo venga comunque esercitato ma in modalità indiretta.⁵⁹

204 del 2004 secondo la quale: "La materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali, in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale tuttavia presuppone l'esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241/1990)". La sentenza in questione è stata pubblicata su varie riviste: in *Dir. proc. amm.*, 2004, 799 e ss., con note di R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale* e di V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*; in *Foro it.*, 2004, 1, 1259 con nota di A. TRAVI ed *ivi*, 2004, 1, 2594 e ss. con nota di F. FRACCHIA; in *Giorn. Dir. amm.*, 969 con note di A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è esclusiva*, di B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, e di M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*.

⁵⁹ A suffragio di quanto affermato può concorrere una nota pronuncia del 2016 della Corte Costituzionale (la n. 169) nella quale il giudice delle leggi ha affermato che gli accordi ex art. 11 della legge 241 del 1990 – in virtù del loro carattere consensuale ed eterodosso rispetto ai provvedimenti – rappresenterebbero una forma di esercizio indiretto o mediato di un potere autoritativo: "In quanto inserite nell'ambito del procedimento amministrativo, le convenzioni e gli atti d'obbligo stipulati tra pubblica amministrazione e privati costituiscono pur sempre espressione di un potere discrezionale della stessa. Tali moduli convenzionali di esercizio del potere amministrativo non hanno, quindi, specifica autonomia. In coerenza con i principi affermati nella giurisprudenza costituzionale, il fondamento di tale ipotesi di giurisdizione esclusiva viene legittimamente individuato nell'esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, del potere pubblico". Tale impostazione è stata, più di recente, fatta propria anche dalle SS.UU. della Cassazione civile nel pronunciamento n. 27768 del 2020. Tali arresti – a parere di chi scrive – non sono accoglibili nella parte in cui affermano che gli accordi ex art. 11 rappresenterebbero una forma indiretta o mediata di esercizio di potere (negli accordi, infatti, l'esercizio di potere è propriamente diretto), mentre possono essere assolutamente condivisi nella parte in cui lasciano intendere

Con riferimento a quest'ultima eventualità un approccio superficiale potrebbe indurre a ritenere che gli strumenti di diritto privato utilizzati dall'Amministrazione per raggiungere l'obiettivo che ha determinato il previo conferimento di un potere maggiore debbano, in qualche modo, subire un "adattamento" derivante dal loro impiego all'interno di una fattispecie di esercizio (seppur indiretto) di potere. Viene quasi spontaneo ritenere che quegli istituti debbano avere una "colorazione" differente rispetto a quella che li definisce nel loro campo di applicazione elettivo. Quegli strumenti di diritto privato non potrebbero rimanere immuni rispetto alla circostanza di essere impiegati in un episodio di esercizio (seppur) indiretto di un potere finalistico.

Invece, così non è; ogni adattamento, ogni diversa coloratura rappresenterebbe una sviante ibridazione capace di introdurre disordine e sovrapposizione di discipline ideate per contesti specifici, peculiari e differenti.

Nell'attività amministrativa di diritto privato gli istituti civilistici vanno impiegati nella loro conformazione naturale ed originaria; ipotetici aggiustamenti di sorta risulterebbero in contrasto con la chiarezza che deve connotare sempre l'attività delle pubbliche Amministrazioni.

Del resto – allargando lo sguardo oltre l'attività amministrativa di diritto privato – testimonianze dirette degli effetti disorientanti che possono derivare da ingiustificate ibridazioni di istituti privatistici sono rinvenibili proprio nella disciplina degli accordi contenuta nell'art. 11 della legge 241 del 1990, ove, evidentemente, si abbracci l'inquadramento pubblicistico dei medesimi.

Nello specifico, è noto che la scelta del legislatore di definire l'istituto su cui ci si intrattiene con il medesimo sostantivo ("accordo") utilizzato sempre dal legislatore nel momento in cui quest'ultimo, nell'articolo 1321 del codice civile, ha specificato la natura del contratto ha determinato incertezze, dubbi e grattacapi tra una buona parte dei sostenitori dell'inquadramento pubblicistico, oltre ad aver rappresentato (invero, non il principale ma sicuramente) uno degli argomenti maggiormente utilizzati dagli epigoni della concezione privatistica.⁶⁰

Se – come si ritiene – gli istituti di cui all'art. 11 non sono contratti (e, anche ove lo fossero, non sarebbero) pianamente riconducibili all'archetipo di cui all'art. 1321 del codice civile, la scelta di definirli accordi è stata, obiettivamente, ibridizzante ed infelice.

Ancora più sviante la scelta del legislatore di definire indirettamente "recesso" quell'istituto che, in presenza di sopravvenuti motivi di pubblico interesse,

che, in presenza di un previo conferimento di potere, l'impiego da parte della A. di strumenti civilistici in vista della soddisfazione dell'esigenza di carattere generale che è alla base del predetto conferimento rappresenta una modalità di esercizio indiretto o mediato dell'anzidetto potere.

⁶⁰ Nessun imbarazzo, invece, ma completa condivisione della scelta da parte di quei sostenitori della concezione pubblicistica convinti però del fatto che gli accordi di cui all'art. 11 avrebbero la medesima natura dei contratti di cui all'art. 1321 del codice civile. G. GRECO "Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto", op. cit.

impone alla A. di sciogliere l'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.

L'elemento terminologico in questione – oltre ad orientare in via immediata gli interpreti verso la natura privatistica dell'istituto⁶¹ – ha indubbiamente giocato un ruolo (più o meno decisivo) nell'emersione di posizioni dottrinali orientate ad assimilare in tutto e per tutto gli accordi di cui all'art. 11 ai contratti privatistici.⁶²

A ben vedere, però, l'istituto delineato dal 4° comma dell'art. 11 ha ben poco a che vedere con il recesso di cui all'art. 1373 del codice civile. Fortunatamente, nel corso degli anni, la quasi totalità della dottrina ha riconosciuto tale circostanza e – anche in ragione della stessa – ha ricondotto il predetto recesso unilaterale all'interno del generale potere di autotutela da riconoscersi in capo a tutte le pubbliche Amministrazione.⁶³

⁶¹ Al riguardo si vedano G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, cit., 74 e ss. secondo i quali il recesso rappresenterebbe un potere riconosciuto in capo all'Amministrazione nella sua identità di parte contraente. In giurisprudenza, C.d.S., Sez. VI, sent. n. 264 del 2000: "Qualora laa. utilizzi lo strumento contrattuale in luogo di quello provvedimentoale, ai sensi della l. 7 agosto 1990 n. 241 art. 11 comma 1, per determinare il contenuto di proprie determinazioni o per sostituire provvedimenti amministrativi, l'amministrazione è vincolata al contratto, salva la possibilità dell'esercizio del recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, giusta le indicazioni del comma 4 art. 11 l. n. 241 cit. (applicazione alla fattispecie della determinazione delle quote di produzione dello zucchero)" C.d.S., Sez. IV, sent. n. 4872 del 2013: "Nel caso di conclusione, da parte della Amministrazione, di un accordo procedimentale ex art. 11, l. 7 agosto 1990 n. 241, avente ad oggetto la cessione volontaria dei beni soggetti ad esproprio, legittimamente la stessa rifiuta di corrispondere l'acconto previsto, ove tale rifiuto derivi dalla circostanza, da essa appresa solo successivamente ma nota ai privati, relativa all'esistenza di un privilegio immobiliare e di tre ipoteche iscritte sull'immobile in proprietà di questi ultimi, costituendo tale circostanza una causa sopravvenuta che giustifica il suo recesso unilaterale, atteso che il comportamento dei privati costituisce una condotta improntata a scorrettezza e contraria a buona fede, ai sensi degli art. 1337 e 1338 c.c., nella fase delle trattative e in quella della conclusione dell'accordo" e T.A.R., Lombardia, Bs, Sez. I, sent. n. 686 del 2013: "La norma di cui all'art. 11, l. n. 241 del 1990 è interpretabile in modo da non escludere che, a fianco del recesso dall'accordo sostitutivo da essa consentito all'amministrazione, coesistano con esso i normali rimedi accordati dal diritto civile in relazione alla natura dell'accordo, e in particolare il recesso di cui all'art. 1373 c.c".

⁶² Tra i tanti si veda. C. ARGENIO, *L'accordo nell'azione amministrativa*, in *Cons. Stato*, 1992, 3499 e ss.

⁶³ Si veda M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento, accordi e contratti di diritto pubblico*, cit., 147: "il recesso costituisce manifestazione di un vero e proprio potere, la cui assimilazione al potere di revoca, nell'accezione di potere dell'amministrazione di nuovamente e diversamente (auto)determinarsi in conseguenza di sopravvenuti mutamenti dell'interesse pubblico, ci sembra pienamente condivisibile". In giurisprudenza: T.A.R., Puglia, Lecce, Sez. III, sent. n. 3 del 05.01.2015: "L'art. 11 comma 4, l. 7 agosto 1990 n. 241 è confermativa (e non derogatoria) della regola generale secondo cui il generale potere di revoca del provvedimento amministrativo è proprio della funzione di amministrazione attiva: il potere di recedere (nel pubblico interesse) dagli accordi ammini-

Nello specifico, l'istituto dovrebbe essere interpretato come una speciale manifestazione del potere di revoca per sopravvenuti motivi di pubblico interesse; una revoca onerosa⁶⁴ che avrebbe un campo di applicazione più limitato rispetto alla revoca di cui all'art. 21-quinquies della legge 241 in quanto la prima non contemplerebbe la c.d. revoca *ius poenitendi*.⁶⁵

A questo punto, però, la scelta di evitare ogni potenziale fenomeno di ibridazione pone l'interprete innanzi alla necessità di individuare la strada attraverso la quale le esigenze di carattere pubblicistico che connotano in maniera evidentemente piena l'attività amministrativa di diritto privato possano trovare una presa in considerazione ed una conseguente, possibile soddisfazione.

Gli strumenti di diritto privato, da un lato, sono propriamente inadeguati rispetto a tale compito e, dall'altro – come già anticipato – è bene che non subiscano aggiustamenti di sorta.

Orbene, anche in questo caso la soluzione potrebbe arrivare attraverso una versione peculiare dell'evidenza pubblica. Un'evidenza pubblica autonoma, originaria e rafforzata; innesti pubblicistici all'interno dell'attività amministrativa di diritto privato.

Rispetto all'evidenza pubblica tradizionale (che entra in gioco quando l'iniziativa dell'Amministrazione origina dalla volontà di raggiungere l'obiettivo che è alla base di un potere maggiore previamente conferito prescindendo dall'esercizio del medesimo ovvero in assenza dello stesso), questa differente forma di

strativi, infatti, non rappresenta altro se non la particolare configurazione che la potestà di revoca assume quando il potere amministrativo è stato esercitato mediante un accordo iniziale anziché in forma unilaterale. Il fondamento giuridico del recesso dagli accordi – istituto che si pone in un rapporto di “species ad genus” rispetto al potere amministrativo di revoca – risiede, dunque, nel tratto più tipico e innato del potere amministrativo: la sua inesauribilità”.

⁶⁴ G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, op. cit., 240: “Si tratta (il riferimento è al recesso ndr.) ... di una revoca onerosa, per ragioni sopravvenute di pubblico interesse, da apprezzare e da dedurre in motivazione con particolare rigore, trattandosi di un atto che produce effetti estintivi sull'assetto concordato dei rapporti. E ciò da un lato distingue tale istituto dal recesso “ad nutum” e, dall'altro, convince anche del suo carattere doveroso, sussistendone i presupposti”

⁶⁵ In una abbastanza recente sentenza del Consiglio di Stato, il giudice – in maniera a mio parere errata – in relazione ad un accordo di cui all'art. 15 della legge 241 (ma il discorso non sembra cambiare con riferimento all'art. 11) è sembrato orientato a non escludere la revoca “ius poenitendi” dall'ambito di applicazione dell'art. 11, comma 4 della legge 241 del 1990, C. d.S., Sez. VI, sent. n. 7212 del 24.12.2018: “Premesso che l'esercizio del potere di recesso di cui al comma 4 dell'art. 11 l. n. 241/1990 non esaurisce il novero di possibili modalità di esercizio del ius poenitendi della Amministrazione, rispetto alla fattispecie caratterizzata dalla conclusione dell'accordo, non è possibile che anche il pur ammissibile esercizio del potere di autotutela di cui permane titolare l'amministrazione, possa porre nel nulla l'intero accordo al quale hanno partecipato più amministrazioni nel perseguimento dello specifico interesse a ciascuna affidato dall'ordinamento, attraverso un atto unilaterale di una sola delle amministrazioni, facenti parte dell'accordo, senza coinvolgere gli altri enti interessati”

evidenza pubblica oggetto di ipotesi avrebbe la funzione di dare riscontro alle esigenze pubblicistiche che hanno originato proprio il previo conferimento di un potere finalistico e che non possono essere soddisfatte attraverso i soli istituti del diritto privato.

L'interesse generale che risulta alla base dell'attività amministrativa in forma pubblicistica è esattamente il medesimo se l'attività amministrativa si declina, invece, in forma privatistica.

L'evidenza pubblica rafforzata si fonderebbe proprio su quel potere maggiore previamente conferito.

Essa non sarebbe costretta negli angusti confini di un potere minore in quanto troverebbe la sua ragion d'essere proprio in un potere maggiore. Non si risolverebbe, pertanto, in una banale procedura concorrenziale indispensabile ogni qual volta l'Amministrazione decida di utilizzare la sua capacità generale di diritto privato a prescindere da un potere maggiore ma dovrebbe assumere forme più evolute che si affianchino agli istituti di diritto privato e che siano idonee a rispondere alle esigenze pubblicistiche che hanno giustificato il potere maggiore che, anche attraverso di loro, viene esercitato.⁶⁶

In base a tale impostazione, nell'attività amministrativa di diritto privato coesisterebbero tanto atti di matrice privatistica quanto atti di natura pubblicistica (del resto, non potrebbe che essere così) ed entrambe le tipologie di atti rappresenterebbero esercizio indiretto di un potere maggiore. Con la peculiarità che l'atto con il quale la A. procedente andrà a chiudere quella fattispecie di esercizio indiretto di un previo potere maggiore sarà a tutti gli effetti un negozio di diritto privato.

E, nel caso specifico, quel negozio di diritto privato (come del resto tutti gli atti della precedente "serie procedimentale" alla quale si è appena fatto riferimento) non troverà giustificazione nell'autonomia privata della A. competente ovvero nella sua piena capacità generale di diritto privato ma si fonderà sul potere maggiore precedentemente conferito.

A tanto si deve aggiungere che gli eventuali interventi pubblicistici che potrebbero sopraggiungere in un momento successivo all'incontro di volontà dell'Amministrazione e del privato che si verifica nell'ambito dell'attività amministrativa di diritto privato si fonderebbero anch'essi sul medesimo potere mag-

⁶⁶ Mi viene da pensare al modo in cui un'Amministrazione attributaria del potere di affidare in concessione tratti del demanio marittimo (tema quantomai attuale) che decidesse di raggiungere i medesimi risultati conseguibili con il provvedimento concessorio dovrebbe rispondere a quelle necessità informative che nell'ordinario procedimento concessorio vengono soddisfatte per il tramite della comunicazione di avvio del procedimento da inviare a tutti i soggetti (ove individuati ovvero facilmente individuabili) che potrebbero subire un danno dall'ipotetico provvedimento concessorio. Non escludo che un atto analogo alla comunicazione di avvio del procedimento debba essere presente anche nelle ipotesi in cui il potere viene esercitato in modalità indiretta (attività amministrativa di diritto privato).

giore che è stato precedentemente esercitato in maniera indiretta e che ha dato vita al negozio privato.

In casi del genere si assisterebbe alla peculiarità di un provvedimento di secondo grado che produce i suoi effetti direttamente su di un contratto di diritto privato.⁶⁷

In terzo luogo, l'interpretazione è del tutto asistemica

Essa pare non tenere nella debita considerazione quel “brodo primordiale” di carattere procedimentale nel quale prende forma l'ipotesi dell'accordo sostitutivo. Prima di sfociare in un accordo il procedimento (di regola) deve aver già superato più fasi e momenti che non si cancellano con un colpo di spugna solo in virtù della circostanza che quel procedimento si va a concludere con una modalità (ordinaria ma) differente dal tradizionale provvedimento.

4) Da ultimo, l'interpretazione è antistorica.

Pare, infatti, non tenere nella debita considerazione il dato inconfutabile che ormai il provvedimento, quantomeno da un punto di vista teorico, è solo uno dei modi in cui si può concludere un procedimento e, parallelamente, uno dei modi in cui si può esercitare uno specifico potere maggiore.

Primus inter pares.

Silenzi significativi, accordi sostitutivi di provvedimenti e SCIA hanno evidentemente le loro specificità, peculiarità e differenze (anche particolarmente profonde) ma – come il provvedimento – costituiscono forme ordinarie e dirette di esercizio di un potere primario.⁶⁸

Tra l'altro, affermare che gli accordi sostitutivi di provvedimento sarebbero dei contratti riconducibili all'esercizio di una funzione amministrativa che si

⁶⁷ La dottrina si è già ampiamente espressa sul tema dei provvedimenti di secondo livello che incidono sugli accordi ex art. 11 legge 241. Un tema in parte inesplorato ed interessante risulta, invece, essere quello della possibilità di concludere accordi sostitutivi di provvedimenti di secondo livello. A rigor di logica non sembrano esistere ostacoli alla possibilità che gli accordi sostitutivi prendano il posto di provvedimenti di autotutela. Ed infatti T.A.R., Lombardia, Mi, Sez. II, sent. n. 1246 del 26.05.2015: “L'accordo con cui si esercita attività di autotutela amministrativa finalizzata all'annullamento d'ufficio dei provvedimenti sanzionatori edilizi già adottati e oggetto di contestazioni in sede giurisdizionale costituisce un accordo sostitutivo di provvedimento, approvato in conformità all'evoluzione legislativa della figura dell'accordo sostitutivo, che era in origine ammissibile nei soli casi previsti dalla legge ma che ora non soffre più di una simile limitazione, dopo le modifiche al comma 1 dell'art. 11 l. n. 241 del 1990, introdotte dalla l. n. 15 del 2005”

⁶⁸ Fortunatamente il legislatore statale degli ultimi vent'anni ha esteso pressoché automaticamente la disciplina processuale introdotta per gli atti amministrativi (provvedimenti) anche alle neonate forme di esercizio di potere che non si concretizzano in atti. La previsione e la considerevole diffusione di queste ultime dovrebbe, forse, indurre una riflessione sull'attualità e sulla bastevolezza della disciplina costituzionale (art. 113) che, nel predisporre i mezzi a tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, si riferisce esclusivamente agli atti delle pubbliche Amministrazioni. In argomento si veda M. RAMAJOLI, *Gli incerti confini della nozione di provvedimento amministrativo*, in AA.VV., *Associazione studi e ricerche parlamentari*, Torino, 2009, 41 e ss.

estrinseca al di fuori di un esercizio diretto di un potere maggiore rischia di creare una significativa confusione.

Come già accennato, infatti, esiste una possibile area di attività privatistica che si svolge come estrinsecazione della funzione amministrativa ma prescinde dall'esercizio diretto di un potere maggiore (è l'attività amministrativa di diritto privato), ma in quest'area – in virtù della loro connotazione marcatamente procedimentale – non possono certamente confluire gli accordi tra privati ed Amministrazioni sostitutivi di provvedimento.

È un'area questa nella quale – come anticipato – l'Amministrazione agisce sulla base di un potere primario che le è stato conferito ma che non esercita direttamente, servendosi, invece, di strumenti del diritto comune che, nel caso specifico e occasionalmente – oltre che nella capacità generale di diritto privato che è propria dell'Amministrazione trovano giustificazione anche (e soprattutto) nel potere maggiore previamente conferito.⁶⁹ Anche questa attività sarà necessariamente funzionalizzata sia perché occasionata e caratterizzata da un previo conferimento di potere primario sia in quanto posta in essere dall'Amministrazione in esercizio del predetto potere e, pertanto, finalisticamente orientata alla soddisfazione di un interesse generale individuato da una fonte normativa (che ha attribuito l'anzidetto potere maggiore).

In tale contesto resta comunque da capire se e come la circostanza di inserirsi in una dinamica di esplicazione di funzione amministrativa vada ad incidere sugli strumenti privatistici utilizzati per l'esercizio indiretto del potere.

Ciò posto, una delle questioni di maggiore interesse tra quelle che emergono da quanto sin qui accennato (e sulle quali ci si riserva un compiuto approfondimento) risulta essere quella della differenza che intercorre tra il nucleo privatistico essenziale dell'attività ad evidenza pubblica e l'attività amministrativa in forma privatistica e della individuazione di possibili criteri per distinguerle, soprattutto con riferimento a quelle ipotesi nelle quali anche l'attività ad evidenza pubblica si svolga in un contesto caratterizzato dal previo conferimento di uno specifico potere maggiore.

Andando più in profondità si dovrebbe cercare di comprendere se gli

⁶⁹ Con riferimento a quest'area ed agli accordi che in essa possono farsi confluire M.S. GIANINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, *L'attività amministrativa*, Milano, 1967, 116 affermava: "Il contratto sostitutivo si fonda invece sulla determinazione dell'amministrazione di non esercitare la potestà pubblica di cui è titolare, usando in suo luogo lo strumento contrattuale; l'esistenza di detta potestà è quindi presupposto contrattuale; ma siccome le potestà pubbliche sono irrinunciabili, il non averla esercitata non impedisce all'amministrazione di prenderne o riprenderne l'esercizio, se ciò è richiesto dal pubblico potere". La citazione è stata in parte già riportata nella nota n. 32. La posizione sui c.d. contratti sostitutivi è tendenzialmente condivisibile ad eccezione del convincimento secondo il quale i predetti contratti presupporrebbero una rinuncia all'esercizio di potere. La peculiarità degli accordi, infatti, sta proprio nel loro essere una particolare forma di esercizio di potere.

strumenti del diritto comune subiscono conseguenze in virtù della funzionalizzazione che contraddistingue tanto la parte pubblicistica dell'attività privata ad evidenza pubblica quanto l'attività amministrativa di diritto privato.

Con ogni probabilità la bussola che si deve seguire per cercare di fare chiarezza sul punto è il criterio del previo conferimento di uno specifico potere maggiore. Quando anche l'attività privatistica ad evidenza pubblica risulta occasionata dalla previa attribuzione di un potere maggiore (cosa che accade sempre, invece, nell'attività amministrativa di diritto privato), gli istituti di diritto privato che vengono utilizzati dall'Amministrazione – pur rimando inalterati nella loro struttura – potrebbero subire condizionamenti esterni più o meno penetranti quantomeno con riferimento all'applicazione dei principi generali dell'attività amministrativa.

Questo non accade, invece, quando l'attività privatistica accompagnata dall'evidenza pubblica si svolga nella totale assenza di una precedente assegnazione di uno specifico potere finalistico; in questo caso, infatti, gli strumenti privatistici prendono forma e si sviluppano in maniera totalmente incondizionata e pura in quanto le esigenze di funzionalizzazione (che nel caso specifico hanno una connotazione solo soggettiva legata al fatto che ad agire sia unaA.) vengono soddisfatte mediante innesti circoscritti e mirati di elementi pubblicistici che trovano il loro fondamento in poteri strumentali e “minori” che sono direttamente collegati alla natura pubblica del soggetto agente ed alla parziale funzionalizzazione dell'attività e che, insieme agli istituti privatistici, concorrono a definire il quadro generale della fattispecie senza mai incrociarsi.

2.4. Nuovo strumento dell'attività amministrativa in forma pubblicistica e autoritatività

Da ultimo, si è visto come il concetto di contratto quale alternativa all'esercizio di potere potrebbe riferirsi ad uno strumento per la cura dell'interesse pubblico concreto interno alla funzione amministrativa ed all'esercizio di un potere ma differente dall'esercizio di potere nella sua forma tradizionale di provvedimento.

Tra tutte quelle possibili (poc'anzi prospettate), quella appena indicata è l'interpretazione più in linea con il contesto procedimentale all'interno del quale prende forma la possibilità dell'accordo sostitutivo.

L'accordo, dal punto di vista generale, costituirebbe espressione di funzione amministrativa mentre, dal punto di vista specifico, rappresenterebbe esercizio di un potere maggiore in una forma pubblicistica “speciale” e comunque eterodossa rispetto a quella tradizionale del provvedimento.

Questa interpretazione leggermente “tirata” per renderla coerente con i caratteri dell'ordinamento sembra, allo stesso tempo, non cogliere l'elemento di straordinaria novità che – sul punto specifico – ha caratterizzato sin da subito la legge 241 del 1990.

Il legislatore della 241 ha introdotto la negoziazione tra privato e Amministrazione tra le possibili forme ordinarie e ortodosse di esercizio di potere. Pertanto, la conclusione di un accordo tra privato e Amministrazione non determina la fuoriuscita della vicenda dall'attività amministrativa in forma pubblicistica per l'ingresso nell'attività amministrativa in forma privatistica.⁷⁰ Non solo. Non c'è neanche un passaggio da una forma ortodossa di esercizio di potere in forma pubblicistica ad una forma "eterodossa" del medesimo episodio di esercizio di potere.

Da un punto di vista regolatorio, l'effetto che si produce a seguito della stipulazione di un accordo sostitutivo (ma lo stesso può dirsi con riferimento ad un accordo procedimentale) è quello di integrare la normativa di carattere pubblicistico che ordinariamente disciplina le forme di esercizio di potere con circoscritti innesti disciplinari di matrice privatistica.

Ci si continua a muovere, infatti, sempre e solo nell'ambito dell'attività amministrativa in forma pubblicistica⁷¹.

A ben vedere, però, l'ipotesi ermeneutica presenta tre differenti problematiche: quella relativa alla presunta incompatibilità tra negoziazione ed esercizio di potere, quella che attiene al superamento del carattere unilaterale dell'azione amministrativa in forma pubblicistica ed infine quella che riguarda la possibile coesistenza della consensualità con l'autoritatività, da un lato, e con l'imperatività dall'altro.

È necessario procedere con ordine partendo, evidentemente, dalla prima questione.

Come è ampiamente noto, secondo una parte della dottrina, la decisione dell'Amministrazione titolare di un potere maggiore di utilizzare a fini pubblici-

⁷⁰ È significativo rilevare come, paradossalmente, la tendenza a ritenere gli accordi sostitutivi come un elemento estraneo ad un ordinario esercizio di potere in forma pubblicistica sia rinvenibile anche tra gli studiosi maggiormente convinti del carattere pubblicistico dell'intera vicenda di cui all'art. 11 della legge 241 del 1990 F. CANGELLI, *Articolo 11 comma 1 e 4-bis*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, op. cit., 284 e 285: "Il problema della fungibilità, dunque, riguarda non la generale capacità della A. di porre in essere negozi giuridici, ma la mera possibilità di scegliere se utilizzare uno strumento consensuale (sostitutivo o integrativo rispetto al provvedimento finale), all'interno di un contesto procedimentale, destinato in origine a svolgersi e concludersi secondo modalità di azione di tipo pubblicistico, prescindendo, cioè, dalla ricerca del consenso dei soggetti privati coinvolti" e 292: "Per comprendere la portata dell'innovazione, la riflessione deve, ora, evidenziare come la formulazione letterale della norma induca a ritenere che la necessità giuridica della determinazione preliminare si ponga soltanto nel caso in cui l'amministrazione intenda accogliere la proposta di accordo del privato interessato e non già quando essa ritenga di non dover deviare dall'ordinario iter procedimentale di tipo pubblicistico".

⁷¹ G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, cit., 150: "l'innovazione introdotta dall'art. 11 non è quella di privatizzare l'esercizio del potere amministrativo attraverso una sostituzione di disciplina, ma quella – più circoscritta, ma non meno rilevante – di implementare ed integrare la disciplina pubblicistica con quella privatistica, ove l'esercizio del potere si esprima attraverso accordi e non attraverso atti unilaterali".

stici il negoziato con il privato – in ragione della natura prettamente impositiva degli strumenti di esercizio di potere – determinerebbe la fuoriuscita dell'azione pubblica dall'ambito pubblicistico e, soprattutto, la rinuncia al predetto potere.⁷²In sostanza, l'assenza di effetti impositivi che contraddistingue l'incontro di volontà impedirebbe di ricondurre l'accordo all'ambito dell'esercizio di potere.

Una posizione radicale che sembra strutturata su di una (invero, non necessaria) identificazione tra azione di interesse generale e regime speciale di sovraordinazione⁷³; ma, a ben vedere, le uniche rinunce riscontrabili negli accordi sostitutivi sono due: la prima è in capo all'Amministrazione procedente ed è quella (tra l'altro, reversibile) relativa all'esercizio in forma unilaterale del potere maggiore. Quest'ultimo, infatti, non è nella disponibilità dell'Amministrazione conferitaria e, per la medesima, appare sostanzialmente irrinunciabile. La seconda è, invece, riconducibile al privato paciscente il quale, nel momento in cui sottoscrive l'accordo, rinuncia preventivamente alla possibilità di contestare in via giurisdizionale l'accordo medesimo.

Tra l'altro, anche in quelle ipotesi nelle quali l'Amministrazione destinataria di un potere maggiore decida di raggiungere l'obiettivo che è all'origine di quel previo conferimento di potere utilizzando la sua capacità generale di diritto privato non vi è nessuna rinuncia al potere. Posto che l'interesse pubblico non è interesse specifico dell'Amministrazione ma elemento esterno e antecedente rispetto al conferimento del potere specifico, è legittimo ritenere che, in ogni momento, l'Amministrazione che ha operato la predetta scelta possa tornare sui suoi passi e decidere di esercitare in maniera unilaterale quel potere che (in virtù del carattere esterno ed antecedente dell'interesse pubblico che lo ha giustificato) non è nella sua disponibilità.

Pertanto, a partire dal 1990 non esiste più un'ontologica incompatibilità tra negoziazione ed esercizio di potere; tra le novità introdotte dalla legge 241, una delle più significative è, con ogni probabilità, quella di aver previsto la possibilità che il cittadino diventi coprotagonista effettivo dell'esercizio dell'azione amministrativa e della definizione in accordo della decisione del caso specifico⁷⁴.

Le seconda problematica riguarda, come anticipato, il presunto superamento del carattere unilaterale dell'azione amministrativa in forma pubblicistica. Secondo parte della dottrina, infatti, l'introduzione degli accordi di cui all'art. 11 della 241 avrebbe posto in discussione l'unilateralità del provvedimento amministrativo.⁷⁵

⁷² Da ultimo N. PAOLANTONIO, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003.

⁷³ Una prima critica al tradizionale convincimento sulla (diffusamente affermata) necessità di una disuguaglianza nel rapporto tra Amministrazioni e privato era già rinvenibile in G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, cit., 17 e ss.

⁷⁴ Parlo di accordo e non di contratto. Non si concorda, infatti, con l'affermazione di G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., 19: "Risulta così anticipata – di oltre mezzo secolo – una concezione ora largamente condivisa, perché prevista dalla legge: il contratto può costituire in taluni casi l'esito del procedimento amministrativo, in alternativa al provvedimento".

⁷⁵ Interessanti riflessioni sul tema sono rinvenibili in A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V.

Ebbene, il convincimento appare ingiustificato; la questione è leggermente (ma sostanzialmente) differente. Nessuna delle due tipologie di accordo prevista nell'art. 11 della 241 determina il superamento del carattere unilaterale del provvedimento amministrativo. Tale superamento non si verifica, infatti, né negli accordi sostitutivi né tantomeno negli accordi integrativi.

Negli accordi sostitutivi la questione è particolarmente banale visto che, in queste fattispecie, il provvedimento non c'è; se poi si accoglie – come mi sembra del tutto ragionevole – la distinzione introdotta da Franco Scoca (nell'ambito di una riflessione sui provvedimenti vincolati) tra componente determinante e componente costitutiva del provvedimento, si deve riconoscere che negli accordi integrativi la negoziazione riguarda esclusivamente la componente determinante mentre non intacca in alcun modo la componente costitutiva. In ragione di ciò, il provvedimento adottato sulla base di un accordo integrativo, in relazione alla componente costitutiva, non perde il suo carattere unilaterale.

La grande novità, pertanto, non riguarda il provvedimento amministrativo ma la decisione che contraddistingue ogni episodio di esercizio di potere; è la decisione a non essere più necessariamente unilaterale.⁷⁶

A questo punto si deve passare alla terza delle problematiche poc'anzi riferite e, precisamente, al tema della compatibilità tra consensualità ed autoritatività⁷⁷, da un lato, e imperatività dall'altro.

In via preliminare, è necessario rilevare come, praticamente da sempre, la dottrina si divide tra interpreti che considerano autoritatività e imperatività sostanzialmente come sinonimi e studiosi che, di contro, attribuiscono un significato diverso ai due caratteri dell'attività amministrativa.

Più di recente è, altresì, emersa una posizione dottrinale che si discosta anche polemicamente da ambedue le posizioni appena richiamate in quanto orientata a contestare l'attualità e l'utilità tanto dell'autoritatività quanto dell'imperatività⁷⁸.

Orbene, quel che è certo è che nessuno degli interpreti di qualsivoglia corrente ermeneutica ha avuto vita facile nell'identificare un significato unitario alla propugnata endiadi autoritatività/imperatività piuttosto che nell'individuazione dei caratteri specifici dell'autoritatività da un lato e dell'imperatività dall'altro. In

⁷⁶ Con la consueta chiarezza F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, op. cit., 300 e 301, che, proprio riferendosi all'accordo sostitutivo, ha rilevato: "ha permesso di considerare possibile che un potere unilaterale, idoneo a produrre modificazioni non volute nella sfera giuridica altrui, possa essere esercitato mediante un atto consensuale. Se il consenso esclude l'autoritatività dell'atto, nel caso dell'accordo si ha un atto non autoritativo che costituisce esercizio di potere autoritativo".

⁷⁷ Stimolanti spunti di riflessione sul tema dell'autoritatività sono rinvenibili in AA.VV., *L'atto autoritativo convergenze e divergenze*, in *Atti del convegno annuale A.I.P.D.A. 2001*, Napoli 2012.

⁷⁸ Come si sarà probabilmente intuito, ci si riferisce agli studi di B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; ID., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1 e ss

entrambi i casi ci si è mossi (e ci si muove) su terreni particolarmente scivolosi, peraltro intimamente condizionati anche da profili di carattere filosofico, sociologico e di teoria generale del diritto.⁷⁹

All'interno di un'imperdonabile ma necessaria semplificazione, si può rilevare come la dottrina "unionista" – a valle di un logorio durato vari decenni e contraddistinto dal susseguirsi di convinzioni profondamente differenti l'una dall'altra rispetto al tema della giustificazione del potere pubblico⁸⁰ – sia infine giunta a ritenere che il significato dell'endiadi autoritatività/imperatività si traduca nella capacità del provvedimento amministrativo di produrre modificazioni costitutive nella sfera giuridica soggettiva di un soggetto di diritto a prescindere dal consenso di quest'ultimo.⁸¹

Necessariamente più articolato il discorso nel momento in cui dalla concezione unitaria si passa all'interpretazione che, di contro, separa autoritatività e imperatività.

In tale contesto, vi è chi ha identificato l'imperatività nella proprietà dei provvedimenti ablatori di produrre modificazioni nella sfera giuridica dei loro destinatari prescindendo dalla loro adesione (limitando, in tal modo, l'imperatività unicamente alle fattispecie in cui si verificano degradazione o affievolimento di diritti soggettivi) ed ha, contestualmente, ricondotto l'autoritatività alla non sovrapponibilità tra i soggetti che definiscono il regolamento di interessi ed i soggetti titolari di situazioni giuridiche soggettive prese in considerazione nel predetto regolamento di interessi.⁸²

Più di recente, nel medesimo ambito dottrinale, vi è stato chi ha sostenuto che l'imperatività rappresenterebbe la capacità del provvedimento di produrre modificazioni nella sfera giuridica dei destinatari dell'atto prescindendo dalla loro adesione, mentre l'autoritatività consisterebbe nella circostanza che i prov-

⁷⁹ Sul punto si veda F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa*, in AA.VV. (a cura di) A. Romano, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 98 e 99.

⁸⁰ Le differenti definizioni di imperatività che sono state proposte negli anni da Massimo Severo Giannini sono riportate in F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, cit., 261 e ss. ed in M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit., 20. Sul percorso ermeneutico di Giannini in tema di imperatività si veda, inoltre, B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., 162 e ss.

⁸¹ M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 20: "Imperatività è, dunque, quella particolare forza del provvedimento amministrativo in virtù della quale le modificazioni della sfera giuridica dei destinatari, il regolamento degli interessi prefigurato, non hanno bisogno, per la loro realizzazione, della collaborazione dei destinatari medesimi". Primo sostenitore dell'identità di contenuto e di significato per imperatività e autoritatività è stato MASSIMO SEVERO GIANNINI (*Diritto amministrativo*, Vol. II, III ed., Milano, 1993 278-281). Successivamente, GIUSEPPE GUARINO (*Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 264 e ss.), PIETRO VIRGA (*Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, VI, ed., Milano, 2001) e, da ultimo, MASSIMO MONTEDURO (*Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, Padova, 2012).

⁸² F. G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, op. cit., rispettivamente, 261 e 301.

vedimenti amministrativi sono adottati dall'Amministrazione in quanto autorità amministrativa.⁸³

Da quanto messo sinteticamente in luce viene fuori come coloro i quali professano la necessità di tenere distinte autoritatività ed imperatività, rispetto a quest'ultima – nella sostanza – concordino con gli “unionisti” nel momento in cui la definiscono come la capacità del provvedimento amministrativo di produrre modificazioni costitutive nella sfera giuridica soggettiva di un soggetto di diritto a prescindere dal suo consenso.

Niente di particolarmente nuovo se si tiene presente che, in un lavoro del 1996, Giannini descriveva l'imperatività come la qualità di un particolare tipo di atto amministrativo (il provvedimento) di determinare: “un'immolazione delle situazioni giuridiche soggettive che storicamente si trova dinanzi allorché viene adottato, per cui le estingue, le modifica, le sostituisce con altre, le trasferisce, in una parola produce l'avverarsi di eventi di nascita, modificazione ed estinzione di situazioni soggettive nella sfera altrui indipendentemente dal concorso e dalla collaborazione del soggetto che lo subisce”.⁸⁴

Persistono, invece, nel gruppo dei “separatisti” delle differenze evidenti per quanto riguarda l'autoritatività.

Personalmente ritengo che l'impostazione “separatista” sia da preferire in quanto imperatività e autoritatività sembrano avere una sostanza differente.⁸⁵ Ciò posto, concordo in pieno nel riferire l'imperatività all'idoneità del provvedimento di generare modificazioni costitutive nella sfera giuridica soggettiva di uno o più soggetti di diritto a prescindere dal loro consenso⁸⁶ ma non sono, invece, persuaso del fatto che tale caratteristica riguarderebbe esclusivamente i provvedimenti ablatori.⁸⁷

Tutti i provvedimenti amministrativi costitutivi sono, pertanto, imperativi; e qui viene il punto. Imperativi sono tutti i provvedimenti amministrativi costitutivi ma non lo sono (almeno non integralmente) gli accordi sostitutivi di provvedimento.

⁸³ G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, I *L'attività*, Padova 2005, 59.

⁸⁴ M.S. GIANNINI “*Diritto amministrativo*”, II, Milano, 1993, 279.

⁸⁵ Sul punto R. CAVALLO PERIN, *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, in AA.VV., *Al di là del nesso autorità/libertà tra legge e amministrazione*, (a cura di) S. Perongini, Torino, 2017, 24: “L'autoritatività dell'atto amministrativo è di solito riportata nei manuali in pochi enunciati di portata generalissima, talora, – e forse non casualmente – riunendo in un unico concetto autoritatività e imperatività del provvedimento amministrativo”

⁸⁶ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, op. cit., 261: “il provvedimento è imperativo perché non contempla il consenso del titolare delle situazioni soggettive che il provvedimento stesso (in un modo o nell'altro) modifica”.

⁸⁷ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, op. cit., 261: “l'imperatività si manifesta in modo pregnante soltanto nella vicenda descritta come degradazione e affievolimento dei diritti soggettivi...”.

Questi ultimi – a parere di chi scrive – possono risultare imperativi con riferimento agli eventuali effetti che producono nella sfera giuridica di soggetti indirettamente “toccati” dalla vicenda ma non direttamente coinvolti nell’episodio di esercizio di potere,⁸⁸ mentre non possono assolutamente considerarsi imperativi con riferimento ai destinatari diretti dell’azione amministrativa.

L’imperatività, in sostanza, non riguarderebbe per intero tutti gli atti mediante i quali è ordinariamente possibile portare a compimento un episodio di esercizio di un potere maggiore. In ragione di ciò, la coesistenza di consensualità ed imperatività è una coesistenza possibile ma solo in senso soggettivamente parziale.

Molto più articolato il discorso relativo all’autoritatività. Come già emerso – nell’ambito di una impostazione “separatista” – quest’ultima si presenta come una qualità di cui si avverte (quasi istintivamente) l’esistenza ma che appare indubbiamente caratterizzata da una consistente difficoltà nella definizione del suo profilo e del suo perimetro.

È evidente che se si accedesse all’impostazione unionista che identifica (anche) l’autoritatività come la capacità del provvedimento amministrativo di produrre modificazioni costitutive nella sfera giuridica soggettiva di un soggetto di diritto a prescindere dal suo consenso il tema della coesistenza di consensualità ed autoritatività si riproporrebbe esattamente nei medesimi termini ai quali si è già, da ultimo, fatto riferimento.⁸⁹

⁸⁸ A conferma indiretta della possibilità che gli accordi possano produrre effetti nella sfera giuridica di soggetti terzi soccorrono: la disposizione normativa secondo la quale gli accordi non possono produrre effetti pregiudizievoli nei confronti di soggetti terzi e quella contenuta nel comma 1-bis dell’art. 11 che prevede la possibilità di invitare soggetti potenzialmente controinteressati ad incontri di facilitazione organizzati dal responsabile del procedimento con l’obiettivo di favorire la conclusione di accordi. Concorda sulla capacità dell’accordo sostitutivo di produrre effetti imperativi nei riguardi di terzi F. FRACCHIA, *L’accordo sostitutivo*, cit., 165 e 183. Sul tema specifico G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, cit., 134: “è costatazione comune (e non contestata da alcuno) che gli accordi sostitutivi di provvedimento possano produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi (o, almeno, di taluni terzi). Né, del resto, tale efficacia è preclusa dal limite imposto dal c. 1 dell’art. 11” e 209: “Questi ultimi (gli accordi ndr.) potranno avere effetti nei confronti dei terzi, ma solo se ed in quanto non producano vicende limitative o estintive dei loro diritti. È il caso dei terzi che si trovano in posizione di “concorrenza” col destinatario (ad esempio, l’aspirante ad una concessione di pubblico servizio assegnata ad altri); ovvero i terzi che si trovano in posizione di “contiguità” col destinatario principale dell’atto (ad esempio, il proprietario confinante, rispetto a quello che ha ottenuto la concessione edilizia): in questi casi, infatti, detti soggetti saranno titolari solo e comunque di interessi legittimi e non subiscono vicende modificative o estintive di un loro diritto soggettivo”.

⁸⁹ In realtà, i presupposti per individuare un significato meno restrittivo dell’autoritatività sono rinvenibili addirittura in O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894; par. 26, c 62-63: “Ma l’atto di concessione e l’atto obbligatorio del privato formano un unico atto giuridico? ... Ma a me ciò non pare sostenibile: ho detto ed anche ripetuto che in questi casi l’amministrazione pubblica opera sempre in vista di interessi generali, di cui essa

Tradizionalmente, coloro che si sono fatti carico di definire in maniera autonoma l'autoritatività dei provvedimenti amministrativi l'hanno ricondotta a quell'elemento di oggettiva, quasi "tangibile", tendenziale sovraordinazione che connota gli atti a rilevanza esterna emanati dalle pubbliche Amministrazioni nell'esercizio delle loro competenze.

Tra gli "unionisti" particolare rilievo va riconosciuto a Giannini secondo il quale: i provvedimenti sono "tutti atti autoritativi; onde producono quell'effetto giuridico particolare, che va sotto il nome di autorità di atto amministrativo".⁹⁰

Su tali presupposti giova ricordare come il problema della coesistenza di consensualità ed autoritatività sia stato già affrontato da un'autorevole dottrina saldamente posizionata nella corrente "separatista". Già nel 1995, infatti, Franco Scoca – nel perorare la causa della necessità di mantenere distinte autoritatività ed imperatività – ha sostenuto che negli accordi sostitutivi autoritatività e consensualità possono convivere in quanto la prima dovrebbe essere rintracciata nel potere e non invece nell'atto che rappresenta l'esercizio del potere medesimo.⁹¹

E quest'ultima circostanza non riguarderebbe unicamente le situazioni nelle quali il potere viene esercitato in modo consensuale in quanto connoterebbe

si presenta come curatrice, o come tutelatrice e curatrice insieme; ciò mostra che essa ha come fine diretto della propria attività l'interesse pubblico, e che quindi opera come autorità, secondo le norme del diritto pubblico: tutto questo rivela l'autorità di atti d'impero negli atti di concessione. Né questa espressione deve far meraviglia, facendo essa subito pensare ad un comando, ad un ordine, che crei un rapporto di soggezione tra l'autorità amministrativa ed il suddito, perché non solo nel comando la qualità di curatore e tutelatore degli interessi sociali nel potere esecutivo, ma anche nel dichiarare e nel permettere, come nello stesso potere legislativo nelle leggi dichiarative e permissive". Il brano è riportato da G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., pag. 12 nt. 14 come riprova di quanto la tesi anticontrattualistica delle concessioni fosse del tutto dominante nell'elaborazione dottrinale a cavallo tra il XIX ed il XX secolo.

⁹⁰ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, op. cit., 291.

⁹¹ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, op. cit. "L'ipotesi dell'accordo sostitutivo ha permesso di considerare possibile che un potere unilaterale, idoneo a produrre modificazioni non volute nella sfera giuridica altrui, possa essere esercitato mediante un atto consensuale. Se il consenso esclude l'autoritarità dell'atto, nel caso del dell'accordo si ha un atto non autoritativo che costituisce esercizio di un potere autoritativo. Questa apparente disarmonia può essere ricomposta ove l'autoritatività venga riferita esclusivamente al potere, trasferendola da qualità dell'atto a qualità del potere: è il potere che si caratterizza per la sua idoneità a modificare senza il consenso del titolare, le situazioni giuridiche altrui; non l'atto, se non in quanto esercizio del potere. Che l'autoritatività attenga al potere (e non al provvedimento) è confermato da espressioni quali "aspetti autoritativi" del procedimento amministrativo o dell'azione amministrativa, o ancora quali "autoritarità del processo decisionale": esse dimostrano che il carattere autoritativo non attiene propriamente al provvedimento, e si manifesta prima che il provvedimento venga in essere. Secondo questa impostazione non esistono provvedimenti autoritativi, ma soltanto poteri autoritativi; l'autoritatività del provvedimento non è altro che l'immagine riflessa dell'autoritatività del potere. ... Tenendo conto della distinzione tra il potere autoritativo e l'atto imperativo l'accordo sostitutivo può essere considerato atto non imperativo di esercizio di un potere autoritativo".

ogni fattispecie di esercizio di un potere maggiore. Autoritativi sarebbero i poteri e non i provvedimenti.

Orbene, nel condividere integralmente la posizione sulla necessità di tenere distinte autoritatività e imperatività, si deve, invece, esprimere una personale perplessità rispetto all'idea che negli accordi (come anche in qualsiasi altra forma ordinaria di esercizio di potere) l'autoritatività risiederebbe solo nel potere.

A parere di chi scrive, infatti, l'autoritatività risiede certamente e principalmente nel potere, ma essa connota di sé anche il divenire del potere (il suo *farsi*) e gli atti conclusivi che vengono alla luce in virtù del suo esercizio.

A prima vista una posizione del genere dovrebbe risultare totalmente incompatibile con l'idea che l'accordo sostitutivo possa considerarsi un episodio di esercizio di un potere maggiore insieme consensuale ed autoritativo. Ciò non di meno, già da vari anni si sta riscontrando una conclamata crisi proprio del concetto di autoritatività;⁹² secondo autorevole dottrina, quest'ultima addirittura non rappresenterebbe più il connotato maggiormente caratterizzante l'esercizio di potere.⁹³

Contemporaneamente si assiste, invece, all'emergere di una caratteristica nuova della gran parte (*rectius*, nella totalità) dell'attività amministrativa consistente nel suo essere propriamente conseguenza di un esercizio diretto o indiretto di un potere finalistico o strumentale.

⁹² Appare significativo che un'accezione nuova del principio di autoritatività sia emersa proprio con riferimento a quell'orientamento che considera gli atti d'obbligo unilaterali che possono precedere i permessi di costruire alla stregua di antesignani dell'accordo endoprocedimentale, T.A.R. Veneto, Sez. I, sent. n. 2397 del 04.06.2010: "l'adozione di moduli procedurali tesi a valorizzare la ricerca del consenso costituisce il portato di una evoluzione dei rapporti tra Amministrazione ed amministrati che, come noto, ha determinato un affievolimento del principio di autoritatività inteso nel senso tradizionale e l'emersione e valorizzazione del principio di collaborazione. Non è un caso che proprio gli atti d'obbligo unilateralmente assunti dal privato in vista dell'adozione di un provvedimento amministrativo siano considerati antesignani degli accordi disciplinati dall'art. 11 della l. n. 241 del 1990".

⁹³ È stato sostanzialmente prospettato un arretramento del concetto di autoritatività a tutto favore della funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico come connotato caratterizzante il pubblico potere: G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, op.cit., 87: "... al di là dei riferiti spunti di regime, la tesi pubblicistica si radica su premesse ancora più profonde. Si tratta della funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico, che sarebbe il connotato caratterizzante il pubblico potere, assai in più e in luogo dell'autoritatività, tradizionalmente ritenuta come tale. Se, infatti, il perseguimento dell'interesse pubblico costituisce l'indice rivelatore della sussistenza e dell'esercizio di potere – secondo una concezione sempre più largamente condivisa –, da un lato, il medesimo pubblico potere non risulterebbe più inconciliabile con l'accordo ed il contratto (che, per la loro struttura sono viceversa incompatibili con l'autoritarità, che implica unilateralità) e, soprattutto, esso risulterebbe normativamente presente negli istituti tratteggiati dall'art. 11". Concordano con quanto riportato E. BRUTI LIBERATI, (voce) *Accordi pubblici?*, in *Enc. dir.*, V agg, 2 e ss., Milano, 2001 e F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, cit., 150 e ss. Come di qui a poco sarà illustrato, personalmente non concordo né sull'idea che gli accordi sarebbero incompatibili con l'autoritatività (quantomeno con un'interpretazione nuova della medesima) né con l'idea che quest'ultima implichi necessariamente unilateralità.

Un elemento che dà attuazione alla funzionalizzazione che – come anticipato – contraddistingue necessariamente l'agire delle pubbliche Amministrazioni e che la concretizza attraverso strumenti operativi sostanzialmente standardizzati e ampiamente riconoscibili.

Questa caratteristica connota tanto l'attività amministrativa che costituisce esercizio diretto o indiretto di un potere primario (rispettivamente, attività amministrativa in forma pubblicistica e attività amministrativa in forma privatistica) quanto le parentesi pubblicistiche (e solo quelle) necessariamente presenti nell'attività ad evidenza pubblica.

Come in precedenza anticipato, il predetto connotato risulta caratterizzare anche quella parte di attività delle pubbliche Amministrazioni che non trova giustificazione nel previo conferimento di un potere finalistico; si è già visto, infatti, che in queste circostanze la necessaria funzionalizzazione si traduce nella presenza e nell'esercizio di un potere minore e strumentale in grado di soddisfare le esigenze pubblicistiche che sono alla base della funzionalizzazione.

Ciò posto, logica vorrebbe che a questa caratteristica sia attribuito un nome. Non sarebbe giusto eludere tale incombenza.

Questa effettiva esigenza – in ragioni di circostanze che si porteranno alla luce nel prosieguo – va, però, opportunamente affrontata in correlazione agli incerti confini dell'autoritatività (di cui si è in parte già detto), alle sue metamorfosi ed alle proprietà epifaniche della circostanza di essere conseguenza di un esercizio diretto o indiretto di un potere finalistico o strumentale.

Nel XXI secolo la sovranità non si traduce più in un rapporto di forza tra Amministrazione e cittadini in quanto trova esplicitazione nell'attribuzione (o nel riconoscimento della sua esistenza) di un potere maggiore o minore che sia e nel suo esercizio. È nel previo conferimento del potere da parte di un legislatore piuttosto che nel riconoscimento della sua esistenza che oggi (invero già da vari decenni) risiede la sovranità.

E se è vero che il concetto di autoritatività è intimamente legato a quello di sovranità da ciò potrebbe discendere l'inutilità di cercare di individuare ed attribuire un nome alla caratteristica di essere conseguenza di un esercizio diretto o indiretto di un potere finalistico o strumentale.

Del resto, il concetto di autoritatività (utilissimo in quanto sintomatico di quella tendenziale predominanza che contraddistingue gli atti ed i comportamenti posti in essere per la cura di un interesse generale) risente necessariamente delle evoluzioni interpretative ed applicative del concetto di sovranità.

Alla luce di quanto sin qui esposto, si potrebbe forse allora ipotizzare (la si prenda per una provocazione che necessita di ben altri approfondimenti) che oggi l'autoritatività consista proprio nella caratteristica di essere esercizio diretto o indiretto di un potere finalistico e/o strumentale.

Sembra, infatti, a chi scrive che negli anni più recenti stia prendendo corpo

un significato nuovo dell'autoritatività come particolare "caratura" che deriva ad uno specifico atto (atto amministrativo, provvedimento, accordo, contratto, silenzio significativo che sia) per il solo fatto di essere conseguenza e concretizzazione di una manifestazione diretta o indiretta di esercizio di un potere finalistico o strumentale.⁹⁴

Una tendenziale preponderanza che si giustifica per il fatto che quel determinato atto o comportamento costituisce mezzo specifico (ovvero passaggio necessario) per la cura di un interesse pubblico.

Ogni atto posto in essere da una pubblica Amministrazione idoneo a produrre effetti giuridici nel mondo delle relazioni avrà, pertanto, carattere autoritativo se e nella misura in cui rappresenterà un esercizio diretto o indiretto di potere.⁹⁵

Questo sta a significare che anche gli atti che costituiscono attività amministrativa in forma privatistica (per il fatto di essere espressione indiretta di esercizio di potere) potrebbero e dovrebbero essere considerati autoritativi.

Allo stesso modo, potrebbero essere considerati autoritativi anche i provvedimenti strumentali adottati in esercizio di quei poteri minori naturalmente presenti anche nell'attività privatistica ad evidenza pubblica. Proprio i predetti poteri minori ed il loro esercizio costituirebbero la concretizzazione fattuale dell'evidenza pubblica.

La "nuova" autoritatività, tra l'altro, non impone l'unilateralità dell'attività amministrativa; non esistono ragioni di carattere generale, dogmatico o di sistema che impongano tale caratteristica.

Orbene, se quanto detto è vero, anche in ragione di tanto non vi sarebbero più ostacoli ad affermare che gli accordi sostitutivi di provvedimento sono manifestazioni ordinarie di esercizio diretto di un potere maggiore (o finalistico), non necessariamente imperative, ma consensuali ed autoritative insieme.⁹⁶

Tra l'altro, l'introduzione di un criterio che consideri autoritativi tutti gli esercizi

⁹⁴ Se si è ben inteso il pensiero dell'Autore, segnali in tal senso sono rinvenibili in: R. CAVALLO PERIN, *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, cit., 24: "Anzitutto gli atti autoritativi sono delimitati come categoria degli atti dell'amministrazione pubblica correlati ad una disciplina particolare, che segna l'espressione di un potere amministrativo attribuito per la cura di interessi pubblici (funzionalizzazione; service public) che si distinguono perciò dagli altri atti (non autoritativi) che manifestano invece facoltà, poteri o esercizio di diritti che possono essere comuni anche agli individui o enti privati".

⁹⁵ Inconsapevoli conferme di quanto prospettato sono rinvenibili già in M.S. GIANNINI, (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, vol. IV 187: "... gli atti dei pubblici poteri hanno tutti in comune il carattere dell'autoritarità. Sarà uno dei compiti della scienza, allorché lo potrà, tentare la teoria generale dell'atto del potere pubblico".

⁹⁶ Attraverso presupposti e percorsi di ragionamento differenti, giunge a conclusioni analoghe F. CANGELLI, *Articolo 11 comma 1 e 4-bis*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, op. cit., 280: "Se, dunque, il carattere autoritativo dell'atto non è legato alla sua struttura unilaterale o bilaterale, ma al fatto che, in buona sostanza, è l'amministrazione che compie il giudizio di ponderazione ed esercita un potere discrezionale in una serie rilevante di momenti della negoziazione, può dirsi che gli accordi ex articolo 11, pur avendo una struttura consensuale, sono espressione di autorità, sono potere in forma consensuale".

diretti (attività amministrativa di carattere pubblicistico) e indiretti (attività amministrativa in forma privatistica) di poteri finalistici e strumentali potrebbe aiutare finalmente a delimitare il campo di applicazione della norma introdotta nel 2005 all'interno dell'art. 1, comma 1-bis della legge generale sul procedimento amministrativo in virtù della quale: "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".⁹⁷

Alla luce di quanto sin qui proposto, la disposizione richiamata troverebbe il suo campo di applicazione esclusivamente nella componente privatistica della tradizionale attività ad evidenza pubblica.⁹⁸

In sostanza, l'attività amministrativa di diritto privato – risolvendosi in un esercizio indiretto di un potere autoritativo – non dovrebbe rientrare nel campo di applicazione della disposizione appena richiamata.

Si confida che la (pur superficiale) riflessione sui tre possibili significati del concetto di contratto quale alternativa all'esercizio di potere abbia effettivamente lasciato emergere quanto la grande novità della 241 di portare il cittadino all'interno del farsi della decisione pubblica sia l'elemento che maggiormente connota lo scritto di Immordino oggetto di approfondimento.

⁹⁷ Posizioni differenti rispetto all'art. 1, comma 1-bis della legge 241 del 1990 sono state espresse a prima lettura da N. PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1-bis. Principi generali dell'attività amministrativa*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, (a cura di) N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, Torino, 2005, 77 e ss., da F. CANGELLI, *Articolo 11 comma 1 e 4-bis*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., 265 e ss. e da F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2005, 947 e ss. Più di recente, con un approccio anche ricostruttivo, F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa*, cit., 95 e ss.

⁹⁸ Si veda al riguardo C.d.S., Sez. IV, sent. n. 3355 del 23.05.2019: "L'obbligo di concludere il procedimento mediante provvedimento espresso è previsto all' art. 2, l. n. 241 del 1990 in relazione ai poteri autoritativi attribuiti dalla legge per il perseguimento di finalità di interesse pubblico secondo quanto indicato dall' art. 1 della legge generale sul procedimento amministrativo; l'omesso esercizio di un potere autoritativo, la cui intermediazione consente all'istante di conseguire il bene della vita cui aspira, non viene in rilievo nel caso di esercizio del potere di autonomia negoziale circa la scelta di non dismettere un bene del patrimonio disponibile rispetto al quale non è configurabile il rifiuto di provvedere e neppure il rimedio avverso il silenzio atteso che la condotta omissiva tenuta dalla amministrazione rappresenta una scelta pienamente compatibile con le regole dell'autonomia negoziale". La pronuncia in questione sarebbe stata integralmente condivisibile ove, in luogo dei poteri di autonomia negoziale riscontrabili in capo alla pubblica Amministrazione, avesse fatto riferimento alla capacità generale di diritto privato. Una posizione differente rispetto all'ambito di applicazione del comma 1-bis dell'art. 1 è stata, in particolare, espressa da F. CANGELLI, *Articolo 11 comma 1 e 4-bis*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, op. cit., 283: "L'ambito precipuo di applicazione del principio (di contrattualità nda.) pare limitarsi a quei procedimenti i quali ab origine sono destinati a concludersi con un contratto. Si tratta, in altri termini, di quelle ipotesi in cui l'azione amministrativa non può considerarsi autoritativa o per effetto di una scelta discrezionale riservata all'amministrazione che opta per la "via consensuale" o perché si versa in quelle ipotesi in cui l'adozione dell'atto consensuale è indispensabile per raggiungere un determinato regolamento di interessi. Si tratta, tipicamente, dei contratti ad evidenza pubblica, o, più in generale, dei c.d. contratti alternativi".

Abstract

Lo studio prende le mosse da un'analisi della differenza che intercorre tra accordi sostitutivi ex art. 11 della legge 241 del 1990 e contratti di diritto comune. Nell'inquadrare pienamente gli accordi sostitutivi nel contesto dell'esercizio di un potere e, specificamente, nell'attività amministrativa di diritto pubblico, il lavoro si sviluppa al punto di proporre la sostituzione del concetto di attività privata dell'Amministrazione con il differente concetto di attività ad evidenza pubblica. Il contributo introduce, inoltre, l'idea secondo la quale – accanto ai poteri pubblicistici maggiori – esisterebbero nel nostro ordinamento anche dei poteri pubblicistici minori direttamente collegati alla natura pubblica (o a rilevanza pubblica) delle pubbliche Amministrazioni e dei soggetti privati ad esse equiparati e finalizzati a rispondere alle problematiche di carattere pubblicistico che vengono in rilievo immancabilmente ogni volta in cui l'Amministrazione agisce in virtù della sua generale capacità di diritto privato.

Dopo aver sottolineato il rilievo che un concetto allargato di evidenza pubblica può svolgere in seno all'attività amministrativa di diritto privato, lo studio si conclude con la proposta di attribuire un significato nuovo al concetto di autoritatività.

Arrangements replacing administrative measures, authority and the exercise of powers

The essay starts from an analysis of the difference existing between the so called substitutive agreements under article 11 law 241 1990 and ordinary contracts. It then focuses on the nature of substitutive agreements, seen as a power exercise, and on public law activity, so proposing the exchange of administrative private activity concept with the different concept of public evidence activity. Furthermore, the essay conveys the idea that in the Italian legal context there could be – next to major public powers – even minor public powers, that are directly linked to the public nature (or relevance) of public administrations or of the other legal subjects equalized to them. These powers are aimed at solving public interest matters that come to existence whenever a public administration acts in its general private law legal capacity.

After having stressed the importance of a so enlarged public evidence concept, the essay ends up with a proposal of a new significance to be given to autoritativity concept.

Raggiungere la sicurezza alimentare tutelando l'ambiente e la salute umana: risposte dal diritto amministrativo ambientale e soluzioni concrete alle sfide della sostenibilità nel quadro dell'Agenda 2030*

di Margherita Paola Poto**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile. – 3. Le risposte del diritto ambientale alle sfide della sostenibilità. – 4. Interconnessione ecologica e responsabilità ambientale. – 5. Responsabilità ambientale in azione: le pratiche agroecologiche. – 6. Un caso di studio. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Le sfide della sostenibilità e nello specifico la necessità di garantire un adeguato livello di sicurezza alimentare¹ in un contesto di popolazione crescente e cambiamenti climatici, nel rispetto della salute umana e del benessere degli

* Contributo destinato agli Scritti in onore di Maria Immordino.

** L'autrice ringrazia il collega ed amico Nicola Gullo per gli spunti di riflessione sulla necessità di approcci innovativi ed integrati in diritto amministrativo ambientale. Ringrazia altresì gli anonimi *peer reviewers* per i commenti sulla prima versione dell'articolo. La ricerca è stata co-finanziata dalla UiT The Arctic University of Norway, attraverso il progetto SECURE Novel Marine Resources for Food Security and Food Safety, UiT The Arctic University of Norway (P.I. Edel O. Elvevoll): https://uit.no/research/seafood/project?p_document_id=667615&pid=667623; e attraverso il progetto ECO_CARE An Exchange Program on Empathy, Compassion and Care from the Perspective of Integral Ecology, HKDIR Utforsk 2021-2024: <https://en.uit.no/project/ecocare>.

¹ Nella doppia accezione di *food security* e *food safety*, garantendo a tutti il diritto di accesso a cibo sicuro e nutriente. Sul punto si veda diffusamente nella dottrina italiana M. GENESIN, *Sostenibilità ambientale, sicurezza alimentare e politiche dell'UE nel quadro degli obiettivi dell'Agenda 2030*, in I. ZUANAZZI, L. BATTAGLINI, *Religioni e sviluppo sostenibile*, Torino, 2021, 49-69; A. CIERVO, *Il diritto al cibo. Presupposti normativi e precedenti costituzionali di un nuovo diritto fondamentale*, in *Parolechiave*, 25(2), 2017, 53-68; T. FERRANDO, *Il sistema cibo come bene comune*, in *Beni comuni*, 2, 2016, 99-109; M. BOTTIGLIERI, *Il diritto al cibo adeguato. Tutela internazionale, costituzionale e locale di un diritto fondamentale "nuovo"*, 2015, 222, 5-548; M. BOTTIGLIERI, *Il diritto ad un cibo adeguato: profili comparati di tutela costituzionale e questioni di giustiziabilità*, in MACCHIA (a cura di) *La persona e l'alimentazione: profili clinici, giuridici, culturali ed etico-religiosi* – Asti, 30 novembre 2012 (Collana "Diritto e Ambiente" dell'Università di Pavia diretta dal Prof. G. Cordini), Roma, Aracne, 2014; M. RAMAJOLI, *Dalla «food safety» alla «food security» e ritorno*, in *Amministrare*, 45(2-3), 2015, 271-292; L. COSTATO, BORGHI, S. RIZZIOLI, *Compendio di diritto alimentare*, VI edizione, Ferrara, 2013; v. approfondimento: *Agricoltura e alimenti*; C. RICCI (ed.), *La tutela multilivello del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti* (Vol. 30), 2012. Sulla distinzione ed i rapporti tra *food security* and *food safety* in ambito internazionale si vedano di recente J. L. VIPHAM, K. AMENU, S. ALONSO, J.B. NDAHETUYE, Y. ZEREYESUS, K. NISHMWE, E. BOWERS, D. MAYER, K. SAH, H. AVELAAR, D. GRACE, *No food security without food safety: Lessons from livestock related research*, in *Global Food Security*, 26, 2020, 100382; M. UYTENDAELE, E. DE BOEK, L. JACXSENS, *Challenges in food safety as part of food security: lessons learnt on food safety in a globalized world*, *Procedia food science*, 6, 2016, 16-22.

ecosistemi, richiedono di essere affrontate attraverso un approccio metodologico integrato, che affianchi all'analisi giuridica la prospettazione di soluzioni concrete.²

Il presente contributo ha l'obiettivo di offrire una risposta sul piano giuridico a tale necessità posta dall'Agenda 2030³ (di qui in avanti: Agenda) e altresì di analizzare un caso di studio legato alla *governance* dei mari. Analisi teorica e pratica si soffermeranno sulle interconnessioni tra alcuni obiettivi di sviluppo sostenibile (qui di seguito abbreviati con l'acronimo SDGs, dall'inglese *Sustainable Development Goals*). In particolare, verranno esplorate le interazioni tra l'SDG 2 (Porre fine alla fame, raggiungere la sicurezza alimentare, migliorare la nutrizione e promuovere un'agricoltura sostenibile)⁴, l'SDG 3 (Assicurare la salute e il benessere per tutti e per tutte le età)⁵, gli SDGs 12, 13, e 14 (rispettivamente: 12. Garantire modelli sostenibili di produzione e di consumi; 13. Promuovere azioni, a tutti i livelli, per combattere il cambiamento climatico; 14. Conservare e utilizzare in modo durevole gli oceani, i mari e le risorse marine per uno sviluppo sostenibile), in ottemperanza all'esigenza di cui all'SDG 17 (Rafforzare i mezzi di attuazione e rinnovare il partenariato mondiale per lo sviluppo sostenibile)⁶.

Il caso di studio si incentra su una soluzione concreta alle sfide della soste-

² Sulla necessità di una cosiddetta ricerca integrata sulla sostenibilità (*integrated sustainability research*) si sono espressi STOCK e R. J. F. BURTON, *Defining terms for integrated (multi-inter-trans-disciplinary) sustainability research*, in *Sustainability*, 3(8), 2011, 1090-1113. Osservando come la sostenibilità, e di conseguenza la scienza della sostenibilità, siano concetti intrinsecamente trans-disciplinari, lo studio sottolinea la necessità di sviluppare una metodologia integrata, che può variare dalla multidisciplinarietà (quando alla domanda di ricerca viene data una risposta attraverso i metodi di due o più discipline) alla interdisciplinarietà (quando i diversi metodi vengono integrati), fino ad arrivare alla transdisciplinarietà (che si verifica quando intervengono anche attori non accademici per offrire risposte alla domanda di ricerca). Gli autori altresì convengono che tale distinzione è spesso soggettivamente interpretata e concludono sulla necessità di continuare approcci integrati alla ricerca sulla sostenibilità. Più in generale, sulla necessità di adottare approcci metodologici pluralistici alla ricerca sulla sostenibilità si vedano F. POPA, M. GUILLERMIN, T. DEDEURWAERDERE, *Methodological Pluralism* in F. POPA, M. GUILLERMIN, T. DEDEURWAERDERE, *A pragmatist approach to transdisciplinarity in sustainability research: From complex systems theory to reflexive science*, in *Futures*, 2015, 65, 45-56; S.C. DOW, *Methodological pluralism and pluralism of method*, in A. SALANTI, E. SCREPANTI (Eds.), *Pluralism in economics: New perspectives in history and methodology*, 1997, 89-99.

³ Approvata con Risoluzione ONU, AG, A/Res/70/1 pubblicata sul sito ufficiale dell'Agenda 2030: <https://sdgs.un.org/2030agenda>, ultimo accesso 22.1.2022. Vedi *infra* nel testo. In dottrina sulla necessità di adottare approcci integrati all'Agenda si rinvia a A. ODDENINO, *Sviluppo sostenibile, sviluppo umano e nuove tecnologie digitali oltre l'Agenda 2030 delle NU: alla ricerca di una visione integrata*, in *Le Nazioni Unite di fronte alle nuove sfide economico-sociali 75 anni dopo la loro fondazione*, ESI, Napoli, 2021, 103-121. B. BORNEMANN, S. WEILAND (2021). *The UN 2030 Agenda and the quest for policy integration: A literature review*, in *Politics and Governance*, 9.1, 96-107.

⁴ Risoluzione ONU, AG, A/Res/70/1, 15-16.

⁵ Risoluzione ONU, AG, A/Res/70/1, 16-17.

⁶ Risoluzione ONU, AG, A/Res/70/1, 22-24.

nibilità offerta dall'ecosistema marino artico della Norvegia settentrionale, in termini di sicurezza alimentare e di benefici per la salute umana. In tal senso, la parte generale di questo contributo è integrata dall'analisi dei risultati intermedi del progetto interdisciplinare SECURE *Novel Marine Resources for Food Security and Food Safety*, dell'UiT The Arctic University of Norway, a Tromsø⁷. Il progetto in esame si prefigge l'obiettivo di offrire una soluzione concreta alle sfide ambientali, alimentari e di salute dei nostri giorni, esplorando il ruolo degli oceani nell'offrire il cibo e la medicina del futuro⁸. Il gruppo di ricerca norvegese, in particolare, sta testando le proprietà nutraceutiche e farmaceutiche (specificamente per la riduzione dell'aterosclerosi) della biomassa fitoplanctonica (plancton e alghe bentoniche) che si trova al primo livello della catena marina trofica⁹. La biomassa è composta di organismi anche noti come produttori primari o autotrofi, perché in grado di produrre autonomamente riserve alimentari e di trasformare l'energia luminosa in energia metabolica attraverso un procedimento di fotosintesi¹⁰ e particolarmente apprezzati anche per gli alti livelli di robustezza, resilienza e compatibilità ecologica. In questa sede, si osserverà come la ricerca sui benefici di tale biomassa stia effettivamente offrendo una risposta concreta ad alcune delle sfide poste dall'Agenda per il raggiungimento della sostenibilità.

Il presente contributo si struttura pertanto in quattro parti che includono: una prima parte dedicata all'analisi dei principi che informano l'Agenda (paragrafo 2); una seconda parte che articola una riflessione sul ruolo che la scienza (scienze giuridiche incluse) riveste nel contribuire al raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda (paragrafi 3, 4, 5); una terza parte sull'esame del caso di specie,

⁷ Titolo del progetto: SECURE Novel Marine Resources for Food Security and Food Safety. Available online: <https://uit.no/research/seafood/project?pid=667623>, ultimo accesso il 5.1.2022.

⁸ Si veda sul punto L. VAN HOOF, G. FABI, V. JOHANSEN, J. STEENBERGEN, X. IRIGOIEN, S. SMITH, D. LISBJERG, & G. KRAUS, *Food from the ocean; towards a research agenda for sustainable use of our oceans' natural resources*, in *Marine Policy*, 105/2019, 44-51; B. FERREIRA, J. RICE, & A. ROSENBERG (2016). *The oceans as a source of food*, in *The First Global Integrated Marine Assessment (World Ocean Assessment I)*. United Nations, U.S.A.

⁹ Per una rappresentazione grafica della piramide della catena trofica marina si rinvia a M. POTO, M. D. MOREL, *Suggesting an Extensive Interpretation of the Concept of Novelty That Looks at the Bio-Cultural Dimension of Food Sustainability*, 13(9), 2021, 5065; sul punto si vedano anche F. BOERO, A. GENNARI, F. TRESCA, A.M. MIGLIETTA, *Come funzionano gli ecosistemi marini*, in *CASPUR-CIBER Publishing*, 1(1), 2010, 89-126.

¹⁰La produzione primaria di tali organismi marini avviene nelle acque superficiali, lungo le coste continentali e per questo motivo sono le forme planctoniche superficiali ad avere il ruolo più importante nella catena trofica. Il fitoplancton contribuisce, infatti, a circa il 95% della produzione primaria marina: A. BEVIVINO, A. SONNINO, L. ROSSI, *Il microbioma dell'agro-ecosistema al servizio della produzione primari*, in *Georgofili: atti dell'Accademia dei Georgofili: Serie VIII, Vol. 17, supplemento*, 2020, Firenze: Polistampa, 2021, 357-374; A. D. SMITH, C.J. BROWN, C. M. BULMAN, E. A. FULTON, JOHNSON, I. C. KAPLAN, H. LOZANO-MONTES, S. MACKINSON, M. MARZLOFF, L. J. SHANNON, Y.-J. SHIN, J. TAM, *Impacts of fishing low-trophic level species on marine ecosystems*, in *Science*, 333(6046), 2011, 1147-1150.

che costituisce una pratica virtuosa di sostenibilità (paragrafo 6); infine una quarta ed ultima parte dedicata a riflessioni conclusive (paragrafo 7).

2. *Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*

Il 25 settembre del 2015 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite (di qui in avanti AG) approvò all'unanimità l'Agenda globale per lo sviluppo sostenibile con il titolo: “Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile”, individuando diciassette SDGs ed impegnandosi a raggiungerli entro il 2030¹¹.

L'Agenda, in vigore dal 1° gennaio 2016, si prefigge di conseguire gli SDGs, articolati in 169 *targets* o traguardi, attraverso azioni interconnesse e bilanciando le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile: crescita economica, inclusione sociale, tutela dell'ambiente¹². Nell'Agenda, l'elencazione degli SDGs e dei rispettivi traguardi è preceduta da due sezioni rispettivamente intitolate Preambolo e Dichiarazione¹³. Nel Preambolo, l'AG enumera i cinque pilastri dell'Agenda: *persone, pianeta, prosperità, pace e collaborazione* (anche noti come le “cinque P” dell'Agenda, dall'inglese: *people, planet, prosperity, peace e partnership*)¹⁴. I cinque pilastri conferi-

¹¹ Vedi nota 2.

¹² Per uno studio in italiano delle tre dimensioni dello sviluppo sostenibile si veda J. D. SACHS (2015). *L'era dello sviluppo sostenibile. Prefazione di Ban Ki-moon*, Università Bocconi Editori, 1-521. Per uno studio sull'innovatività dell'Agenda 2030 rispetto alla precedente iniziativa dei Millennium Development Goals, nella integrazione dei tre elementi dello sviluppo sostenibile si rinvia a quanto osservato da D. GRIGGS, M.S. SMITH, J. ROCKSTROM, M.C. ÖHMAN, O. GAFFNEY, G. GLASER, N. KANIE, I. NOBLE, W. STEFFEN, SHYAMSUNDAR, *An integrated framework for sustainable development goals*, in *Ecology and Society*, 19(4), 2014, 1-25. Gli autori dello studio, in particolare sul punto osservano come tale integrazione si realizza attraverso ciascun SDG ed i rispettivi traguardi (p. 9): “Critically, not only does each SDG integrate economic, social, and environmental dimensions, but some of the underlying targets do as well, explicitly highlighting trade-offs and synergies that require attention. This has been achieved by developing targets that focus on the interdependencies between two or more issues so that they are tackled in an integrated way, delivering the desired outcomes for both” Per una ricognizione della ricerca dello sviluppo sostenibile, prima e dopo l'Agenda 2030, si rinvia a N. BAUTISTA-PUIG, A. M. ALEIXO, S. LEAL, U. AZETEIRO, R. COSTAS, *Unveiling the Research Landscape of Sustainable Development Goals and Their Inclusion in Higher Education Institutions and Research Centers: Major Trends in 2000–2017*, in *Frontiers in Sustainability*, 2/2021, 12.

¹³ Risoluzione ONU, AG, A/Res/70/1, 1-13.

¹⁴ Per un primo studio comprensivo sulla classificazione degli SDGs e rispettivi traguardi nell'impianto dei cinque pilastri v. D. TREMBLAY, F. FORTIER, J.F. BOUCHER, O. RIFFON, C. VILLENEUVE, *Sustainable development goal interactions: An analysis based on the five pillars of the 2030 agenda*. *Sustainable Development*, 28(6), 2020, 1584-1596. Sulle cinque P e sulla loro rilevanza in tema di sostenibilità e sicurezza alimentare si veda M. GENESIN, *Sostenibilità ambientale, sicurezza alimentare e politiche dell'UE nel quadro degli obiettivi dell'Agenda 2030*, cit., 50; A. BACHIORRI, *Agenda 2030: un'opportunità per costruire insieme un futuro sostenibile*. *Quaderni di ricerca sull'artigianato*, 8(3), 2020, 295-312.

scono all'architettura dell'Agenda le caratteristiche di coerenza ed integralità¹⁵ e, come si osserverà a breve, facilitano la lettura degli SDGs in chiave integrata e sistemica, applicata agli obiettivi e traguardi della sostenibilità¹⁶. Specificamente, l'impegno che l'AG si assume, attraverso tali pilastri, è quello di attuare gli SDGs in modo coerente ed integrato, ponendo fine alla povertà, assicurando a tutti gli esseri umani di poter realizzare il proprio potenziale con dignità ed uguaglianza in un ambiente sano (*persone*)¹⁷. Tale impegno si combina con la protezione del pianeta dalla degradazione, adottando misure urgenti contro il cambiamento climatico (*pianeta*), garantendo a tutti uno stile di vita prospero e soddisfacente, in un contesto in cui il progresso, sociale ed economico avviene in armonia con la natura (*prosperità*)¹⁸. Inoltre, l'AG riconosce l'esistenza di un legame reciproco

¹⁵ A. COOPMAN, D. OSBORN, F. ULLAH, E. AUCLAND, G. LONG, *Seeing the whole – implementing the SDGs in an integrated and coherent way. Stakeholder forum, bioregional, Newcastle university*, 2016, in <https://stakeholderforum.org/our-publications-sp-1224407103/reports-in-our-publications/625-seeing-the-whole-implementing-the-sdgs-in-the-an-integrated-and-coherent-way> ultimo accesso 29.04.2022.

¹⁶ Sull'influenza del pensiero sistemico nella risoluzione delle sfide della sostenibilità basti per ora tenere a mente la definizione formulata da O'Connor e McDermott: “[il pensiero sistemico è] uno strumento che ci aiuta a spingere lo sguardo al di là di quelli che a prima vista sembrano eventi isolati e indipendenti per giungere a modelli più profondi. Così facendo possiamo scoprire le connessioni tra gli avvenimenti, acquisendo una maggiore capacità di interpretarli e influenzarli”: J. O'CONNOR, I. MCDERMOTT, *Il pensiero sistemico*, 2003. Il pensiero sistemico contemporaneo, come si vedrà *infra*, è stato influenzato dagli studi di Peter Checkland: CHECKLAND, *Towards a systems-based methodology for real-world problem solving*, in *Journal of Systems Engineering*, 3(2), 1972, 87–116. Sul pensiero sistemico applicato all'Agenda 2030, si veda lo studio di E. B. BARBIER, J. C. BURGESS, *The sustainable development goals and the systems approach to sustainability. Economics: The Open-Access, Open-Assessment E-Journal*, 11/2017, 8; N. WEITZ, H. CARLSEN, M. NILSSON, K. SKÅNBERG, *Towards systemic and contextual priority setting for implementing the 2030 Agenda*, *Sustainability Science*, 13/2018, 531-548. Per ulteriori studi si rinvia alla trattazione del tema *infra* nel testo.

¹⁷ Il focus sulle persone anziché sugli stati sovrani manifesta, a parere di chi scrive, una chiara intenzione dell'AG a includere tra gli attori ed i destinatari degli SDG anche parti non statali, ponendo le basi per un superamento del paradigma della sovranità statale, per esempio includendo nei processi decisionali anche attori non statali, quali comunità locali e popoli indigeni. Si veda sul punto G. MAGNI, *Indigenous knowledge and implications for the sustainable development agenda*, in *European Journal of Education*, 52(4), 2017, 437-447. Sulla straordinaria opportunità offerta dall'Agenda di superare il paradigma della sovranità si veda anche A. STEINER, *The extraordinary opportunity of the 2030 Agenda for Sustainable Development*, in *The European Journal of Development Research*, 30(2), 2018, 163-165.

¹⁸ È interessante notare come la scelta terminologica e lessicale dell'AG si ponga in linea di continuità con la piattaforma delle Nazioni Unite per il riconoscimento dei diritti della natura, “*In Harmony with Nature*”: <http://www.harmonywithnatureun.org/> data ultimo accesso 26.04.2022. Sulle iniziative di tutela dei diritti della natura attraverso l'iniziativa *In Harmony with Nature* si vedano, *ex multis*, H. DANCER, *Harmony with Nature: towards a new deep legal pluralism*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 53(1), 2021, 21-41; G. SAJEVA, *Earth Jurisprudence: new paths ahead*, *Diritto & Questioni Pubbliche*, 20/2020, 7; V. CALZADILLA, L. J. KOYZÉ, *Living in harmony with nature? A critical appraisal of the rights of Mother Earth in Bolivia*, *Transnational Environmental Law*, 7(3), 2018, 397-424.

tra sostenibilità e pace, impegnandosi a promuovere società pacifiche, giuste ed inclusive, libere dalla paura e dalla violenza (*pace*)¹⁹. Da ultimo, fondamentale appare per l'AG l'impegno a conseguire gli SDGs attraverso uno spirito di solidarietà globale, con la partecipazione di tutti i paesi, di tutte le parti in causa, di tutte le persone e non trascurando nessuno (*collaborazione*)²⁰.

La Dichiarazione si struttura in nove sottosezioni, da cui emerge con chiarezza l'intenzione dell'Agenda non solo di riaffermare principi e priorità nello sviluppo sostenibile, ma anche di impegnarsi nella realizzazione di azioni concrete ed integrate, coordinando scienza e scelte politiche attraverso progetti di implementazione di tali principi²¹. Qui di seguito verrà brevemente riassunto il contenuto delle nove sottosezioni, suddivise nei paragrafi 1-59 e così intitolate: *Introduzione*; *La nostra visione*; *I nostri principi e impegni condivisi*; *Il nostro mondo oggi*; *La nuova Agenda*; *Mezzi di attuazione*; *Controllo e revisione*; *Un invito ad agire per cambiare il nostro mondo*; *Obiettivi per lo sviluppo sostenibile e traguardi*²².

Le prime due sezioni (*Introduzione* e *La nostra visione*)²³ esprimono l'impegno dell'AG a implementare l'Agenda, dei suoi obiettivi interconnessi ed indivisibili, entro il 2030, dichiarando di porre fine alla povertà e alla fame in ogni luogo, di combattere le disuguaglianze, costruendo società pacifiche ed inclusive, in cui la protezione dei diritti umani, l'uguaglianza di genere, l'emancipazione delle donne e delle ragazze vengano garantite insieme alla salvaguardia del pianeta e degli ecosistemi (un'espressione di tale impegno si trova per esempio ai paragrafi 1-3). L'AG si impegna inoltre a intraprendere quello che viene definito un grande viaggio collettivo (paragrafo 4)²⁴, non lasciando nessuno indietro²⁵, ma

¹⁹ J. FISHER, ARORA, S. CHEN, S., RHEE, T. BLAINE, D. SIMANGAN, *Four propositions on integrated sustainability: toward a theoretical framework to understand the environment, peace, and sustainability nexus*, *Sustainability science*, 2021, 1-21; A. SHARIFI, D. SIMANGAN, S. KANEKO, *The literature landscape on peace-sustainability nexus: A scientometric analysis*, in *Ambio*, 2020, 1-18.

²⁰ Sulle applicazioni delle connessioni collaborazione (partnership)-sostenibilità si rinvia, *ex multis*, a K. SPRAUL, J. THALER, *Partnering for good? An analysis of how to achieve sustainability-related outcomes in public-private partnerships*, in *Business Research*, 13(2), 2020, 485-511. A. PINZ, N. ROUDYANI, N., J. THALER, *Public-private partnerships as instruments to achieve sustainability-related objectives: the state of the art and a research agenda*. *Public Management Review*, 20(1), 2018, 1-22.

²¹ Sul punto, con specific riferimento al rapporto tra alimenti e salute, si veda G. A. McBEAN, *Integrating science to address food and health within Global Agenda 2030*, in *Npj Sci Food* 5, 2021, 8. Dell'intenzione dell'Agenda di realizzare azioni concrete integrando scienza e *policy* si parlerà infra nel testo. Per ora *ex multis*, si rinvia sempre a G. McBEAN, *Integrating global science to address the global agenda 2030*, in *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, 60(6), 2018, 26-38; ed a D. COLSTE, M. PEDERCINI, S. E. CORNELL, *Policy coherence to achieve the SDGs: Using integrated simulation models to assess effective policies*. *Sustainability Science*, 12(6), 2017, 921-931.

²² <https://sdgs.un.org/2030agenda> cit., 3-13.

²³ Risoluzione ONU, AG, A/Res/70/1, 3-4.

²⁴ H. KHARAS, J. M. McARTHUR, I. OHNO, *Leave no one behind*, The Brookings Institut. Washington DC, 2020.

²⁵ Numerosi sono gli studi su quello che viene definito il "motto" dell'Agenda 2030: *leave no*

adoperandosi in modo che tutti i segmenti della società vengano coinvolti nel raggiungimento di obiettivi le cui caratteristiche, come più volte ribadito, sono l'interconnessione e l'indivisibilità.

Nello specifico, la parte dedicata a *La nostra visione* (paragrafi 7-9) enuncia il carattere ambizioso e trasformativo di tale impresa: l'impegno è quello di raggiungere un mondo libero dalla povertà, dalla fame, dalla malattia, dalla mancanza, dalla violenza e dalla paura, ed in cui ogni vita possa prosperare, i diritti fondamentali vengano tutelati²⁶, ed in cui la crescita economica si realizzi nel rispetto dell'ambiente e della biodiversità. La sezione dedicata a *I nostri principi ed impegni condivisi* richiama e si ricollega alle principali dichiarazioni di diritto internazionale, rinviando, tra le altre, alla Carta delle Nazioni Unite, alla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, alla Dichiarazione del Millennio ed alle fonti del diritto ambientale internazionale, a partire dalla Dichiarazione di Rio, a cui viene dedicata una sottosezione, con il rinnovato impegno a rispettare il principio delle responsabilità comuni ma differenziate (paragrafo 11)²⁷.

one behind (non lasciare nessuno indietro): C. C. ANDERSON, M. DENICH, A. WARCHOLD, J. KROPP, PRADHAN, *A systems model of SDG target influence on the 2030 Agenda for Sustainable Development*, in *Sustainability science*, 2021, 1-14; M. MANUEL, F. GRANDI, S. MANEA, A. KIRBYSHIRE, A. E. LOVELL, "Leave no one behind" index 2018, in ODI Briefing Note. London: Overseas Development Institute. Per uno sguardo critico I. T. WINKLER, M. L. SATTERTHWAITTE, *Leaving no one behind? Persistent inequalities in the SDGs*, in *The International Journal of Human Rights*, 21(8), 2017, 1073-1097; E. STUART, J. WOODROFFE, *Leaving no-one behind: can the sustainable development goals succeed where the millennium development goals lacked?* in *Gender & Development*, 24(1), 2016, 69-81.

²⁶ Per gli impatti di tale sezione sulla tutela dei diritti umani fondamentali si veda da S.R. CAL SEIXAS, J. L. DE MORAES HOEFEL, *Building New Perspectives and Approaches to Our Common Future on Climate Change and Subjectivity: Agenda 2030 and Human Rights*, in R. CAL SEIXAS, J. L. DE MORAES HOEFEL, *Quality of Life, Environmental Changes and Subjectivity*, 69-81, 2022, Cham.

²⁷ Sulle responsabilità comuni ma differenziate in diritto internazionale dell'ambiente V. DE LUCIA, *Il principio delle comuni ma differenziate responsabilità*, in *Ambientediritto.it*, 2009. Per un'analisi del principio in connessione con gli SDGs: L. MEULEMAN, I. NIESTROY, *Common but differentiated governance: A metagovernance approach to make the SDGs work*, *Sustainability*, 7(9), 2015, 12295-12321. Per una panoramica sulla storia del diritto ambientale internazionale si veda A. KISS, D. SHELTON, *Guide to international environmental law*, Brill, 2007. Sull'analisi delle pietre miliari del diritto ambientale internazionale fino alla Dichiarazione di Rio del 1992 si rinvia a M. PALLEMAERTS, *International environmental law from Stockholm to Rio: back to the future*, in *Review on European Community and International Environmental Law*, 1/1992, 254, che ripercorre le tappe dalla Dichiarazione di Stockholm (adottata dall'AG con Risoluzione 2994 del 15 dicembre 1972) al famoso Brundtland Report (adottato dalla World Commission on Environment and Development, WCED, nel 1987), nel quale fu conosciuta l'espressione "sustainable development" fino alla Dichiarazione di Rio, nel quale i principi di diritto ambientale procedimentale vennero ulteriormente specificati (con l'introduzione, tra gli altri, del principio di precauzione e dei tre pilastri del diritto ambientale: diritto di informazione, di accesso alle decisioni ambientali, e diritto ad agire in giudizio): <https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992> ultimo accesso 29.4.2022. Le tappe successive del diritto ambientale sono segnate dal World Summit on Sustainable Development 2002, dieci anni dopo il primo Earth Summit in Rio de Janeiro (<https://www.earthsummit2002.org/> ultimo accesso 26.4.2022),

Nella sezione *Il nostro mondo oggi*, l'AG poi sottolinea il lavoro svolto e gli obiettivi ancora da raggiungere, ritenendo necessario introdurre alcuni elementi di novità rispetto agli Obiettivi di Sviluppo del Millennio²⁸, predecessori degli SDGs: tra dette novità si annoverano la necessità di fissare in modo decisivo le modalità di attuazione degli obiettivi (per esempio indicando specifici traguardi), ribadendo la necessità di adottare un approccio integrato, che tenga conto delle profonde interconnessioni e delle componenti trasversali tra i nuovi obiettivi e traguardi.

La nuova Agenda, dunque, sottolinea la responsabilità degli stati nel perseguimento degli obiettivi, a partire dal 1 gennaio 2016. Tra i *Mezzi di attuazione* riveste un ruolo centrale la creazione di una Partnership Globale (in risposta all'esigenza di *collaborazione* sopra enunciata)²⁹. La Partnership Globale richiede la creazione di una struttura supportata da politiche ed azioni concrete, che coinvolgano le istituzioni globali a diversi livelli, tra cui l'AG annovera: gli stati e i parlamenti nazionali (punti 41 e 45), i piccoli stati insulari in via di sviluppo (SIDS)³⁰, i paesi in via di sviluppo senza sbocco sul mare³¹, l'Unione Africana³², e i paesi in situazioni di conflitto (punto 42). La responsabilità di monitoraggio e revisione delle azioni intraprese è la risposta che l'AG individua rispetto alle esigenze di *Controllo e revisione*, impegnandosi a elaborare specifici indicatori per facilitare tale attività e altresì per rafforzare le capacità statistiche dei paesi in via di sviluppo (tra i quali vengono elencati i paesi africani, paesi meno sviluppati, paesi in via di sviluppo senza sbocco sul mare, i piccoli stati insulari in via di sviluppo e i paesi a reddito medio: punto 48).

quindi dall'Agenda, seguita dall'Accordo di Parigi, del 13 dicembre 2015: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement> ultimo accesso 26.4.2022.

²⁸ Gli Obiettivi di Sviluppo del Millennio, o Millennium Development Goals, sono i predecessori degli SDGs e avrebbero dovuto essere raggiunti nel 2015. Per una lista di obiettivi e indicatori si rinvia a <https://mdgs.un.org/unsd/mdg/Host.aspx?Content=Indicators/OfficialList.htm> ultimo accesso 26.4.2022.

²⁹ Sull'importanza della *Global Partnership* nell'Agenda si veda E. PALMER, *Introduction: The 2030 Agenda*, in *Journal of Global Ethics*, 11(3), 2015, 262-269.

³⁰ Sul punto A. THOMAS, A., BAPTISTE, R. MARTYR-KOLLER, PRINGLE, K. RHINEY, *Climate change and small island developing states*, in *Annual Review of Environment and Resources*, 45/2015, 1-27; C. BRANCHOUX, L. FANG, Y. TATENO, *Estimating infrastructure financing needs in the Asia-Pacific least developed countries*, *LANDLOCKED DEVELOPING COUNTRIES, AND SMALL ISLAND DEVELOPING STATES, IN ECONOMIES*, 6(3), 2018, 43.

³¹ M. L. FAYE, J. W. McARTHUR, J. D., SACHS, T. SNOW, *The challenges facing landlocked developing countries*, in *Journal of Human Development*, 5(1), 2004, 31-68.

³² Per un'analisi critica degli attori coinvolti nel sistema di governance multilivello nel quale l'Agenda si inserisce si veda lo studio di G. NOVOCIC, *Can Agenda 2030 bring about "localization"?* *Policy limitations of Agenda 2030 in the broader global governance system*, in *Development Policy Review*, 2021, 1-16. Per una risposta critica degli stati africani all'Agenda si veda il documento dell'African Union Commission, AUC (2015). *Agenda 2063: The Africa we want. First Ten-Year Implementation Plan, 2013-2023*. Sugli attori dell'Agenda si veda anche il volume di I. LENZI, I. PAIS, A. ZUCCA, *Un patto globale per lo sviluppo sostenibile: processi e attori nell'agenda 2030*, 2015.

Infine, nell'*Invito ad agire per cambiare il nostro mondo*, l'AG ribadisce il ruolo centrale rivestito dalle persone (bambini, giovani, uomini e donne) nel viaggio verso lo sviluppo sostenibile (punti 51 e 53): la generazione attuale può diventare, ad avviso dell'AG, la prima in grado di porre fine alla povertà ed è da considerarsi l'ultima ad avere la possibilità di salvare il pianeta (punto 50)³³.

3. *Le risposte del diritto ambientale alle sfide della sostenibilità*

Le due sezioni dell'Agenda sopradescritte contengono delle dichiarazioni che, qualora non accompagnate da assunzioni di responsabilità e piani effettivi di azione, rischiano di rimanere vuote e retoriche affermazioni di principio. In questo paragrafo si illustreranno gli strumenti che, a parere di chi scrive, le scienze giuridiche, e in particolare il diritto amministrativo ambientale, sono in grado di offrire per dare concretezza alle dichiarazioni e agli obiettivi dell'Agenda.

Il rischio di cadere nella vuota retorica – anche definita dalla dottrina la “fantasmatica narrativa”³⁴ o “insostenibile leggerezza”³⁵ – dello sviluppo sostenibile può infatti essere eluso, a parere di chi scrive, attraverso gli strumenti che le scienze giuridiche offrono nel dare attuazione concreta a obiettivi e traguardi della sostenibilità.

Che la scienza debba rivestire un ruolo centrale nel dare contenuto alla retorica della sostenibilità viene compiutamente argomentato nello studio di Friedrich Schneider *et al.*, in cui viene analizzato il ruolo la scienza svolge nel rispondere alle esigenze enunciate dall'AG³⁶. Secondo gli autori, infatti, l'Agenda rappresenta un fondamentale punto di svolta nel dialogo tra scienza e *policy*, laddove afferma il ruolo centrale della scienza nel condizionare le scelte politiche e le conseguenti applicazioni pratiche.

“[T]he current call in the 2030 Agenda represents a fundamental shift in the dialogue between science and policy: until recently, the understanding was that scientists analyzed the earth system's processes and dynamics. The role of science is mainly highlighted in the chapter on means of implementation. It stresses, for example, that the new science-led UN global sustainable development report shall inform the high-level political forum and provide a strong evidence-based instru-

³³ Sulla retorica dell'Agenda si rinvia a J. TELLERIA, J. GARCIA-ARIAS, *The fantasmatic narrative of 'sustainable development'. A political analysis of the 2030 Global Development Agenda*, in *Environment and Planning C: Politics and Space*, 2021.

³⁴ J. TELLERIA, J. GARCIA-ARIAS, *The fantasmatic narrative of 'sustainable development'. A political analysis of the 2030 Global Development Agenda*, cit.

³⁵ I. CAPURSO, E. TALUSSO, A. MARINI, L. BONARDI, *L'insostenibile leggerezza della sostenibilità: i limiti dell'attuale ecopolitica*, in *Geography Notebooks*, 3(2), 2020, 147-165.

³⁶ F. SCHNEIDER, A. KLÄY, A.B. ZIMMERMANN, T. BUSER, M. INGALLS, MESSERLI, *How can science support the 2030 Agenda for Sustainable Development? Four tasks to tackle the normative dimension of sustainability*, *Sustainability Science*, 2019, vol. 14, 1593-1604.

ment for policymakers, and urged policymakers to come up with responses. The 2030 Agenda assigns a new role to science, responding to a long-term claim from scientists concerned with sustainable development: to generate knowledge that helps humanity achieve the sustainability vision set out in the 17 SDGs³⁷.

E proprio tale ultima riflessione consente di istituire un collegamento tra scienze giuridiche e Agenda: gli autori, infatti, sottolineano il ruolo centrale che l'Agenda attribuisce alla scienza, offrendo una visione integrata della sostenibilità, attraverso i diciassette SDGs.

In questa sezione verrà esplorata la possibilità di declinare tale esigenza, sollevata dallo studio di Schneider *et al.*, di attribuire un ruolo trainante alla scienza, anche in termini di scienze giuridiche, illustrando la rilevanza delle riflessioni etico-giuridiche sulla responsabilità ambientale nell'offrire all'interprete una chiave di lettura degli obiettivi della sostenibilità in termini di responsabilità, doveri e obblighi.

Anche il diritto, e in particolare il diritto amministrativo ambientale, infatti, può contribuire allo sviluppo sostenibile “generando nuova conoscenza”, per parafrasare l'espressione utilizzata nelle parole sopra riportate di Schneider *et al.*, “to generate knowledge that helps humanity achieve the sustainability”³⁸. La nuova conoscenza che il diritto può contribuire a generare si articola, a parere di chi scrive, in almeno due fasi od accezioni: 1) in un apporto di carattere definitivo-epistemologico (prima accezione o fase) che offre il quadro teorico per soluzioni concrete (seconda accezione o fase). Nella prima accezione o fase, le fondamenta etico-filosofiche del diritto ambientale contribuiscono a qualificare gli impegni assunti dall'AG in termini di interdipendenza ecologica e responsabilità ambientale, sulla base degli studi rispettivamente di Arne Næss³⁹, e Hans Jonas⁴⁰. In entrambi i casi, le riflessioni etico-filosofiche dei due autori hanno avuto ricadute importanti nell'ambito delle scienze giuridiche ambientali. Le conseguenze del riconoscimento di una profonda interconnessione di relazioni in ecologia, e dell'affermazione di responsabilità umane nei confronti della natura si traducono, in termini giuridici, in doveri e obblighi nei confronti dell'umanità e della natura⁴¹.

³⁷ Ibidem, 1594.

³⁸ Ibidem, 1594.

³⁹ A. NÆSS, *The shallow and the deep, long-range ecology movement. A summary*. in *Inquiry*, Vol.16, n°1-4, 1973, 95. Traduzione in italiano: A. NÆSS, *Il movimento ecologico: ecologia superficiale ed ecologia profonda. Una sintesi*, in M. Tallacchini (a cura di), *Etiche della terra. Antologia di filosofia dell'ambiente*, Milano, 1998, 143-149; A. NÆSS, *Deep Ecology and Ultimate Premises*. *Ecologist*, 1988, 18: 128-31.

⁴⁰ H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, a cura di Portinaro, Torino, 1990; H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, a cura di Becchi, Torino, 1997.

⁴¹ Per un'ampia panoramica dei doveri ambientali per Stati, doveri e individui si vedano i contributi nel volume curato da PANTALONE, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, 2021, 1-234. Sulla prospettiva amministrativistica nello stesso volume si veda F. FRACCHIA, *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, in PANTALONE, *op. cit.*, 55-69.

Nel quadro di tali premesse etico-giuridiche e quale seconda accezione e manifestazione concreta della necessità di dare una risposta effettiva ed efficace (di qui, respons-abilità) ai complessi problemi ambientali, si stanno sviluppando, nel quadro del sistema dell'agroecologia⁴², le cosiddette pratiche agroecologiche⁴³. Anche qui il diritto ambientale riveste un ruolo importante, giacchè tali pratiche possono considerarsi esempi e risposte concrete in cui si estrinsecano i sopramenzionati doveri e obblighi ambientali. Le pratiche agroecologiche⁴⁴, come si spiegherà più approfonditamente nel paragrafo 5, concretizzano in azione doveri e responsabilità nel sistema di *governance* ambientale multilivello (per esempio a livello europeo, ma non solo), contribuendo a generare nuova conoscenza al servizio della sostenibilità.

4. *Interconnessione ecologica e responsabilità ambientale*

Quanto al contributo a livello definitorio ed epistemologico che il diritto può offrire alle riflessioni sulla sostenibilità, la concezione della profonda interconnessione ecologica e l'etica della responsabilità costituiscono una premessa fondamentale per rendere effettivi e implementabili gli obiettivi dell'Agenda.

Gli studi sulle interconnessioni in ecologia profonda (*deep ecology*) sono stati portati avanti dall'ecofilosofo norvegese Arne Næss⁴⁵. Il merito delle riflessioni di Næss è stato quello di aver analizzato il cambiamento di consapevolezza in ecologia che – da sistema fondato esclusivamente sugli elementi umani legati

⁴² Si veda, *ex multis*, lo studio di S. SAJ, E. TORQUEBLAU, E., HAINZELIN, J., PAGES, F., MARAUX, *The way forward: An agroecological perspective for Climate-Smart Agriculture*, in *Agriculture, Ecosystems & Environment*, 250, 2017, 20-24.

⁴³ FAO Report, "*Climate-Smart*" *Agriculture Policies, Practices and Financing for Food Security, Adaptation and Mitigation*, 2010. Da questo primo Report, e poi in quello successivo del 2018 emerge la visione sistemica a cui la necessità di istituire tali pratiche si riconduce. In particolare, a pagina 8, viene sottolineata l'importanza di valorizzare le diverse componenti di un ecosistema per migliorarne l'efficienza, resilienza e capacità di adattamento generali: "The overall efficiency, resilience, adaptive capacity and mitigation potential of the production systems can be enhanced through improving its various components"; si veda anche FAO Report *Climate-Smart Agriculture Case Studies (2018): Successful Approaches from Different Regions*, <http://www.fao.org/3/CA2386EN/ca2386en.pdf> ultimo accesso 26.4.2022.

⁴⁴ In questa sede, pratiche agroecologiche e pratiche *climate smart* vengono trattate unitariamente, accogliendo l'orientamento secondo cui vi è una stretta interdipendenza tra l'agroecologia e l'agricoltura *climate smart*, nella comunanza di approcci verso la risoluzione dei problemi complessi posti dalla sostenibilità. Si vedano N. ANDRIEU, Y. KEBEDE, *Agroecology and Climate Change: A case study of the CCAFS Research Program, Working Paper* No. 313, 2020, CGIAR Research Program on Climate Change, Agriculture and Food Security (CAAFS), 1-34.

⁴⁵ L. VALERA, *Retorica ed etica ambientale: il contributo di Arne Næss*, in *Medicina e Morale*, 2014, 63.4.

all'ambiente (antropocentrismo)⁴⁶ – si è progressivamente focalizzato sul sistema e sul tessuto di relazioni che si instaurano fra esseri viventi, umani e non umani (ecocentrismo relazionale)⁴⁷. La forza trainante dell'ecologia profonda – scrive Næss⁴⁸ – è l'identificazione e la solidarietà con tutte le forme di vita. In ecologia profonda si prende atto della consapevolezza del contesto di relazioni che formano il sistema-terra. In questo senso, l'ambiente naturale e culturale non è un mero sfondo della vita umana, ma la sua matrice, *oikos*, casa⁴⁹. Continuando sul cammino segnato da Næss, Luca Valera⁵⁰ ricorda che: “L'ecologia profonda è allo stesso tempo una corrente filosofica e una forma di attivismo ecologico. Diciamo che gli ecologisti profondi compiono il seguente percorso: partono dalla denuncia della “crisi ecologica continua” delle società “tecnocratico-industriali”; identificano le problematiche ambientali come una crisi di “natura e cultura”; dopodiché – pensano – i rimedi devono essere della medesima profondità, ossia richiedono un autentico mutamento individuale e sociale, un mutamento etico e politico”⁵¹.

In campo scientifico le riflessioni sull'integralità e sulle interconnessioni dell'ecologia vengono inquadrare all'interno del movimento del pensiero sistemico, fondamentale per la comprensione dei sistemi di qualsiasi tipo, siano essi gli organismi viventi, sistemi sociali o ecosistemi⁵².

Un tale pensiero riconosce il mondo come un sistema integrato, piuttosto che come un insieme di elementi individuali. Seguendo tale ricostruzione, i principi di base dell'organizzazione diventano più importanti dell'analisi delle singole componenti del sistema: secondo i sostenitori del pensiero sistemico, è impossibile separare qualsiasi fenomeno da tutti gli altri, e quindi scindere natura, società, diritto ed ecologia⁵³.

Tale sistema di relazioni si fonda su un imperativo etico, che Hans Jonas definì etica della responsabilità⁵⁴. Nello studiare le relazioni tra umanità e natura,

⁴⁶ Di qui il termine «Antropocene» per definire la problematicità dell'era postindustriale rispetto al ruolo centrale degli esseri umani nella alterazione dei fenomeni naturali. In dottrina italiana si veda E. FERRARA, *Teorie e pratiche dell'Antropocene: storia e geologia dell'impatto umano sull'ambiente*, in *Culture della Sostenibilità*, 18/2016, 7-13. Per spunti critici e rinvii bibliografici si veda G. VISCONTI, *Anthropocene: another academic invention?*, *Rendiconti Lincei*, 25(3), 2014, 381-392.

⁴⁷ A. NÆSS, *op.cit.*, 129.

⁴⁸ A. NÆSS, *op. cit.*, 128.

⁴⁹ L. VALERA, *L'idea di natura in Arne Næss*, in *Filosofia*, 64, 2019, 22.

⁵⁰ L. VALERA, *Ecologia e ecologie*, in *Journal of History of Medicine*, 23/3, 2011, 1015-1044.

⁵¹ A. MARCOS, *Ética Ambiental*, in *Universitas philosophica*, 16(33), 1999.

⁵² F. CAPRA, L. LUISI, *The Systems View of Life: A Unifying Vision*, Cambridge, 2014, in italiano: ID., *Vita e natura. Una visione sistemica*, 2014.

⁵³ M. MARINONI, *L'anima del mondo, l'ecologia profonda e la cura della casa comune*, *Fogli Campostrini*, vol. 11, numero 2/2016, Centro Studi Campostrini, 5; F. CAPRA, U. MATTEI, *The Ecology of Law. Toward a legal system in tune with nature and community*, 2015.

⁵⁴ H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, cit.

Jonas si esprime infatti in termini di servizio e cura -e non già di dominazione- dell'umanità nei confronti della biosfera, degli elementi che Jonas definisce extra-umani. Una tale cura costituisce e fonda una nuova etica della responsabilità, che si estende all'extra-umano, e dunque alla biosfera definita al contempo come sistema e come parti del sistema: "It is at least not senseless anymore to ask whether the condition of extrahuman nature as a whole and in its parts, now subject to our power, has become a human trust [...]. It would mean to seek not only the human good, but also the good of things extrahuman [...]"⁵⁵. In tale nuova etica di responsabilità, il riferimento alle generazioni future gioca un ruolo di primo piano: i doveri di servizio e cura nei confronti degli elementi umani e extra-umani nella biosfera debbono infatti tradursi, secondo Jonas, in politiche pubbliche e collettive volte a proteggere le generazioni future⁵⁶.

Come concretizzare tale responsabilità ecologica in termini giuridico-legali, e dunque positivizzarla in termini normativi, è una delle grandi questioni che interessano la ricerca giuridica sui temi ambientali del nostro tempo. Un gruppo di studiosi, coordinati da Michele Carducci, ha portato avanti tale esigenza di sistematizzazione della responsabilità, proponendo di positivizzare diritti fondamentali della natura, diritti ambientali per tutti, e doveri collettivi di garantire la protezione di entrambi. Il modello dei diritti della natura è stato di recente sistematizzato e si è concretizzato in studio-proposta di "Carta dei diritti fondamentali della Natura dell'Unione Europea"⁵⁷.

L'apertura al dibattito istituzionale della questione relativa al riconoscimento dei diritti della natura anche all'interno dell'Unione Europea e dei suoi Stati membri è quindi la prima risposta concreta a livello normativo UE a sostegno dell'approccio di un'etica della responsabilità, e anche un segno di una corrispondenza tra gli obiettivi programmatici dell'Agenda, i contributi degli studiosi di etica e di diritto ambientale⁵⁸. In quest'ottica, la proposta di normativizzare la

⁵⁵ H. JONAS, *The imperative of responsibility: In search of an ethics for the technological age*, 1985, 8.

⁵⁶ A. LO GIUDICE, *Antropocene e giustizia climatica: l'importanza di un'etica della responsabilità*, in *Teoria e Critica della regolazione sociale*, 2, Milano, 2020, 119.

⁵⁷ M. CARDUCCI, S. BAGNI, M. MONTINI, I. MUMTA, V. LORUBBIO, A. BARRECA, C. DI FRANCESCO MAESA, E. MUSARÒ, L. SPINKS, POWLESLAND, *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature. Study*, Brussels, 2020, European Economic and Social Committee, disponibile in <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-03-20-586-en-n.pdf> ultimo accesso 07.02.2022. Dello stesso autore e sul tema si veda anche M. CARDUCCI, *Natura, cambiamento climatico, democrazia locale*, in *Diritto costituzionale: rivista quadrimestrale*, 3, 2020, 67-98; M. CARDUCCI, *Natura (diritti della)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2017, 486-521. Per un'analisi dello studio a cura di M. CARDUCCI et al. cit., sia consentito rinviare a M. POTO, *Salvare la Nostra Casa Comune è l'Affaire du Siècle*, in *Resp. Cin. Prev.* 2021, f. 4.

⁵⁸ Com'è noto, e come ribadito nello studio a cura di M. CARDUCCI et al. cit., promotori della costituzionalizzazione dei diritti della natura sono stati i paesi dell'America Latina, e in particolare la Bolivia e l'Ecuador. La letteratura giuridica sul punto è copiosa. Si rinvia in particolare a M. V. BERROS, *Challenges for the Implementation of the Rights of Nature: Ecuador and Bolivia as the First Instances of an Expanding Movement*,

responsabilità ambientale, attraverso un sistema di diritti e doveri mira a stabilire un quadro per il riconoscimento dei diritti della natura nell'ordinamento giuridico dell'UE, quale prerequisito di una relazione diversa e migliore tra esseri umani e natura. La prima questione degna di nota è la constatazione dell'erroneità dell'approccio adottato dal diritto ambientale, che scinde gli interessi umani da quelli non umani, e limita la protezione dell'equilibrio ecologico ad ambiti territoriali limitati (*habitat* naturali, riserve, aree protette). Di qui la proposta di una definizione di equilibrio ecologico da proteggere per garantire la sopravvivenza di tutti gli esseri viventi per il presente e il futuro. In aggiunta a questa previsione, e in linea con la più volte sottolineata necessità di formulare doveri di solidarietà intergenerazionale verso la natura, la Carta riempie di contenuto la definizione di doveri ambientali, e dunque di responsabilità, che si concretizzano in azioni finalizzate: – all'immediato abbandono delle attività umane che alterano le funzioni ecosistemiche, accelerano i cambiamenti climatici e l'ulteriore riscaldamento globale del Pianeta; – al recupero e alla protezione della biodiversità; – al mantenimento della stabilità climatica del presente e del futuro⁵⁹.

in *Latin American Perspectives*, 48(3), 2021, 192-205. J. COLON-RIOS, *The Rights of Nature and the New Latin American Constitutionalism*. *New Zealand Journal of Public and International Law*, 13(Special Conference Issue: *New Thinking on Sustainability*), 2015, 107-114; C. GREGOR BARIÉ, *New constitutional narratives in Bolivia and Ecuador: The good living and the rights of nature*, in *Latinoamérica. Revista de estudios Latinoamericanos*, (59), 2014, 9-40. A livello internazionale, il movimento dei diritti della natura ha portato all'elaborazione del documento delle Nazioni Unite in Harmony with Nature: <http://www.harmonywithnatureun.org> ultimo accesso 26.04.2022, promosso da E. Morales Ayma in occasione dell'Earth Day, 22 April 2009. L'evoluzione del movimento e della carta delle Nazioni Unite ha poi portato alla Declaration of the Rights of Mother Earth (UDRME), redatta in occasione del World People's Congress on Climate Change and the Rights of Mother Earth in Cochabamba, Bolivia, in 2010: <https://therightsofnature.org/wp-content/uploads/FINAL-UNIVERSAL-DECLARATION-OF-THE-RIGHTS-OF-MOTHER-EARTH-APRIL-22-2010.pdf> ultimo accesso 13.02.2022. Sull'evoluzione dei diritti della natura e dei doveri dell'umanità a rispettarli a livello internazionale e regionale si rinvia allo studio di M. POTO, E.L. ENYEW, *Nature Protection, Indigenous Rights, and Climate Action, Chapter 9*, in Hans Christian Bugge (ed. by) *Klimarettsbok*, Universitetsforlaget, UiO, 2021, 155-174.

⁵⁹ M. CARDUCCI, S. BAGNI, M. MONTINI, I. MUMTA, V. LORUBBIO, A. BARRECA, C. DI FRANCESCO MAESA, E. MUSARÒ, L. SPINKS, POWLESLAND, *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature. Study*, cit. Nello studio, viene richiamata la Costituzione dell'Ecuador, nella quale le cinque caratteristiche della responsabilità per violazione dei doveri verso la natura seguono il principio della responsabilità *extracontrattuale per danni ambientali* (la responsabilità è specifica, preventiva, oggettiva, integrale e assoluta). Queste caratteristiche, ricordano gli studiosi [pp. 83-86], sono disciplinate agli articoli 72, 396 e 397 della Costituzione dell'Ecuador: "Art. 72 identifies the elements of this *specific* liability: a) Nature has the "right to restoration"; b) this obligation is independent from damages; Thus, Nature has the right to restoration regardless of the right to compensation of persons or legal entities. Art. 396 states that «In the case of doubt about the environmental impact stemming from a deed or omission, although there is no scientific evidence of the damage, the State shall adopt effective and timely measures of protection». This rule identifies the *preventative* nature of liability: protection must always precede damage. Therefore, the obligation to protect art. 396 strengthens the precautionary principle according to the "in dubio pro natura" criterion.

L'auspicio è che tale proposta venga accolta dal punto di vista normativo, ed implementata attraverso pratiche integrate di protezione della natura. Tale auspicio non sembra troppo lontano dalla realtà. Come si osserverà qui di seguito, esistono pratiche che già mettono in atto i profili di responsabilità ambientale e mostrano come, nel sistema di *governance* multilivello, si stia prendendo atto della necessità di contribuire al sistema di ecologia profonda e integrale, estrinsecando i doveri ambientali attraverso azioni concrete che perseguono gli obiettivi della sostenibilità in modo integrato ed interconnesso.

5. *Responsabilità ambientale in azione: le pratiche agroecologiche*

Ricondurre gli impegni dell'Agenda in termini di responsabilità è di cruciale importanza per rendere effettive le dichiarazioni dell'AG. Il ruolo che il diritto ambientale riveste non si limita all'aspetto epistemologico-definitorio, dal momento che la portata della definizione di responsabilità ambientale ha anche delle ricadute pratiche e si traduce in azioni concrete nel sistema della *governance* multilivello e, per quel che in questo specifico paragrafo rileva, nell'ambito dell'Unione Europea⁶⁰. In questa sede, e soprattutto nel quadro delle sfide alla sostenibilità legate alla sicurezza alimentare e alla protezione dell'ecosistema, merita brevemente soffermarsi sulle azioni riconducibili alla categoria della cosiddetta *climate smart agriculture* e alle pratiche agroecologiche che facilitano la

Indeed: a) if there is an interpretative doubt, a “pro natura” decision must always be made (art. 395 (4) Constitution Ecuador); b) if the doubt concerns the scientific evidence of damage, the special principle of “preventive protection measures” and not the general precautionary principle must be applied. [...] The *absolute nature* of liability is established by art. 397 and consists of three elements: a) «In case of environmental damages, the State shall act immediately and with a subsidiary approach to guarantee the health and restoration of ecosystems. In addition to the corresponding sanction, the State shall file *against the operator of the activity* that produced the damage proceedings for the obligations entailing *integral* reparation, under the conditions and on the basis of the procedures provided for by law. The responsibility shall also pertain to the public servants responsible for carrying out environmental monitoring»; b) It is allowed to «any natural person or legal entity, human community or group, to file legal proceedings and resort to judicial and administrative bodies without detriment to their direct interest, to obtain from them effective custody in environmental matters, including the possibility of requesting precautionary measures that would make it possible to end the threat or the environmental damage that is the object of the litigation». c) Finally, «The burden of proof regarding the absence of potential or real danger shall lie with the operator of the activity or the defendant». Through this responsibility clause, the Constitution of Ecuador prohibits all subjects (public and private) from infringing the Rights of Nature”

⁶⁰ Sulla complessità e anche necessità di affrontare le questioni ambientali nell'ambito della governance ambientale di multilivello v. M. POTO, *Environmental Law and Governance: The Helicoidal Pathway of Participation a study of a nature-based model inspired by the Arctic, the ocean, and indigenous views*, Torino, 2022, 1-240, a cui si rinvia per ulteriori richiami bibliografici.

transizione agroecologica del sistema alimentare nel mondo⁶¹. Tali pratiche adottano un approccio agroecologico, richiamando la scienza che mira a applicare i concetti e principi dell'ecologia profonda e integrale alla progettazione e gestione di sistemi alimentari sostenibili⁶². In particolare, l'espressione "pratiche agroecologiche" si ricollega a un approccio promosso dalla FAO a partire dal 2010⁶³ finalizzato alla creazione di condizioni tecniche, politiche e investimenti per uno sviluppo sostenibile, che diano una risposta concreta (di qui il collegamento con i profili di *responsabilità* ambientale, intesa come capacità di risposte concrete attraverso azioni integrate)⁶⁴ ai problemi connessi ai cambiamenti climatici e garantisca al contempo la sicurezza alimentare, intesa nella duplice accezione di *food safety* e *food security*. Tali pratiche costituiscono, in tal senso, applicazioni concrete di una assunzione di responsabilità integrata e connessa alle tre dimensioni dello sviluppo sostenibile (economica, sociale e ambientale) che risponda e si adatti alle condizioni locali e che preveda un coordinamento tra i settori strettamente connessi all'agricoltura (allevamento, pratiche agricole e forestali, pesca) e ai settori energia e acqua, al fine di potenziare sinergie e ottimizzare l'uso delle risorse naturali e la conservazione degli ecosistemi⁶⁵.

Nell'ambito dell'Unione Europea, almeno a livello programmatico, tali pratiche sono disciplinate nella Politica Agricola Comune (PAC)⁶⁶, nella parte

⁶¹ V. nota 43.

⁶² S. R., GLIESSMAN, E. ENGLER, R. KRIEGER, *Agroecology: ecological processes in sustainable agriculture*, 1998; S. R. GLIESSMAN, *Agroecology and agroecosystems*, in *Agroecosystems analysis*, 43, 2004, 19-29; ID., *Defining agroecology*, in *Agroecology and Sustainable Food Systems*, 42(6), 2018, 599-600; ID., *Transforming food and agriculture systems with agroecology*, in *Agriculture and Human Values*, 37(3), 2020, 547-548.

⁶³ FAO Report, "Climate-Smart" Agriculture Policies, Practices and Financing for Food Security, *Adaptation and Mitigation*, 2010, cit.

⁶⁴ S. STERLING, *At variance with reality: How to re-think our thinking*, in *Journal of Sustainability Education Vol. 6*, 2014, 1-10.

⁶⁵ In dottrina si vedano F. ROSSI, C. CHIECO, A. DALLA MARTA, R. STEFANSKI, *Verso una agricoltura Climate Smart: accordi e attività internazionali*, in *Geogofili: quaderni I*, Firenze, 2019, 39-45. M. TAYLOR, *Climate-smart agriculture: what is it good for?*, in *The Journal of Peasant Studies*, 45(1), 2018 89-107; A. CHANDRA, K.E. MCNAMARA, K. E., DARGUSCH, *Climate-smart agriculture: perspectives and framings*, in *Climate Policy*, 18(4), 2018, 526-541; L. LIPPER, N. MCCARTHY, D. ZILBERMAN, S. ASFAW, G. BRANCA, *Climate smart agriculture: building resilience to climate change*, 2017, 630. Springer Nature; L. LIPPER, THORNTON, B. M. CAMPBELL, T. BAEDEKER, A. BRAIMOH, M. BWALYA, CARON, A. CATTANEO, D. GARRITY, K. HENRY, R. HOTTE, L. JACKSON, A. JARVIS, F. KOSSAM, W. MANN, N. MCCARTHY, A. MEYBECK, H. NEUFELDT, T. REMINGTON, PHAM THI SEN, R. SESSA, R. SHULA, A. TIBU, E. F. TORQUEBLAU, *Climate-smart agriculture for food security*, in *Nature Clim Change*, 4, 2014, 1068-1072; B.M. CAMPBELL, THORNTON, R. ZOUGMORÉ, VAN ASTEN, L. LIPPE, *Sustainable intensification: What is its role in climate smart agriculture?*, in *Current Opinion in Environmental Sustainability*, 8, 2014, 39-43. Per un'applicazione delle pratiche *climate smart* agli oceani si vedano D. TITENSOR, M. BEGER, K. BOERDER; D. G. BOYCE, R.D. CAVANAGH, A. COSANDEY-GODIN, B. WORM, *Integrating climate adaptation and biodiversity conservation in the global ocean*, in *Science Advances*, 5(11), 2019, 69-99.

⁶⁶ Sulla PAC si veda il sito ufficiale: https://ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/key-policies/common-agricultural-policy_it ultimo accesso 26.04.2022.

in cui l'Unione Europea si assume l'impegno di assicurare interventi volti alla trasformazione del sistema agroalimentare in chiave agroecologica⁶⁷. Ad oggi, tuttavia, gli interventi per la promozione di tali pratiche sono ancora lacunosi e poco coordinati. Ad avviso degli esperti di PAC e agroecologia, sebbene l'integrazione di tali pratiche nella PAC costituisca un segnale positivo della volontà di dare risposte concrete alla necessità di porre in essere azioni di responsabilità ambientale, sono necessarie concrete riforme politiche e istituzionali, a livello europeo e nazionale, affinché le alternative agroecologiche siano rese equamente e ampiamente accessibili e si moltiplichino, in modo da raggiungere effettivamente gli obiettivi della sostenibilità⁶⁸.

6. *Un caso di studio*

Il caso di studio qui illustrato riguarda un'indagine empirica interdisciplinare di pratica agroecologica applicata al mare, condotta con lo specifico intento di offrire una risposta concreta ed integrata alle sfide della sostenibilità poste dagli SDGs 2,3, 12, 13 e 14 sopraenunciati⁶⁹. Il caso si localizza geograficamente nell'area costiera della Norvegia settentrionale, al punto di convergenza tra il Mar di Norvegia e il Mare di Barents (cosiddetto Oceano Artico Europeo)⁷⁰, sulle coste della contea di Troms og Finnmark (contea della regione indigena Sápmi: Romsa ja Finnmarku)⁷¹.

L'area costiera è caratterizzata da fattori, quali l'estesa copertura glaciale e le variazioni estreme delle condizioni di radiazione luminosa, che permettono lo sviluppo di ecosistemi marini unici al mondo. I cicli di gelo e disgelo favoriscono la formazione di habitat ricchi, vicino alla superficie illuminata del mare. I vasti altipiani sottomarini continentali creano mari estesi poco profondi, come il Mare di Barents, in cui l'acqua dolce dei fiumi che si immettono nel mare crea le condizioni salmastre

⁶⁷ Si veda sul punto lo studio di F. VANNI, L. VIGANO', A. POVELLATO, D. LONGHITANO, NINO, D. MARANDOLA, *Agroecologia e PAC. Un'analisi degli strumenti della programmazione post 2022*, Documento realizzato nell'ambito del Programma Rete Rurale Nazionale 2014-20 Piano di azione biennale 2019-20 Scheda progetto CREA 5.2 "Azioni per l'agricoltura biologica", 2020, 1-64.

⁶⁸ *Ibidem*, 62.

⁶⁹ V. 1. *Introduzione*.

⁷⁰ M. WALDAY, *L'Oceano Artico*, Edizione Italiana a Cura di Arpa Lombardia, 2001, 1-23. Sulle caratteristiche geofisiche dell'Oceano Artico ed altresì sui drammatici cambiamenti climatici nell'area si veda lo studio di M. L. DRUCKENMILLER, T.A. MOON, R. L., THOMAN, T.J. BALLINGER, L.T. BERNER, G. H. BERNHARD, U.S. BHATT, J. W. BJERKE, J. E. BOX, R. BROWN, J. CAPPELEN, H. CHRISTIANSEN, B. DECHARME, R. ZIEL, *The Arctic*, in *Bulletin of the American Meteorological Society*, 102(8), 2021, 263-316.

⁷¹ Per una mappa dell'area costiera e anche dei confini della regione Sápmi si rinvia a M. POTO, M. MOREL, cit., 5065.

tipiche dell'estuario⁷². I produttori primari in queste acque marine costiere sono 200-300 specie di organismi vegetali microscopici chiamati fitoplancton, dei quali la metà è costituita da diatomee⁷³. Se il periodo di fioritura del fitoplancton coincide temporalmente con il pascolo del plancton animale (zooplancton), quasi tutta la fioritura viene utilizzata come cibo, mentre quando ciò non accade la maggior parte di tale fioritura, non utilizzata nella catena alimentare pelagica, viene persa e immagazzinata sul fondo del mare⁷⁴. Lo zooplancton è caratterizzato da poche specie dominanti: in particolare i crostacei costituiscono il gruppo numericamente dominante, e tra questi i copepodi del genere *calanus* hanno un ruolo chiave negli ecosistemi artici⁷⁵. Il *Calanus finmarchicus*, per esempio, è una specie caratteristica delle coste del nord della Norvegia ed è la più importante nel processo di generazione di biomassa, con un ruolo ecologico fondamentale: è il nutrimento principale di aringhe, capelan, merluzzi e altri organismi marini che si alimentano con il plancton⁷⁶.

All'interno di questo contesto, e con l'obiettivo di offrire una risposta concreta proveniente dall'ambiente marino alle sfide della sostenibilità poste dall'Agenda, il gruppo di ricerca del progetto SECURE si è proposto di studiare le pratiche di raccolta delle specie marine (produttori primari delle aree costiere), la composizione degli elementi nutritivi e dei contaminanti in tali specie, ed i loro effetti sul microbioma gastrointestinale e sulla salute cardiometabolica animali e umani.⁷⁷ In aggiunta allo studio delle proprietà terapeutiche e farmaceutiche di tale biomassa marina (i cui menzionati effetti sul microbioma gastrointestinale e sulla salute cardiometabolica contribuirebbero alla cura dell'aterosclerosi), il progetto si prefigge di studiarne le proprietà nutrizionali. La biomassa marina artica oggetto di studio, infatti, offrirebbe nuovo apporto nutrizionale quantitativamente e qualitativamente rilevante per nutrire la popolazione mondiale crescente.

Tali proprietà terapeutiche, farmaceutiche e nutrizionali si aggiungerebbero ai benefici ambientali: la raccolta della biomassa marina infatti costituirebbe una pratica alternativa e sicuramente sostenibile che aiuterebbe a contrastare il fenomeno dell'*overfishing*⁷⁸, anche noto in italiano come sovra-pesca, consistente

⁷² S. G. DENISENKO, *Structurally-functional characteristics of the Barents Sea zoobenthos*, in *Proc. Zool. Inst. Russ. Acad. Sci.*, 300, 2004, 43-52.

⁷³ E. E. SYVERTSEN, *Ice algae in the Barents Sea: types of assemblages, origin, fate and role in the ice-edge phytoplankton bloom*, in *Polar Research*, 10(1), 1991, 277-288.

⁷⁴ K. R. ARRIGO, D. K. PEROVICH, R.S. PICKART, Z.W. BROWN, G. L. VAN DIJKEN, K. E. LOWRY, J. H. SWIFT, *Massive phytoplankton blooms under Arctic sea ice*, in *Science*, 336 (6087), 2012, 1408-1408.

⁷⁵ I. H. ELLINGSEN, DALPADADO, D. SLAGSTAD, H. LOENG, *Impact of climatic change on the biological production in the Barents Sea*, in *Climatic change*, 87(1), 2008, 155-175.

⁷⁶ G. ARNKVÆRN, M. DAASE, K. EIANE, *Dynamics of coexisting Calanus finmarchicus, Calanus glacialis and Calanus hyperboreus populations in a high-Arctic fjord*, in *Polar Biology*, 28(7), 2005, 528-538.

⁷⁷ M. POTO, E.O. ELVEVOLL, M. A. SUNDSET, K. E. EILERTSEN, M. MOREL, I.J. JENSEN, *Suggestions for a Systematic Regulatory Approach to Ocean Plastics*, in *Foods*, 10(9), 2021, 2197.

⁷⁸ Sull'efficacia di misure *science-based* per prevenire e limitare il fenomeno dell'*overfishing*,

nel depauperamento delle risorse ittiche causato da un'eccessiva e irrazionale attività di pesca⁷⁹. In tal senso, unitamente all'obiettivo generale di offrire una risposta sistematica e interdisciplinare alle sfide dell'Agenda, il gruppo di ricerca si propone di raggiungere i sopracitati SDGs 2, 3, 12, 13 e 14⁸⁰. Il gruppo di ricerca interdisciplinare (composto da biologi, esperti di alimentazione e giuristi ambientali) ha pertanto sviluppato approcci di ricerca all'avanguardia nelle diverse discipline coinvolte in condizioni di incertezza scientifica (incertezza che si presenta laddove le ipotesi formulate debbono essere testate su più fronti e probabilmente saranno verificate solo alla fine del progetto)⁸¹, offrendo spunti per risolvere, attraverso soluzioni di ricerca innovative, le sfide complesse in materia di sostenibilità, quali la protezione dell'ambiente marino, la sicurezza alimentare (nella duplice accezione di *food security* e *food safety*), la salute umana e animale.

La prima parte del progetto ha assunto connotazioni etico-giuridiche, concentrandosi sulla necessità di sviluppare una matrice che includa concettualmente gli obiettivi dell'Agenda 2030 e dei suoi 17 SDGs da una prospettiva giuridica, da un lato, e che consenta di ridefinire ed estendere le pratiche agroecologiche provenienti dal sistema marino, dall'altro. La ricerca, in questa prima fase, ha condotto ad una mappatura sistematica delle interazioni degli SDGs, sviluppando un quadro concettuale critico come chiave di lettura per le interazioni degli SDGs e per l'ottimizzazione delle pratiche agroecologiche della *smart agriculture*⁸². L'applicazione dell'approccio sistemico a tali pratiche ha aperto la porta a riflessioni su approcci regolatori integrati applicati all'oceano⁸³. Nel dettaglio, il quadro concettuale critico integra riflessioni del pensiero sistemico applicandole alle scienze giuridiche, prevedendo il coinvolgimento attivo del legislatore, a cui spetterebbe il compito di regolamentare un sistema nel quale a specifici blocchi o sistemi

anche noto come sovra-pesca, in un caso di studio applicato agli Stati Uniti, si veda: R. D. METHOT JR, G. R. TROMBLE, D. M. LAMBERT, K. E. GREENE, *Implementing a science-based system for preventing over-fishing and guiding sustainable fisheries in the United States*, in *ICES Journal of Marine Science*, 71(2), 2014, 183-194. Sulla necessità di strategie alternative alla pesca per raggiungere il Good Environmental Status (GES) del mare del Nord: C. LYNAM, S. MACKINSON, *How will fisheries management measures contribute towards the attainment of Good Environmental Status for the North Sea ecosystem?*, in *Global Ecology and Conservation*, 4/2015, 160-175.

⁷⁹ WILLIAMSON, C. M. TURLEY, *How can we minimise negative effects on ocean health? Policy card E1-E2. AVOID and UKOA programmes*, 2016, 1-2.

⁸⁰ Per maggiori dettagli si rinvia al paragrafo 1. *Introduzione*.

⁸¹ C. BATTISTONI, C. GIRALDO NOHRA, S. BARBERO, *A systemic design method to approach future complex scenarios and research towards sustainability: A holistic diagnosis tool*, in *Sustainability*, 11, 2019, 4458.

⁸² I risultati scientifici della mappatura e sistematizzazione sono riportati nell'articolo M. POTO, *A conceptual framework for complex systems at the crossroads of food, environment, health, and innovation*, *Sustainability*, 12(22), 2020, 9692.

⁸³ M. POTO, *A conceptual framework for complex systems at the crossroads of food, environment, health, and innovation*, cit., 2020, 9693.

è connesso il raggiungimento di obiettivi di sviluppo sostenibile⁸⁴. I cosiddetti blocchi si identificano con il sistema alimentare, il sistema ambientale, e la salute, e ciascuno di questi blocchi è connesso ad un obiettivo, che corrisponde ad un SDG: “Here the blocks are the food, health, environment, innovation and growth systems, and the objectives are the achievement of food security, good health, and environmental protection, through smart and innovative solutions”⁸⁵. In una prospettiva *de jure condendo*, la proposta del team di ricerca è stata quella di individuare il ruolo attivo del legislatore nel tenere conto di detti blocchi ed obiettivi, e disciplinare pratiche agroecologiche sulla base di tale matrice: “Devising laws that take account of such blocks and objectives and of their interactions can enable the conceptualization of climate-smart practices, supporting their eventual scaling up – and ultimately resulting in the achievement of interconnected SDG goals and broader socio-ecological welfare”⁸⁶. Disciplinare normativamente ripartendo blocchi (o materie) e obiettivi potrebbe essere un primo passo per inquadrare le pratiche agroecologiche dal punto di vista normativo e dunque facilitarne l’implementazione su vasta scala, offrendo una risposta anche giuridica alla necessità di offrire soluzioni integrate alle sfide complesse della sostenibilità⁸⁷.

Su tali premesse teoriche, la seconda fase della ricerca giuridica del gruppo SECURE ha esplorato la possibilità di applicare al pensiero sistemico attraverso la chiave di lettura dell’ecologia profonda ed integrale. Lo studio di Næss sulle profonde interconnessioni tra elementi umani ed extra-umani è stato integrato, in questa seconda fase progettuale, con le riflessioni espresse nell’Enciclica di Papa Francesco ‘Laudato Si’⁸⁸. Che la Terra sia la nostra casa comune, della quale occorre collettivamente prendersi cura, è anche stato espresso più volte dal Pontefice, promotore del movimento dell’ecologia integrale, teorizzata nell’Enciclica *Laudato Si’* del 2015. L’ecologia integrale, nelle parole di Papa Francesco, è un invito a rispondere al grido della terra e a quello dei poveri, attraverso una visione integrale della vita, sul presupposto che “tutto nel mondo è connesso e che [...] siamo interdipendenti gli uni dagli altri, e anche dipendenti dalla nostra madre terra. Da tale visione deriva l’esi-

⁸⁴ Applicando, in tal modo, una chiave di lettura giuridica alle riflessioni sul pensiero sistemico soft di Peter Checkland, che studiò la rilevanza di risolvere problemi scientifici complessi attraverso l’individuazione di blocchi o sistemi all’interno del problema e ricollegando ciascun blocco ad un obiettivo da perseguire: si veda, per esempio, la sua opera più recente: CHECKLAND, J. POULTER, *Soft systems methodology*, in *Systems approaches to making change: A practical guide*, 2020, 201-253.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*, 9694.

⁸⁷ Il diritto amministrativo ambientale, ad avviso di chi scrive, può contribuire a rispondere a tale necessità. Sull’importanza di prevedere misure che facilitino lo *scaling up di best environmental practices* attraverso soluzioni integrate si rinvia a G. J. EDGAR, A.E. BATES, T. J. BIRD, A. H., JONES, S. KININMONTH, R. D. STUART-SMITH, T. J. WEBB, *New approaches to marine conservation through the scaling up of ecological data*, in *Annual Review of Marine Science*, 8/2016, 435-461.

⁸⁸ PAPA FRANCESCO, *Laudato Si’: Enciclica sulla cura della casa comune*, 2016, Le vie della Cristianità.

genza di cercare altri modi di intendere il progresso e di misurarlo, senza limitarci alle sole dimensioni economica, tecnologica, finanziaria e al prodotto lordo, ma dando un rilievo centrale alle dimensioni etico-sociali ed educative⁸⁹. Di qui l'idea che la crisi ecologica sia anche e soprattutto il riflesso di una crisi sociale e come tale vada affrontata collettivamente⁹⁰. In sostanza, il modello dell'ecologia integrale applicato alle sfide della sostenibilità contribuisce allo sviluppo ed all'applicazione di approcci globali e integrati, confermando la necessità etico-giuridica di proteggere i diritti della terra, nei suoi elementi umani ed extra-umani⁹¹.

La terza fase della ricerca ha avuto ad oggetto l'intersezione di tale modello con una delle sfide ambientali del nostro tempo, rappresentata dall'inquinamento marino da microplastiche. La matrice giuridica costruita nei primi due livelli è stata testata per offrire una soluzione al problema posto dalle microplastiche: anche qui, il gruppo di ricerca ha convenuto che solo attraverso soluzioni normative *ad hoc*, integrate e sistematizzate all'interno di un quadro di *governance* ambientale multilivello, sia possibile trovare risposte effettive all'emergenza causata dall'inquinamento marino da plastiche⁹².

In conclusione, soluzioni quali quella ricercata nel progetto SECURE molto probabilmente porterebbero a consolidare lo sviluppo sostenibile delle pratiche agroecologiche marine e terrestri. Dalla ricerca svolta emerge come il modello da perseguire, ancora una volta, sia il risultato di una integrazione sistemica di diversi elementi: le pratiche ecologiche e sostenibili, infatti, sono il risultato dell'interpretazione e della comunicazione della conoscenza proveniente da diverse discipline scientifiche (biologia, scienze alimentari e scienze giuridiche) per una migliore gestione ecosistemica delle risorse biologiche marine. Tale collaborazione scientifica conduce allo sviluppo di modelli predittivi basati su un'analisi integrata multi-specie di dati biologici, strutture delle reti trofiche, dati ambientali e impatti antropici, e impone uno studio interdisciplinare sull'adeguamento della legislazione europea, nazionale e regionale a loro favore. Un tale studio e sviluppo di modelli predittivi, integrando tutti gli attributi della sostenibilità, contribuisce, a parere di chi scrive, al miglioramento delle condizioni ambientali, paesaggistiche, ecologiche, sociali, culturali ed economiche delle comunità costiere, indirizzando verso una crescita blu (*blue growth*)⁹³ effettivamente sostenibile.

⁸⁹ PAPA FRANCESCO, *op. cit.*

⁹⁰ PICCARI, *Il predominio della specie umana e i diritti degli animali non umani*, in *Humanity: tra paradigmi perduti e nuove traiettorie, Au dedans, au dehors*; 13, Roma, 2020, 327-342.

⁹¹ In tal modo, diritti della natura e diritti umani divengono oggetto di responsabilità di una tutela integrale da parte del diritto amministrativo. Sulla necessità che il diritto amministrativo garantisca tale tutela effettiva piena ed integrale si veda M. IMMORDINO, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in *federalismi.it*, 2014.

⁹² M. POTO, E.O. ELVEVOLL, M. A. SUNDSET, K. E. EILERTSEN, M. MOREL, I.J. JENSEN, *Suggestions for a Systematic Regulatory Approach to Ocean Plastics*, cit., 2021, 2197.

⁹³ Similmente, ma con riferimento alle pratiche marine ecologiche italiane, si veda G. SARÀ,

7. Conclusioni

Dall'analisi svolta emerge la necessità di affrontare le sfide della sostenibilità a più livelli, attraverso lo studio e la promozione di azioni integrate. Si è analizzato, in particolare, il ruolo centrale che l'Agenda svolge nel guidare verso il raggiungimento di obiettivi interconnessi. Dall'analisi della struttura dell'Agenda si è poi osservato come le scienze, ed in particolare le scienze giuridiche, svolgano un ruolo importante nella definizione degli strumenti operativi per l'implementazione delle disposizioni di principio. Tra detti strumenti, è stata in particolare analizzata la categoria etico-giuridica della responsabilità, che include i doveri umani verso l'ambiente. La narrativa della responsabilità è stata poi tradotta in termini pratici, attraverso lo studio delle pratiche agroecologiche. La regolamentazione di tali pratiche è ancora di carattere programmatico: si auspica pertanto che tali regole a maglie larghe possano trovare una effettiva applicazione attraverso misure di implementazione della PAC. La trattazione si è poi soffermata su un caso di specie di pratica agroecologica applicata all'ambiente marino. Dal caso analizzato, emerge come le pratiche agroecologiche debbano essere studiate e implementate con approcci interdisciplinari e sistemici.

Due brevi riflessioni meritano di essere brevemente condivise a conclusione della presente ricerca. In primo luogo, si osserva come gli obiettivi dello sviluppo sostenibile rappresentino una bussola anche per gli studi di diritto amministrativo ambientale, indicandone i nuovi orizzonti: il bene comune e l'interesse pubblico emergono, a partire dal 2015, dalla filigrana dei 17 SDGs dell'Agenda quale sistema interconnesso di obiettivi da raggiungere per la tutela del pianeta, delle persone, della prosperità, della pace e nel rispetto del principio di cooperazione. Nel perseguimento di tali obiettivi, il diritto amministrativo viene criticamente rivisitato, le dinamiche tra stato/autorità e cittadini vengono rilette in chiave di relazioni integrate ed equidistanti, e l'impianto dei diritti e doveri mette in luce la necessità di ripensare alla responsabilità giuridica attraverso soluzioni concretamente implementabili. In secondo luogo, l'applicazione di una chiave di lettura sistemica degli obiettivi di sviluppo sostenibile ripropone un tema caro agli studiosi di diritto amministrativo e in particolare alla scuola che si rifà al pensiero di Feliciano Benvenuti⁹⁴. Secondo Benvenuti, la metodologia giuridica in generale, e il diritto amministrativo in particolare, devono seguire ed ispirarsi al metodo di

Verso le nuove sfide dell'acquacoltura italiana attraverso una visione proattiva ed ecosistemica in un contesto di cambiamento globale, in *Biologia Marina Mediterranea*, 23(1), 2016, 122. Sulla *blue growth* si veda A. M. EIKESSET, A. B. MAZZARELLA, B., DAVIDSDÓTTIR, D.H. KLINGER, S.A. LEVIN, E. ROVENSKAYA, N.C. STENSETH, *What is blue growth? The semantics of "Sustainable Development" of marine environments*, in *Marine Policy*, 87, 2018, 177-179.

⁹⁴ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, 122.

indagine scientifico⁹⁵. Le riflessioni qui sviluppate, sulla necessità di adottare un metodo scientifico nella lettura degli obiettivi di sviluppo sostenibile da un lato, e sulla necessità di mappare risposte concrete nel campo dell'agroecologia dall'altro, offrono ragioni per sperare che l'auspicio di Benvenuti si stia realizzando proprio grazie alla vocazione sistemica e integrata promossa dall'Agenda 2030. Si è visto, infatti, come da un lato, la scienza riempia di contenuto le decisioni giuridiche (ambientali), influenzandone il metodo; assistendo dall'altro, all'evoluzione del diritto amministrativo ambientale nella direzione dell'arricchimento del dibattito scientifico sul tema della sostenibilità. La scienza, grazie all'influenza delle riflessioni etico-giuridiche, si confronta pertanto oggi con tematiche connesse al concetto di responsabilità, individuale e collettiva, di proteggere, custodire, ristorare la natura, e in generale di dare risposte concrete alle sfide ambientali del nostro tempo. In una tale ottica, e nel quadro sistemico disegnato dall'Agenda 2030, l'interazione tra diritto amministrativo e scienze ambientali realizza quanto auspicato da Benvenuti: diritto e scienza sono intimamente connessi, influenzandosi a vicenda.

In conclusione, sebbene la strada verso il raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda appaia ancora in salita, conforta riscontrare che il diritto amministrativo ambientale svolge un ruolo importante nel contribuire all'accrescimento della consapevolezza dell'esigenza indifferibile di prendersi cura della Terra e dei suoi abitanti.

⁹⁵ Ibid., 123.

Abstract

Le sfide complesse poste dalla sostenibilità richiedono di essere affrontate attraverso approcci interdisciplinari integrati, che affianchino all'analisi scientifica ed etico-giuridica la prospettazione di soluzioni concrete, tempestive ed efficaci. Lo studio offre un inquadramento giuridico e un esempio concreto alle complesse necessità poste dall'Agenda 2030 sullo Sviluppo Sostenibile. Partendo dall'analisi della prima parte dell'Agenda, l'articolo esplora la possibilità di configurare il rispetto degli obiettivi dello sviluppo sostenibile attraverso l'etica della responsabilità ambientale, il sistema dei diritti e dei doveri, e l'osservanza di pratiche virtuose di agroecologia. Il caso concreto, espressione di pratica agroecologica applicata al mare, mostra un esempio di come la biomassa marina della Norvegia settentrionale possa al contempo offrire una risposta alla sfida posta dalla necessità di raggiungere la sicurezza alimentare, tutelando l'ambiente e la salute umana.

How to Achieve Food Security and Improved Nutrition by Protecting Environment and Human Health: Solutions from Administrative Environmental Law and A Case Study Addressing the Sustainability Challenges within the framework of the Agenda 2030

The complex sustainability challenges need to be addressed through integrated interdisciplinary approaches, combining science, law and ethics with concrete, timely, and effective solutions. The study offers a legal framework and a case study to the needs posited by the Agenda 2030 on Sustainable Development. Starting from the analysis of the first part of the Agenda, the article unfolds by exploring the possibility to define environmental compliance by means of environmental responsibility, environmental duties, and the virtuous case of agroecology. The case study focuses on a climate smart practice applied to the sea, and delves into the environmental, nutritional and health benefits of the marine biomass from Northern Norway.

La protezione del diritto alla salute per i minori stranieri non accompagnati tra integrazione sociosanitaria e profili di tutela

di Maria Camilla Spena

SOMMARIO: 1. Riflessioni introduttive: la nuova dimensione del diritto alla salute. – 2. Flussi migratori e misure di accesso ai servizi sociosanitari. – 3. MSNA e crisi pandemica. – 3.1. Il ruolo del tutore volontario. – 4. Il conflitto tra diritti e libertà nell'autodeterminazione del minore: il problema del consenso informato. – 5. Conclusioni minime e prospettive di sviluppo.

1. *Riflessioni introduttive: la nuova dimensione del diritto alla salute*

La pandemia¹ da Covid-19 ha progressivamente cambiato il modo attraverso cui leggere le dinamiche del sistema² e, con esso, ha ridefinito le categorie dommatiche grazie alle quali i cittadini comunicano³ i loro bisogni e disagi. Il diritto alla salute è apparso, oggi più di ieri, un necessario canale di indagine, un concetto da riempire di significati molteplici e attuali sganciati da visioni tradizionaliste, guardando alla salute come categoria “mobile” capace di contribuire alla realizzazione della persona e al suo benessere psico-fisico purché in armonia con quanto disciplinato dai Padri Costituenti.

L'analisi di come la legislazione emergenziale abbia influito sul fondamentale diritto alla salute e sul rischio di aggravare l'esclusione e la discriminazione per quelle categorie di individui particolarmente deboli, non può prescindere, pertanto, dal dettato costituzionale che all'art. 32 (facente parte del nucleo duro della Costituzione)⁴ attribuisce alla Repubblica il dovere positivo di porre in essere le azioni e di organizzare i servizi necessari ad assicurare il diritto alla salute, qualificato come «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività». Parlare di diritto individuale e interesse collettivo significa esprimere la consapevolezza del legame indissolubile esistente tra salute e persona, tra indi-

¹ Per un approfondimento sul tema dal punto di vista scientifico e psicologico, si v. M. BOLOGNA, A. LEPIDI, *Covid-19. Virologia e Patologia*, Torino, 2020; I. CAPUA, *Il dopo. Il virus che ci ha costretto a cambiare mappa mentale*, Milano, 2020; C. GAMBERALE, *Come il mare in un bicchiere*, Milano, 2020.

² P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile su <http://www.osservatoriosullefonti.it>; S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, 2020.

³ Sulla costruzione del linguaggio giuridico per la comunicazione tra consociati all'interno della società civile, si v. N. IRTI, *Riconoscersi nella parola*, Bologna, 2020.

⁴ Si v. per approfondire, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2022; P. GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2005.

viduo e dimensione collettiva, quale presupposto per l'autodeterminazione del singolo all'interno della società civile. Nello scenario pre-costituzionale, invece, l'intervento pubblico in materia sanitaria aveva una funzione prevalentemente igienico-preventiva, perché i regimi totalitari si basavano sulla subordinazione della persona allo Stato sovrano, limitando il concetto di salute e le sue possibili traiettorie di sviluppo. La rigidità del binomio salute-malattia e di una concezione eminentemente biologica della salute collegata alla sola integrità fisica e funzionale del corpo e della mente è stata messa in discussione solo con l'affermarsi di una visione personalistica del sistema costituzionale e con l'emergere di sensibilità specifiche a livello sovranazionale. Il legame, sia pure non strettamente funzionale, tra individuo e collettività/comunità⁵ individua un preciso sistema di valori di riferimento all'interno del quale la dimensione sociale assume un ruolo predominante nella crescita dell'individuo. L'art. 2 della Costituzione, infatti, nel valorizzare le formazioni sociali – quali sede per lo sviluppo della persona – recepisce la duplice opzione del principio, ad un tempo, personalista e pluralista: il singolo sperimenta sé stesso proprio attraverso la dimensione relazionale, divenendone un'articolazione necessaria per quanto definito nella sua autonomia ed unicità. Si tratta di un fattore determinante non solo delle dinamiche dell'ordinamento giuridico ma anche del processo decisionale di cui i provvedimenti adottati sono la manifestazione esteriore. Questa prospettiva condiziona la lettura di tutti i principi che gravitano intorno alla persona e che concorrono alla definizione della stessa, compreso il diritto alla salute. A questo, si aggiunge la dimensione europea, dalla quale non si può prescindere se consideriamo la fisionomia costituzionale del rapporto tra diritto interno e diritto esterno così come delineata dall'art. 117 co. 1 della Costituzione nella versione entrata in vigore dopo la riforma costituzionale (legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3). L'attenzione alla "persona", avvertita sul piano sovranazionale anche e soprattutto dopo l'entrata in vigore della CEDU (Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo), diventa il momento dal quale indagare le nuove sfumature che caratterizzano il diritto alla salute e le nuove modalità di trattazione del tema con particolare riguardo a quelle categorie sociali maggiormente meritevoli di tutele.

La tutela del diritto alla salute si carica di profili problematici se calato nella complessità dei fenomeni migratori e nel tentativo di garantire misure di protezione ai minori stranieri non accompagnati. Le misure adottate per fronteggiare l'emergenza coronavirus hanno determinato un peggioramento della situazione in cui versano migranti e richiedenti asilo, spesso fuori dai percorsi di accoglienza

⁵ Per una più ampia disamina del tema, si v. R. FERRERO CAMOLETTO, *Una vecchia storia: il processo di individualizzazione nella seconda modernità*, in *Quaderni di Sociologia*, 2003, 32; A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *federalismi.it*, 2013, 17; GOODMAN, ADAMO (a cura di), *Individuo e comunità*, trad. G. LOGOMARSINO, Milano, 2014; M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana: art. 2*, Roma, 2017; ALVEZZI DEL FRATE, *Individuo e comunità. Considerazioni storico-giuridiche sull'individualismo*, Torino, 2020.

za, ammassati in luoghi in cui è molto complicato rispettare le misure igieniche e di distanziamento sociale, e dove spesso mancano strumenti di protezione, senza contare la difficoltà ad accedere al servizio sanitario per chi è sostanzialmente invisibile. Nonostante gli appelli delle Organizzazioni internazionali⁶ per un approccio inclusivo nei confronti dei migranti e rifugiati, capace di proteggere i diritti alla vita e alla salute di ogni singolo individuo, appare evidente l'inefficienza dei piani sanitari nazionali emergenziali nel garantire a queste categorie di individui parità di accesso ai servizi sanitari. L'inclusione, che è un valore ispiratore dell'azione europea, permette non solo di proteggere i diritti di rifugiati e migranti, ma anche di tutelare la salute pubblica e contenere la diffusione globale del COVID-19⁷.

La questione dei flussi migratori, quindi, pone un problema sui temi dell'accoglienza e dell'assistenza sanitaria e sociosanitaria degli stranieri che, in numero sempre crescente, sbarcano in Italia, con particolare riguardo alla figura dei minori non accompagnati⁸. Si tratta di soggetti che si trovano in condizioni di estrema vulnerabilità tenuto pure conto delle dinamiche legate alla pandemia da Covid-19⁹ che ha inciso profondamente sui temi della legislazione delle attuali

⁶ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'appello congiunto presentato – alla vigilia del lancio del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo presentato dalla Commissione Europea (COM/2020/609 final) – da OIM (Organizzazione Internazionale per le Migrazioni) e dall'UNHCR (Agenzia ONU per i Rifugiati) nel settembre 2020 al fine di promuovere un approccio comune sugli aspetti relativi alla *governance* delle questioni migratorie, ulteriormente compromesse dall'emergenza pandemica o ancora al comunicato stampa congiunto UNHCR/OIM (aprile 2021) sull'urgenza di definire azioni atte ad impedire il crescente numero di vittime nel Mediterraneo centrale.

Si rinvia, in questa sede – sempre a titolo esemplificativo – anche all'appello dell'Alto commissario dell'ONU per i rifugiati in occasione del settantesimo anniversario della Convenzione di Ginevra per i rifugiati – novembre 2021 – sulla necessità di prevedere un sostegno più incisivo per una gestione più efficace dei flussi migratori capace di mitigare eventuali strumentalizzazioni dei migranti per scopi politici (si v. situazione migranti al confine con la Bielorussia). L'Alto commissario, in quella circostanza, ha ribadito la necessità che l'UE faccia di più per difendere lo stato di diritto *per essere ancora un esempio per gli altri*.

⁷ La riduzione dell'accoglienza ai soli richiedenti asilo ha causato una drastica diminuzione di un'accoglienza di qualità, anche e soprattutto sotto un profilo igienico-sanitario dei luoghi e degli spazi ad essa dedicata.

⁸ Cfr. M.R. SPASIANO, *Principi sull'immigrazione*, in F. ASTONE, F. MANGANARO, A. R. TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Soveria Mannelli, 2009; G.M. GIUFFRÈ, *Il regime di assistenza sanitaria dei minori stranieri non accompagnati alla luce della legge n.47 del 2007*, in *Osservatorio di diritto sanitario*, 2017 su www.federalismi.it.

⁹ Si v. il Report di *Protecting Rights at Borders* (PraB) pubblicato ad aprile 2021 (*prab-report-january-may-2021_final_10052021.pdf*), riporta le testimonianze di respingimenti illegali di migranti e rifugiati da parte della polizia di frontiera lungo i confini monitorati (Italia-Francia, Italia-Slovenia, Serbia-Romania, Grecia-Turchia, Croazia-Bosnia). Ad essere vittima di questi trattamenti sono soprattutto gli uomini, ma nel 13% anche bambini. A differenza dell'Italia, altri contesti europei,

policiis italiane ed europee. Il cuore della questione riguarda proprio la tutela del diritto alla salute, principio fondamentale degli ordinamenti costituzionali nazionali dell'UE nonché criterio di ponderazione e bilanciamento dei valori ad esso sottostanti (diritto al lavoro, all'istruzione etc.). L'ampiezza del principio personalista tracciata all'interno di un ordinamento fondato sull'uguaglianza sostanziale trova oggi spazio anche all'interno del sistema multilivello dei diritti e anzi ne costituisce un tratto imprescindibile. L'attenzione al fenomeno migratorio acquista ancor più valenza se connesso alla centralità della persona all'interno dell'ordinamento giuridico, persona intesa come paradigma di sintesi di una pluralità di valori costituzionalmente protetti, tra cui la salute assume un valore dirimente e, con essa, la dignità della persona. È proprio nella dimensione dinamico-relazionale¹⁰ del diritto alla salute che si coglie la peculiarità dei profili legati alla tutela dei minori stranieri non accompagnati, una figura che attraverso l'apparato normativo, che di qui a poco sarà analizzato, trova la sua definizione sociale. Il problema non è solo capire come accedere ai trattamenti sanitari in senso stretto, quindi legati ad una concezione classica di salute, ma anche come potenziare i processi di integrazione dei minori stranieri non accompagnati all'interno di un tessuto normativo non sempre garantista sul piano dell'inclusione sociale.

2. *Flussi migratori e misure di accesso ai servizi sociosanitari*

Il Legislatore italiano, a differenza di altri Paesi dell'Unione Europea, offre una maggiore tutela nei confronti dei minori stranieri non accompagnati (MSNA) – rispetto agli adulti e ai minori accompagnati dai loro familiari o da altri soggetti per loro legalmente responsabili – sotto il profilo del diritto di ingresso e di soggiorno, prevedendo misure volte ad agevolare il processo di integrazione. La *ratio* della tutela risiede nell'attenzione alla loro giovane età e, quindi, al tasso di maggiore vulnerabilità degli stessi che certamente risente dello stress psico-fisico subito dal minore al momento del suo arrivo nel Paese

come l'Austria, il Belgio, la Germania, l'Olanda e la Svezia, prevedono un sistema più rigoroso di respingimento alla frontiera anche nei confronti del minore straniero non accompagnato. Bénédicte Jeannerod, direttrice per la Francia a *Human Rights Watch*, ha dichiarato che la polizia francese espelle sommariamente verso l'Italia dozzine di minori non accompagnati, violando leggi francesi e internazionali, cfr. su [www. https://www.hrw.org/it/news/2021/05/05/378427](https://www.hrw.org/it/news/2021/05/05/378427). Le autorità francesi, svizzere e austriache procedono a rinviare in Italia i minori da loro intercettati, violando sistematicamente l'obbligo di protezione e alla conseguente presa in carico dei minori, previsto dall'art. 3 comma 1 del Regolamento Dublino III. In tal modo, non vengono esaminate le richieste di protezione internazionale, incluse quelle dei minori, negando materialmente la possibilità per i migranti di inoltrare la richiesta di protezione.

¹⁰ Si v. A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2020.

di accoglienza e alle sue prevedibili esigenze relazionali condizionate dal diverso *background* culturale di provenienza. È facilmente comprensibile come molteplici fattori (sociali, culturali, religiosi) influiscano sulla promozione della salute degli immigrati e, in particolare, sul contrasto delle disuguaglianze sanitarie che di fatto impediscono un eguale accesso ai servizi di assistenza sanitaria¹¹.

Il tema delle disuguaglianze sanitarie è al centro delle politiche dell'UE, considerato che l'universalità, l'accesso a cure di qualità elevata, l'equità e la solidarietà sono valori e principi comuni sui quali poggiano i sistemi sanitari degli Stati membri. Le disuguaglianze sanitarie sono il risultato non soltanto di una moltitudine di fattori economici e ambientali ma anche di problemi relativi all'accesso stesso ai servizi di assistenza sanitaria, certamente accentuati nei confronti dei migranti (regolari o irregolari) per i quali si rende necessaria un'adeguata formazione del personale medico-sanitario, un approccio interculturale basato sul rispetto delle diversità sociali, culturali e comportamentali e delle sensibilità di persone provenienti da Paesi differenti¹². Si tratta, cioè, di una politica interculturale¹³ che non tende ad annullare le diversità ma a valorizzarle in quanto tali al fine di creare una rete di integrazione che faccia della diversità un punto di forza e non un limite all'interno del sistema.

Pur essendo l'Italia, sul piano normativo, tra i Paesi più evoluti nello scenario europeo per politiche sanitarie verso gli immigrati – risalendo il primo intervento in materia alla Legge 6 marzo 1998, n. 40 (c.d. Turco Napolitano)¹⁴ – molte questioni in materia di diritto alla salute, di accesso ai servizi sociosanitari e di assistenza nei confronti della popolazione migrante presente in Italia, restano ancora irrisolte sul piano giuridico ed applicativo¹⁵.

¹¹ La risoluzione approvata dal Parlamento Europeo dal titolo "Riduzione delle disuguaglianze sanitarie nell'Unione Europea" (Risoluzione n. 2010/2089 (INI) dell'8 marzo 2011) invita gli Stati membri «ad assicurare che i gruppi più vulnerabili, compresi i migranti sprovvisti di documenti, abbiano diritto e possano, di fatto, beneficiare della parità di accesso al sistema sanitario».

¹² In alcuni Stati membri la direttiva 2000/43/CE del Consiglio non trova ancora applicazione e le donne appartenenti a minoranze etniche dispongono di una protezione sociale scarsa, se non nulla, o di un accesso ai servizi sanitari molto limitato, se non inesistente. La necessità di superare le disuguaglianze in materia sanitaria viene affermata sia nella Dichiarazione di Bratislava (novembre 2007) sulla salute, i diritti umani e le migrazioni che nelle Conclusioni e le Raccomandazioni della Conferenza Europea "Health and Migration in the UE. Better Health for all in an inclusive society", tenutasi a Lisbona (settembre 2007).

¹³ A. FUCILLO, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Torino, 2019.

¹⁴ Legge 6 marzo 1998, n. 40, *Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*. G.U. n. 59 del 12.3.1998, in <http://www.camera.it/parlam/leggi/98040l.htm>. Il regolamento d'attuazione di questa legge (D.P.R. n. 394 del 31 agosto 1999) e una Circolare del Ministero della salute (n. 5 del 24 marzo 2000) completavano l'impianto normativo.

¹⁵ Solo a titolo di esempio, si pensi alle problematiche relative all'infezione da HIV e alle altre IST nelle persone straniere presenti nel nostro Paese. L. MEZZETTI, *I sistemi sanitari alla prova dell'immigrazione. L'esperienza italiana*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 1, 11 e ss.

La realizzabilità degli obiettivi relativi all'applicazione del diritto alla salute, e quindi, al passaggio da un diritto formale ad un diritto reale, dipende sia da un'organizzazione dei servizi idonea a rispondere alla domanda di salute che dal coinvolgimento e dalla partecipazione degli attori istituzionali nella misura in cui la loro attività ha conseguenze di rilievo sulla salute stessa¹⁶.

Nonostante il T.U. sull'immigrazione preveda la gratuità dell'iscrizione al SSN per i cittadini stranieri iscritti alle liste di collocamento o l'esenzione dal *ticket* per richiedenti asilo e detenuti, la differente normativa regionale – figlia della Riforma del Titolo V della Costituzione (Legge cost. 3/2001) – sulla compartecipazione dei cittadini alla spesa sanitaria crea confusione e non favorisce l'accesso degli immigrati ai servizi sanitari¹⁷. I Sistemi sanitari regionali, in relazione all'erogazione dei Livelli Essenziali di Assistenza, operano in modo molto difforme tra loro, derogando, nei fatti, al principio di uguaglianza sostanziale soprattutto nei confronti dei soggetti più vulnerabili (come i migranti irregolari o soggetti socialmente fragili)¹⁸. È indubbio che i diritti abbiano un costo, nel senso che per garantirne l'effettività è sempre necessario l'impiego di risorse finanziarie¹⁹, ma il discorso assume un tenore differente allorché ad essere oggetto della prestazione è l'erogazione di servizi che consentano l'esercizio di diritti inviolabili e incompressibili della persona. A ciò si aggiunga la non sempre leale collaborazione tra Governo e Regioni, nonché le istanze di un regionalismo differenziato, rischiose per i conti pubblici, ma anche penalizzanti per la coesione

¹⁶ Si pensi alla tutela della salute materno-infantile, al fenomeno dei migranti forzati e delle vittime di tratta.

¹⁷ I. MORANDI, *Il ticket per le prestazioni specialistiche ambulatoriali. Principali caratteristiche dei sistemi regionali vigenti al 10 aprile 2011*. Sezione monitoraggio costi e tariffe, disponibile online su <http://www.agenas.gov.it>.

¹⁸ La Fondazione Gimbe ha monitorato l'andamento delle prestazioni inserite nei Lea ed erogate tra il 2010 ed il 2017: dal report emerge il divario fra le regioni del Nord e del Sud del Paese. La percentuale dei servizi erogati e delle prestazioni fornite è del 53,9 % in Campania e diventa del 92,2 % in Emilia – Romagna. È evidente come le disuguaglianze socioeconomiche condizionano anche l'adempimento delle prestazioni sanitarie e, quindi, la realizzazione del principio di uguaglianza sostanziale sull'intero territorio nazionale. Tuttavia, Cartabellotta, presidente della Fondazione GIMBE, evidenzia che «la griglia dei Lea non è più uno strumento adeguato per verificare la reale erogazione delle prestazioni sanitarie e la loro effettiva esigibilità da parte dei cittadini» si v. Fondazione GIMBE, *Adempimenti Lea 2008-2017*. Nel quarto *Rapporto sulla sostenibilità del Ssn* della Fondazione GIMBE, presentato al Senato in data 11 giugno 2019 (www.rapportogimbe.it) si è sottolineato che «per riallineare la sanità pubblica italiana agli standard degli altri Paesi europei servirebbero nel 2025 circa 230 miliardi di spesa sanitaria». In realtà, si è invece assistito al defianziamento del settore sanitario che, unitamente alla non sostenibilità, inefficienza ed inesigibilità dei Lea costituiscono fattori fondamentali che influiscono sullo stato di salute del nostro Paese.

¹⁹ In tal senso, G. RIVISECCHI, Editoriale. *Bilancio, democrazia, diritti e autonomie territoriali*, in *Diritto & conti. Bilancio, comunità, persona*, 2020, 1, 4 ss.; C. BUZZACCHI, *Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA*, in *Forum di Quad. cost.*, 2020, 2.

sociale²⁰. In relazione ai LEA, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha sempre ribadito l'indefettibilità della spesa ad essi destinata, vincolando il legislatore al prioritario finanziamento per garantire l'erogazione dei LEA rispetto all'equilibrio di bilancio²¹. D'altronde è «la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di quest'ultimo a condizionarne la doverosa erogazione»²², sicché, Stato e Regioni sono costituzionalmente obbligate – in un rapporto di dipendenza reciproca e in ossequio al principio di leale collaborazione – ad anteporre la garanzia dei LEA a quella delle altre spese²³ e ad assicurare la qualità ed indefettibilità del servizio sanitario «ogni qualvolta un individuo dimorante sul territorio regionale si trovi in condizioni di bisogno rispetto alla salute»²⁴. Secondo la Corte, una volta predisposti a livello statale gli strumenti e determinato il fabbisogno finanziario per i LEA, sarà compito del legislatore regionale distinguere lo stesso per spese incomprimibili da quello assoggettabile a un giudizio di sostenibilità economico-finanziaria²⁵. È chiaro che la valutazione del Legislatore non può essere arbitraria. Il criterio individuato dalla giurisprudenza costituzionale per il bilanciamento è quello della “non manifesta irragionevolezza” fra esigenze di spesa per l'erogazione delle prestazioni ed equilibrio dei bilanci. La Corte, infatti, pur riconoscendo un margine di discrezionalità al legislatore regionale, ne sottolinea però i limiti²⁶ al fine di assicurare un livello minimo di garanzia dei diritti fondamentali²⁷. «Una volta normativamente identi-

²⁰ L. DELL'ATTI, *Tutela della salute e modelli differenziati di governance. Il regionalismo sanitario nella dialettica fra unità e autonomia*, in *AIC*, 2020, 3; R. BALDUZZI, D. SERVEITI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *AIC*, 2019, 2; V. ANTONELLI, *Regionalismo sanitario. Verso una sanità a macchia di leopardo?* in *Il Sole 24 Ore Sanità*, 13 febbraio 2019, disponibile on line al seguente link <https://www.sanita24.ilssole24ore.com/>; G. BASCHERINI, A. CIERVO, *L'integrazione difficile: il diritto alla salute e all'istruzione degli stranieri nella crisi del welfare state*, in *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, a cura di R. NANIA, Torino, 2012, 343-383; A. RUGGERI, C. SALAZAR, “*Ombre e nebbia*” nel riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del Titolo V, in *Quaderni regionali*, 2004, 1, 27-54.

²¹ Si rinvia sul tema alle pronunce della Corte Costituzionale nn. 275/2016, 169/2017, 6/2019, 60/2020. Si v. altresì, B. PEZZINI, *Risorse e diritti: qualche spunto per tornare a parlare di effettività dei diritti sociali*, in *Diritto & conti. Bilancio, comunità, persona*, 2020, 1, 45.

²² In tal senso, Corte Costituzionale n. 62/2020, Par. 4.5, Considerato in diritto, cit.

²³ F. MASCI, *I LEA non sono assoggettabili ad alcun vaglio di sostenibilità economico-finanziaria: un trend giurisprudenziale in consolidamento*. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 62 del 10 aprile 2021, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, Rassegna, 121, 7/11/2020, www.forumcostituzionale.it.

²⁴ Si v. sentenza della Corte costituzionale n. 62 del 2020, Par. 4.3, Considerato in diritto, cit.

²⁵ Si vedano, Corte costituzionale sentenza n. 169 del 2017, Par. 9.3.1, Considerato in diritto e Corte costituzionale sentenza n. 273 del 2013, Par. 4.2, Considerato in diritto.

²⁶ Su “la notevole discrezionalità implicata dalla latitudine della formula” dell'art. 117, c.2, lett.m), cfr. M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2002, 352; C. PINELLI, *Sui “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” (art. 117, co. 2, lett. m), Cost.*, in *Diritto Pubblico*, n. 3, 2002, 895.

²⁷ In tema di disabilità e diritto all'istruzione, la Corte Costituzionale ha dichiarato incompi-

ficato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto [alla salute] non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali», perché, come ricordato, «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la diversa erogazione»²⁸. La previsione di alcune prestazioni come livelli essenziali di assistenza, e quindi, come i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, 2 c., lettera m) della Costituzione, attiene fondamentalmente al rapporto Stato e Regioni, nel senso che la Regione non può individuare un livello di prestazione che sia inferiore allo standard definito a livello statale²⁹. Del resto, il Piano sanitario nazionale prevede – tramite il fondo sanitario – le risorse necessarie per garantire tali livelli di prestazione. L'entità del finanziamento, peraltro, oltre a determinare l'erogabilità o meno delle prestazioni diverse da quelle definite come livelli essenziali a livello statale, può incidere sulle modalità ed i tempi del servizio da erogare, ed eventualmente sul concorso dell'utente alla spesa tramite ticket.

Una diversa questione si pone, invece, sulla legittimità di atti amministrativi che sono concretamente capaci di incidere sulla garanzia di questi diritti. La pubblica amministrazione è vincolata nell'applicare la legge e, in presenza di un diritto esigibile, non può negarlo neanche per accertate esigenze di spesa o di carattere organizzativo³⁰. Ed essendo la funzione sanitaria pubblica esercitata su due livelli di governo si rende necessario un sistema di regole e di competenze reciproche che «preveda la separazione dei costi “necessari”, inerenti alla prestazione dei LEA, dalle altre spese sanitarie, assoggettate invece al principio della sostenibilità economica»³¹. Si pensi ad esempio, ai tempi dell'erogazione delle prestazioni che sono qualificate come ‘programmabili’ rispetto a quelle urgenti, che debbono essere erogate tempestivamente, e come tale fattore incida nei confronti dei MSNA; in tali ipotesi, di fronte a prassi di rinvio a lunghissimo termine dell'erogazione, esse configurandosi in concreto come illegittime,

mibili i diritti all'assistenza scolastica per i disabili (sent. n. 80 del 2010) dichiarando l'incostituzionalità delle norme che, limitando il numero di posti di insegnanti di sostegno e vietando l'assunzione in deroga, in presenza di disabilità grave, impedivano di fatto di assicurare a tutti gli studenti di usufruire del diritto fondamentale all'istruzione.

²⁸ Cfr. sentenza della Corte Costituzionale n. 275 del 2016, punto 11 del Considerato in diritto, cit.

²⁹ R. BIFULCO, “Livelli essenziali”, *diritti fondamentali e statuti regionali*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie – Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, 2003, 137, sul rapporto tra lettera m), c. 2, art. 117, e comma 4, art. 117, ritiene che «tutto ciò che non rientra nella determinazione dei livelli essenziali ma che comunque tocca la materia dei diritti civili e sociali [...], ricade nella competenza legislativa residuale delle Regioni».

³⁰ Sulle ragioni di contenimento della spesa, si v. Corte costituzione n. 80 del 2010 e Tar Lombardia, sent. n. 23 del 2017 in relazione all'integrazione della persona disabile.

³¹ Cfr. sentenza della Corte Costituzionale n. 62 del 2020, Par. 4.3, Considerato in diritto.

darebbero luogo ad interventi giudiziali che ordino agli organi del SSN di erogare la prestazione e magari di risarcire il danno da ritardo eccessivo³². E qui si collega l'ulteriore problematica della carenza di dotazione di personale esistente nelle strutture pubbliche, e come la Regione vi debba provvedere sostenendone il maggior costo, o aumentando la disponibilità di prestazioni rese da strutture convenzionate. Ancora una volta il problema si sposta sul lato finanziario, ma è più difficile a questo proposito configurare situazioni in cui si possa parlare di un diritto "incomprimibile" da soddisfare entro termini di tempo inferiori a quelli massimi stabiliti. Appare evidente come il rapporto fra diritti fondamentali della persona, esigenze di equilibrio dei bilanci e discrezionalità del legislatore e dell'amministrazione costituisca il nodo del problema. Ma in relazione alla discrezionalità del legislatore va ricordato che la Corte costituzionale ha più volte confermato la soccombenza delle esigenze finanziarie, salvo che ciò non determini la lesione di altri diritti fondamentali. Ciò significa che dinanzi a esigenze di tutela del nucleo di diritti incomprimibili previsti dal quadro costitutivo, è possibile prevedere degli scostamenti di bilancio che ridefiniscano l'allocatione delle risorse. Pertanto, per la Corte, anche se il diritto alla salute può subire dei condizionamenti nel momento in cui il legislatore procede nella distribuzione delle risorse disponibili, senza però che possa essere compromessa la garanzia del suo nucleo essenziale, «le determinazioni sul fabbisogno sanitario complessivo non dovrebbero discostarsi in modo rilevante e repentino dai punti di equilibrio trovati in esito al ponderato confronto tra Stato e Regioni in ordine ai rispettivi rapporti finanziari, senza che tale scostamento appaia giustificabile alla luce di condizioni e ragioni sopraggiunte»³³.

In questo contesto, le carenze nell'assistenza sanitaria agli immigrati sono state colmate dall'attività svolta da organizzazioni del terzo settore o pubblico-private. Una breve ricostruzione normativa del fenomeno consente di evidenziarne luci ed ombre, ponendo l'accento sulle prospettive di sviluppo della disciplina senza lasciarsi troppo condizionare dal fascino della patologia e accogliendo i risultati che, in materia, sono stati ottenuti, al netto di quanto ancora c'è da fare.

Il Legislatore italiano, infatti, si è specificamente preoccupato dei MSNA con la Legge 7 aprile 2017, n. 47 (c. d. Legge Zampa), dettando specifiche «Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati»

³² Il d.lgs. n.124 del 1998 all'art. 3, comma 10 stabilisce che le aziende sanitarie ed ospedaliere devono determinare, secondo i criteri disciplinati dalla regione, il tempo massimo che può intercorrere fra la richiesta delle prestazioni erogate in regime ambulatoriale e l'erogazione delle medesime, e il successivo comma 13 stabilisce che se l'attesa si prolunga oltre il termine stabilito l'assistito può chiedere che la prestazione sia resa nell'ambito dell'attività libero professionale intra-muraria a spese delle unità sanitarie locali.

³³ Corte Cost., sent. n. 192/2017, considerato in diritto p.to 9.2.4.

e definendo all'art. 2 come MSNA «il minore non avente cittadinanza italiana o dell'Unione europea che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano»³⁴. La legge Zampa, conformandosi altresì alle norme della Convenzione (ONU) di New York sui diritti del fanciullo del 1989³⁵ – ratificata in Italia e resa esecutiva con Legge 27 maggio 1991, n. 176 – integrava e modificava le già esistenti disposizioni contenute a tutela di questa categoria di immigranti nel T.U. sull'immigrazione (decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286), nelle normative sull'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, c.d. Decreto accoglienza) e sull'asilo (decreto legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito con legge 28 febbraio 1990, n. 39) e nella legge contro la tratta delle persone (legge 11 agosto 2003, n. 228). In conformità a tali principi, la l. 47/2017, all'art. 1, stabilisce che i minori stranieri non accompagnati sono titolari dei diritti in materia di protezione dei minori a parità di trattamento con i minori di cittadinanza italiana o dell'Unione Europea³⁶. Questo dato non deve sorprenderti perché già il decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, conformemente a quanto previsto dalla Convenzione di New York, prevedeva che – nell'applicazione delle misure di accoglienza – il superiore interesse del minore assume carattere di priorità, al fine di assicurare condizioni di vita adeguate alla minore età, con riguardo alla protezione, al benessere e allo sviluppo anche sociale del minore. La valutazione dell'interesse superiore del minore vive una dimensione costituzionale che presuppone, in primo luogo, il diritto all'ascolto del minore che tiene conto di una serie di parametri (età, grado di maturità e di sviluppo personale) al fine di conoscerne le esperienze pregresse e verificare la possibilità di ricongiungimento familiare, purché rispondente all'interesse superiore del minore³⁷.

³⁴ Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, rientrano in tale definizione anche i minori affidati di fatto a parenti entro il quarto grado, in quanto questi minori, pur essendo assistiti, sono comunque privi di rappresentanza (ord. 9199/2019 Corte Cass.).

³⁵ Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, artt. 2 e 3. La Convenzione stabilisce che in tutte le decisioni riguardanti i minori deve essere tenuto in conto come considerazione preminente il superiore interesse del minore, e che i diritti da essa sanciti devono essere garantiti a tutti i minori senza discriminazioni, a prescindere anche dalla nazionalità e dallo status relativo al soggiorno; si v. Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, Commento generale n. 6: Trattamento dei bambini separati dalle proprie famiglie e non accompagnati, fuori dal loro Paese d'origine, 2005, par. 12.

³⁶ Si rinvia al testo dell'art. 1 primo e secondo comma della legge n. 47/2017. Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, rientrano in tale definizione anche i minori affidati di fatto a parenti entro il quarto grado, in quanto questi minori, pur essendo assistiti, sono comunque privi di rappresentanza (Cass., ord. n. 9199/2019). Per approfondimento, si v. MOROZZO DELLA ROCCA, *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Santarcangelo di Romagna, 2019; M. PELLERONE, V. SCHIMMENTI, *Percorsi migratori e cambiamenti identitari nella sfida all'integrazione*, Milano, 2019.

³⁷ Si v. d.lgs. n. 142/2015, art. 18, commi 1 e 2. Il principio del superiore interesse del minore

Un altro profilo che appare di particolare interesse, in questa sede, per i suoi riflessi sul nodo dello sviluppo della persona umana – stante l’elezione del principio personalista a criterio ermeneutico della trattazione – è la ricostruzione del dibattito formatosi intorno alla questione dell’iscrizione anagrafica dei MSNA perché in grado di condizionare in maniera concreta la protezione del diritto alla salute. In seguito all’approvazione del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 convertito con modificazioni dalla Legge 1 dicembre 2018, n. 132 (c.d. Primo Decreto sicurezza)³⁸ – provvedimento da più parti criticato in quanto riduceva il problema immigrati ad una mera questione di sicurezza, privando sostanzialmente i migranti dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione italiana e dai Trattati internazionali in materia – il “Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati” (SPRAR) è stato modificato e rinominato in “Sistema di Protezione per Titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati” (SIPROIMI), divenendo il Sistema di accoglienza per tutti i minori stranieri non accompagnati, indipendentemente dallo *status* giuridico di provenienza. Tuttavia, con il succitato decreto sicurezza venivano esclusi i richiedenti asilo, realizzandosi così un’irragionevole disparità di trattamento e rendendo ingiustificatamente più difficile ai richiedenti asilo l’accesso ai servizi loro garantiti³⁹. Le modifiche introdotte dal Decreto sicurezza non stabilivano un divieto *tout court* di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, ma unicamente l’impossibilità di procedervi tramite la mera esibizione del permesso di soggiorno per richiesta asilo, in quanto per espressa disposizione normativa non avrebbe

è codificato dall’art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sull’Infanzia e l’Adolescenza, secondo il quale in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l’interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”. Sul diritto del minore ad essere ascoltato oltre alla Costituzione italiana (artt. 2, 3, 13, 32), e alla succitata Convenzione ONU adottata nel 1989, numerose norme di diritto internazionale specificano questo diritto e sottolineano che gli Stati devono promuovere e sostenere la partecipazione dei minori a qualsiasi livello, fra le quali, la Convenzione europea di Strasburgo per l’esercizio dei Diritti dei minori del 1996, la Convenzione di Oviedo del 1997 e la Carta fondamentale dei Diritti dell’Unione Europea proclamata a Nizza nel 2000.

³⁸ Si v. il d.l. n. 113/2018 (Decreto sicurezza), convertito con modificazione con l. n. 132/2018. Il Decreto sicurezza *bis*, decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53 convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 2019, n. 77 è stato oggetto di numerosi rilievi; per approfondimenti, si v. A. MORELLI, *La “ribellione” dei sindaci contro il ‘decreto sicurezza’: la tortuosa via per la Corte costituzionale*, su *Consulta On Line*, 2019, n. 1, 1 ss.

³⁹ Per un approfondimento, si v. N. ZORZELLA, D. CONSOLI, *L’iscrizione anagrafica e l’accesso ai servizi territoriali dei richiedenti asilo ai tempi del salvinismo*, su *Questione Giustizia.it*, 2019; ASGI (Associazione per gli studi giuridici sull’immigrazione), *La tutela dei minori stranieri non accompagnati. Manuale giuridico per l’operatore*, <https://www.retsai.it/wp-content/uploads/2019/11/La-tutela-dei-minori-straniero-non-accompagnati.pdf>; si v. altresì, Osservatorio Nazionale sui minori stranieri non accompagnati in Italia, *Primo Rapporto 2020* su https://www.miur.gov.it/documents/20182/0/Rapporto_MSNA_2020.pdf.

più rappresentato “titolo per l’iscrizione anagrafica”. Inoltre, l’art. 13 del d.l. n. 113/2018 disponeva l’abrogazione di un meccanismo semplificato di iscrizione anagrafica per richiedenti asilo ospitati nelle comunità di accoglienza (art. 5 *bis* del d.lgs. n. 142 del 2015). Con la sentenza n. 186/2020, pubblicata il 31 luglio 2020, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 13 del d.l. n. 113/2018, convertito con modificazioni nella Legge n. 132/2018, condividendo l’effetto discriminatorio e l’irragionevolezza delle disposizioni. Il sistema di iscrizione anagrafica, d’altronde, rientra a pieno titolo nel riconoscimento dei diritti della personalità dell’individuo che, per mezzo della clausola generale contenuta all’art. 2 della Costituzione, contribuiscono allo *sviluppo integrale* della persona e, quindi, al suo percorso di crescita all’interno dell’ordinamento giuridico. La confusione legislativa in materia sembra, al contrario, svilire la centralità della persona, soprattutto quando nel mirino finisce un immigrato che, nelle more di un cambiamento culturale radicale, ha bisogno della legge per veder riconosciuto sé stesso.

Il SIPROIMI è stato poi sostituito con il SAI dal decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130, convertito con modificazione Legge 18 dicembre 2020, n. 173⁴⁰, che, pur ricalcando il modello degli SPRAR, reintroduce, fra l’altro, la possibilità per i richiedenti asilo di accedere ai percorsi della seconda accoglienza⁴¹. L’art. 4 del provvedimento prevede due livelli differenziati di erogazione dei servizi: un primo livello, destinato ai richiedenti asilo ai quali sono destinati «prestazioni di accoglienza materiale, l’assistenza sanitaria, l’assistenza sociale e psicologica, la mediazione linguistico-culturale, la somministrazione di corsi di lingua italiana e i servizi di orientamento legale e al territorio»; ed un secondo livello, destinati ai titolari di protezione internazionale e «finalizzati all’integrazione, tra cui si comprendono, oltre quelli previsti al primo livello, l’orientamento al lavoro e la formazione professionale». Questa suddivisione rischia però di creare, da un lato, disparità di trattamento e differenti percorsi di inserimento (si pensi, ad esempio, a come debbano essere articolati i servizi destinati ai richiedenti asilo rispetto a quelli titolari di altro *status* giuridico) e, dall’altro, di porsi in contrasto con l’obiettivo di accoglienza e di inclusione sociale degli immigrati stabilito sul piano europeo. L’Agenda 2030 (programma d’azione ONU), inoltre, ha riaffermato, come principi ispiratori per l’attività legislativa in materia, il principio universal-

⁴⁰ Cfr. d.l. n. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito in l. n. 173/2020, *Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia 51 di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all’utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*, consultabile online su <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/10/21/20G00154/sg>.

⁴¹ *Amplius*, Report di Monitoraggio. I Minori stranieri Non Accompagnati, su <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/minori-stranieri/Documents/Report-di-Monitoraggio-MSNA-31-dicembre-2020.pdf>.

stico, che non fa differenza fra cittadini e non cittadini e fra soggetti con o privi di permesso di soggiorno e il principio di accoglienza globale, secondo cui la “persona” va inserita all’interno di un ambiente ben determinato e in una rete di opportunità.

Con specifico riguardo ai MSNA, l’art. 13 della legge 47/2017 aveva previsto che il mancato rilascio del parere positivo da parte della Direzione Generale dell’Immigrazione e delle Politiche di integrazione del Ministero del Lavoro per la conversione del permesso di soggiorno dei minori stranieri al compimento del diciottesimo anno di età, non potesse legittimare il rifiuto del rinnovo del permesso; veniva altresì previsto che il decorso del termine del procedimento fosse considerato come silenzio assenso ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241 (articolo 20, c. 1, 2 e 3). Entrambe queste novità sono state dapprima abrogate dal d.l. 113/2018 e successivamente ripristinate dal d.l. n. 130/2020, convertito poi in legge n. 173/2020⁴². L’attuale impianto normativo, quindi, stabilisce che per la conversione del permesso di soggiorno dei minori stranieri non accompagnati al compimento della maggiore età, vige l’istituto del silenzio-assenso nel procedimento per il rilascio del parere necessario del Comitato per i minori stranieri per motivi di studio, accesso al lavoro, lavoro subordinato o autonomo⁴³.

⁴² Il testo del comma 1-bis dell’art. 32 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, modificato dal d.l. n. 130 del 2020, conv. nella l. n. 13 del 2020, è il seguente: «1-bis. Il permesso di soggiorno di cui al comma 1 può essere rilasciato per motivi di studio, di accesso al lavoro ovvero di lavoro subordinato o autonomo, al compimento della maggiore età, ai minori stranieri non accompagnati, affidati ai sensi dell’art. 2 della legge 4 maggio 1983, n. 184, ovvero sottoposti a tutela, previo parere positivo del Comitato per i minori stranieri di cui all’articolo 33 del presente testo unico, ovvero ai minori stranieri non accompagnati che siano stati ammessi per un periodo non inferiore a due anni in un progetto di integrazione sociale e civile gestito da un ente pubblico o privato che abbia rappresentanza nazionale e che comunque sia iscritto nel registro istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri ai sensi dell’articolo 52 del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394. Il mancato rilascio del parere richiesto non può legittimare il rifiuto del rinnovo del permesso di soggiorno. Si applica l’articolo 20, commi 1, 2 e 3, della legge 7 agosto 1990 n. 241 e successive modificazioni». La disposizione introdotta dalla l. n. 47/2017, poi abrogata da d.l. n. 113/2018 è stata reintrodotta dal d.l. n. 130 del 2020.

⁴³ La richiesta di parere non deve essere inviata alla Direzione Generale dell’immigrazione e delle politiche di integrazione nei seguenti casi: a) minori stranieri non accompagnati che risultano presenti in Italia da almeno tre anni, ammessi a un progetto di integrazione sociale e civile per un periodo non inferiore a due anni; b) minori stranieri affidati a parenti entro il 4° grado, anche se in possesso del permesso di soggiorno per minore età; c) minori stranieri non accompagnati per i quali il Tribunale per i minorenni abbia ordinato il prosieguo amministrativo delle misure di protezione e di assistenza oltre il compimento del 18esimo anno di età; d) minori stranieri non accompagnati che a 18 anni siano in possesso di un permesso di soggiorno per asilo, per protezione sussidiaria o per motivi umanitari. Cfr. Linee Guida per i minori non accompagnati per la conversione del permesso di soggiorno al raggiungimento dei 18 anni (Decreto direttoriale del 27 febbraio 2017).

Inoltre, le Linee – Guida del Ministero del Lavoro, dedicate al rilascio dei pareri per la conversione del permesso di soggiorno dei minori stranieri non accompagnati al raggiungimento della maggiore età, laddove affermano che «il parere si configura come un atto endo-procedimentale, obbligatorio ancorché non vincolante, ai fini dell'adozione da parte della Questura territorialmente competente del provvedimento relativo al rilascio del permesso di soggiorno al compimento del diciottesimo anno d'età»⁴⁴, attestano come in capo alla Questura territorialmente competente residui un margine di discrezionalità valutativa in ordine all'adozione dei provvedimenti che riguardano la conversione del permesso di soggiorno. Adeguandosi alla sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 9 luglio 2020⁴⁵ – che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero complesso

⁴⁴ Sulla natura di atto endoprocedimentale del parere e conseguentemente di adempimento procedimentale che grava sull'Amministrazione stessa e non sul richiedente, Cons. Stato, sent. 20 ottobre 2016, n. 4394; Tar Bologna, sentenza n. 136 del 7 febbraio 2019; Tar Liguria sent. n. 1441 del 15 novembre 2012; Tar Emilia, sent. n. 145 del 11 febbraio 2015. Sulla qualificazione del parere come atto obbligatorio ma non vincolante, Cons. Stato, sent. n. 3082 del 14/05/2020; sent. n. 3431 del 1 giugno 2020; sent. n. 4812 del 29/07/2020; Cons. Stato, ordinanza n. 231 del 22 gennaio 2021, www.giustiziamministrativa.it.

Con orientamento costante il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'art. 32, comma 1-bis, d.lgs. n. 286 del 1998, «distingue nettamente, ai fini dell'accertamento della sussistenza dei presupposti per la conversione, la situazione dei 'minori stranieri non accompagnati, affidati ai sensi dell'articolo 2 della legge 4 maggio 1983, n. 184, ovvero sottoposti a tutela' da quella dei 'minori stranieri non accompagnati che siano stati ammessi per un periodo non inferiore a due anni in un progetto di integrazione sociale e civile gestito da un ente pubblico o privato che abbia rappresentanza nazionale', prevedendo solo per i primi la previa acquisizione del parere positivo del Comitato per i minori stranieri», ribadendo la natura non vincolante del parere (Cons. Stato, sent. 1° giugno 2020, n. 3431; 14 maggio 2020, n. 3082; 21 aprile 2020, n. 2546; 17 dicembre 2020, n. 8132).

⁴⁵ La Consulta ha ritenuto che l'esclusione dei richiedenti Asilo dall'iscrizione anagrafica, invece di aumentare il livello di sicurezza pubblica, finisca col limitare le capacità di controllo e monitoraggio dell'Autorità pubblica su persone che soggiornano regolarmente nel territorio statale, anche per lungo tempo, in attesa della decisione sulla loro richiesta di asilo. Inoltre, negare l'iscrizione all'anagrafe a chi dimora abitualmente in Italia significa trattare in modo differenziato e indubbiamente peggiorativo, senza una ragionevole giustificazione, una particolare categoria di stranieri. Pertanto, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, c. 1-bis, del d. lgs. 18 agosto 2015, n. 142, come introdotto dall'art. 13, c. 1, lettera a), numero 2), del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, nella legge 1° dicembre 2018, n. 132, rilevando la fondatezza del contrasto con l'art. 3 Cost. e non con l'art. 77 Cost.

Cfr. A BUZZI, F. CONTE, *L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo prima e dopo il "Decreto Lamorgese"*, in *Rassegna Quaderni costituzionali*, su www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2021/01/07-Buzzi-Conte-FQC-1-21.pdf.

Sulla giurisprudenza costituzionale, si v. E. GROSSO, *Stranieri irregolari e diritto alla salute: l'esperienza giurisprudenziale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti e Salute*, Padova, 2007, p.157, G. VOSA, "Cure essenziali". *Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'autodeterminazione della persona al policentrismo decisionale*, in *Diritto pubblico*, 2016, 721 ss. – D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, III ed., 2018, 145-166; A. PITINO, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano. Profili attuali della parità di trattamento con i cittadini tra Stato, autonomie e Unione europea*, Torino, 2018, 68 e ss.

normativo disciplinato dall'art.13 del d.l. n. 113/2018 (primo Decreto sicurezza) che, come innanzi detto, precludeva l'iscrizione anagrafica degli stranieri richiedenti asilo – l'art. 3, co. 2, lett. a) del d.l. n. 130/2020 ha reintrodotto, benché con una formulazione parzialmente diversa, l'art. 5 *bis* del d.lgs. n. 142/2015 (c.d. Decreto accoglienza), riaffermando il diritto alla iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo, sia nelle forme ordinarie sia nelle liste di convivenza, e per i richiedenti ospitati nei centri. Infine, il decreto interviene anche sul termine di definizione dei procedimenti aventi ad oggetto la richiesta di cittadinanza italiana, riducendolo da 48 a 36 mesi.

In materia di minori stranieri non accompagnati, il Servizio Centrale garantisce agli EE.LL., afferenti alla rete di accoglienza, orientamento costante sul tema specifico, supportandoli nella relazione con gli altri attori istituzionali, svolgendo azione di supporto ai servizi sociali dei comuni nella realizzazione delle attività dell'accoglienza, in base a quanto disposto dalla normativa vigente e con quanto indicato dalle linee guida previste all'interno del D.M. 18 novembre 2019⁴⁶. Il decreto, fra l'altro, per quanto concerne la posizione dei MSNA all'interno dei SAI, prevede l'inserimento oltre dei minori stranieri non accompagnati e dei titolari di protezione internazionale, anche dei richiedenti asilo e dei titolari dei seguenti permessi di soggiorno: protezione speciale, cure mediche, protezione sociale, violenza domestica, calamità, particolare sfruttamento lavorativo e atti di particolare valore civile⁴⁷. Con l'emergenza Covid-19, i Centri di accoglienza

⁴⁶ L'art 35 del D.M. 18 novembre 2019, per quanto riguarda i MSNA in relazione ai servizi aggiuntivi, dispone quanto segue: «Attività e servizi specifici aggiuntivi in favore di minori stranieri non accompagnati. Fermi restando i servizi minimi indicati all'art. 34 e in applicazione a quanto previsto dalla legge 7 aprile 2017, n. 47, i progetti destinati all'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati devono prevedere: a) attività di sostegno agli affidamenti familiari, full-time e part-time, in linea con il progetto educativo individualizzato del minore, come intervento anche complementare all'accoglienza in struttura; b) servizi destinati a sostenere e accompagnare il minore verso l'autonomia, ponendo attenzione alla transizione dello stesso all'età adulta, anche con riferimento al periodo di permanenza nel territorio autorizzato dal Tribunale per i minorenni ai sensi dell'art. 13 della legge n. 47/2017. Sono altresì previste misure di accompagnamento all'inclusione sociale e lavorativa con particolare riferimento all'istruzione e alla formazione professionale. Tali servizi possono includere specifiche misure di accoglienza sia in strutture dedicate che attraverso forme di sostegno all'autonomia abitativa; c) attività che favoriscano un proficuo raccordo con i tutori volontari dei minori accolti al fine di assicurare la più stretta collaborazione fra le istituzioni coinvolte per la salvaguardia del superiore interesse dei minori; d) servizi dedicati a minori con particolari fragilità quali ad esempio: minori vittime di tratta, minori con necessità di assistenza sanitaria specialistica e prolungata, minori con fragilità psicologica e comunque tutte le fattispecie previste dall'art. 17 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142. Nel caso di minori che presentino tali vulnerabilità, sono attivate le misure specialistiche più idonee in modo da assicurare ad ogni beneficiario effettiva protezione e tutela».

⁴⁷ In relazione all'accoglienza degli MSNA, con Decreto n. 12232 del 06/11/2020, il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno ha pubblicato un Avviso pubblico per la presentazione di progetti da finanziare a valere sul Fondo Asilo, Migrazione e Inte-

e le comunità hanno dovuto stabilire dei protocolli di gestione dell'emergenza all'interno delle strutture di accoglienza per MSNA, garantire la gestione dei periodi di quarantena o isolamento fiduciario, provvedere alla sanificazione degli ambienti, organizzare la vita dei minori anche limitandone la libertà di uscita, tutti fattori che possono creare tensioni nei rapporti con coloro che gestiscono le strutture.

3. *MSNA e crisi pandemica*

La pandemia da Covid-19 ha profondamente cambiato le priorità dell'Agenda di Governo perché da crisi sanitaria è divenuta, nel tempo, crisi economica, giuridica e sociale⁴⁸. L'assenza di una copertura costituzionale del concetto di emergenza, nel nostro ordinamento giuridico, ha reso necessario il consolidamento di un modello, per prassi, certamente non immune da errori e contraddizioni. La trasversalità del tema e la rilevanza delle questioni hanno inciso anche sulla garanzia dell'assistenza sanitaria ai MSNA, ricollegandosi, come ricordato in apertura, alla più ampia tutela del diritto alla salute nei confronti degli extracomunitari. Queste considerazioni incidono, quindi, sulla trattazione del diritto alla salute e ne ampliano lo spettro conoscitivo, evidenziandone gli eventuali cedimenti. Nonostante l'art. 168 T.F.U.E. proclami che nelle politiche dell'Unione vada garantito un livello elevato di protezione della salute umana, infatti, la competenza delle istituzioni comunitarie può essere utilizzata soltanto per completare e coordinare le disposizioni nazionali, spettando agli Stati, la definizione della politica sanitaria, l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari di assistenza medica (art. 168, c.7 T.F.U.E.), così come la gestione delle risorse destinate a questi servizi⁴⁹. Di certo i MSNA godono di una maggiore

grazione 2014-2020 – Obiettivo Specifico 1 – Obiettivo nazionale 1 – lett. e – «Promozione dell'affido nel quadro del sistema nazionale di accoglienza dei Minori Stranieri non Accompagnati (MSNA)», Si v. <https://www.interno.gov.it/it/amministrazione-trasparente/bandi-gara-e-contratti/avviso-promozione-dellaffido-nel-quadro-sistema-nazionale-accoglienza-dei-minori-stranieri-non-accompagnati-msna>. Progetti finalizzati alla promozione dell'istituto dell'affidamento familiare in favore di minori stranieri non accompagnati, quale misura preferenziale di accoglienza rispetto al collocamento in comunità, al fine di agevolare il processo di inclusione sociale e autonomia, in coerenza con quanto previsto dalla legge n. 47/2017 art 7. Le risorse stanziare ammontano a € 3.000.000,00 a valere sull'Obiettivo Specifico 1, Obiettivo Nazionale 1 Accoglienza/Asilo, del FAM. In relazione all'adeguamento alla legge n. 47/2017, le Commissioni parlamentari (Affari Costituzionali e Bilancio) hanno dato parere positivo nel giugno 2020 allo schema di regolamento trasmesso dal Governo che introduce modifiche ed integrazioni al D.P.R. n. 394/1999, recante misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati.

⁴⁸ Si v. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020.

⁴⁹ Per approfondimenti sull'assistenza sanitaria garantita agli stranieri extracomunitari nel nostro ordinamento, si v. A.M. GIUFFRÈ in *op.cit.*, 5 ss.

tutela rispetto agli altri immigrati e ai minori accompagnati, ma le disposizioni contenute nel T.U. immigrazione e la normativa sull'organizzazione sanitaria, costituiscono un mosaico normativo variegato, complesso e spesso frammentario, che evidenzia un problema di allocazione delle competenze tra i diversi livelli di governo territoriale.

L'art. 32 della Costituzione si apre sancendo che «la Repubblica tutela come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti». Si tratta di un diritto fondamentale e inviolabile della persona ma anche di un interesse imprescindibile della collettività. Si tratta di un obbligo positivo teso ad assicurare determinati standard di tutela, cioè che rimanda alla necessità di assicurare un livello di soddisfazione al di sotto del quale non si può scendere, neanche in considerazione di limiti organizzativi e finanziari (artt. 2, 32 e 38 Cost)⁵⁰. È un diritto riconosciuto anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 35 c.d. Carta di Nizza), oltre che in disposizioni di legge ordinaria (art. 35 co. 3 del d.lgs. n. 286/1998).

Secondo la Corte Costituzionale, la salute è un diritto che la Repubblica italiana “riconosce” all'individuo in quanto tale e non “concede” in relazione a condizioni determinate, perché nucleo irriducibile della dignità umana⁵¹. La salute, infatti, è una dimensione all'interno della quale la persona manifesta sé stessa e, in quanto tale, deve essere riconosciuta, come diritto, anche allo straniero, qualunque sia la sua posizione rispetto alla normativa sull'ingresso e soggiorno, nel rispetto dei vincoli derivanti da ordinamento comunitario e obblighi internazionali⁵²: in altri termini, anche lo straniero irregolare ha diritto di fruire di tutte le prestazioni che risultino indifferibili ed urgenti⁵³. Anche la Corte di Cassazione si è più volte pronunciata in materia, sicché può affermarsi che l'accesso alle cure è

⁵⁰ Sulla giurisprudenza costituzionale garantista, si v. Corte Cost., sentenza n.203/1977; n.105/2001; n.252/2001 in www.giustiziacostituzionale.it.

⁵¹ Cfr. Corte di Cass. 19 marzo 2018, n. 6775; Corte ost. nn. 354 del 2008, 432 del 2005, 252 del 2001, 509 del 2000, 309 del 1999, su www.cortecostituzionale.it.

⁵² Corte Cost., 17 luglio 2001, n. 252, §2; Corte Cost., 103/1977, in www.cortecostituzionale.it; cfr. C. CORSI, *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 1, 45 e ss.

⁵³ Corte Cost. sent. n. 432 del 2005, in www.cortecostituzionale.it. La Corte in relazione al diritto ai trattamenti sanitari degli stranieri ha sempre affermato il principio che l'immigrato, anche irregolare, è titolare di tutti i diritti che la Costituzione attribuisce alla persona umana. Nella sentenza n. 252/2001 la Consulta collega l'interpretazione dei diritti sociali in modo indissolubile alla dignità umana, confermando che «seppure tale diritto sia condizionato da esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, è fatta salva, comunque, la garanzia di “un nucleo irriducibile del diritto alla salute”, che in quanto diritto fondamentale della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso». Conformi a tale orientamento, Corte Cost., sent. n. 148/2008; n. 269/2010; n. 299/2010, in www.cortecostituzionale.it.

oggi, nel sistema europeo, un vero e proprio diritto fondamentale dell'individuo, che prescinde dalle sue condizioni personali⁵⁴.

Pur essendo un diritto che risente dei condizionamenti finanziari rappresentati dall'obbligo di osservanza dell'equilibrio di bilancio e dei vincoli sovranazionali⁵⁵, come specificato e precisato negli anni dalla giurisprudenza costituzionale, il vincolo finanziario non può assumere un carattere predominante rispetto ad altri elementi che devono orientare la discrezionalità legislativa⁵⁶, tale da determinare la compressione di quel "nucleo irriducibile"⁵⁷ del diritto alla salute, e quindi, non garantire a tutti coloro che si trovano sul territorio italiano non solo le prestazioni di pronto soccorso e di medicina d'urgenza, "ma anche [a] tutte le altre prestazioni essenziali per la vita"⁵⁸. La Corte nella sentenza n. 169/2017, in riferimento al rapporto tra Livelli essenziali di assistenza⁵⁹ e finanziamento della spesa sanitaria, ha precisato che «ferma restando la discrezionalità politica del legislatore nella determinazione – secondo canoni di ragionevolezza – dei livelli essenziali, una volta che questi siano stati correttamente individuati, non è possibile limitarne concretamente l'erogazione attraverso indifferenziate riduzioni della spesa pubblica. In tale ipotesi verrebbero in essere situazioni prive di

⁵⁴ Corte di Cassazione, sez. I Civile, sent. n. 20561/2006; Cassazione, Sez. I, Civile, 24 gennaio 2008, n. 1531; Corte di Cassazione, SS.UU. Civili, sent. n. 14500, 10 giugno 2013. Analogamente anche il giudice amministrativo: Cons. Stato, sent. n. 4863/2010; n. 5286/2011.

⁵⁵F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 30, utilizzò l'espressione '*diritto finanziariamente condizionato*', osservando che «Se si inquadra il fenomeno sotto il profilo soggettivo si deve constatare che I diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì diritti finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche I diritti sociali garantiti dalla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relative, e come tali non identificabili con I diritti fondamentali del Cittadino, il che non significa riscoprire Carl Schmitt e la programmaticità dei diritti sociali. Significa solo dire che I diritti sociali hanno un contenuto diverso dai diritti di libertà. Ciò porta anche ad escludere che l'utente coincida col cittadino e conseguentemente che l'organizzazione dei pubblici servizi debba necessariamente seguire il modulo rappresentativo». Sul rapporto fra diritti e disponibilità di bilancio: M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano; ID., *La giurisprudenza costituzionale nel tempo della crisi*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017, 15; Corte Cost. sent. n. 248/2011; Corte cont., Sez. contr. reg. Campania, 26 gennaio 2015, n. 7; Sez. contr. Veneto, 3 agosto 2017, n. 426; Cons. Stato, Sez. III, 20 luglio 2016, n. 3297; 23 gennaio 2017, n. 267.

⁵⁶ Cfr. Corte Cost. sent. 309/1999, punto 3; 203/2016, in www.cortecostituzionale.it.

⁵⁷ Al riguardo, Corte Cost., sent. 509/2000, in www.cortecostituzionale.it.

⁵⁸ Cfr. Corte di Cass., Sez. Un., 10 giugno 2013, n. 14500. La Circolare n. 5 del 24 marzo 2000 del Ministero della Salute chiarisce che per cure urgenti si intendono le cure che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute della persona e per «cure essenziali» quelle prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche, relative a patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita.

⁵⁹ Rideterminati dal D.P.C.M. del 12 gennaio 2017.

tutela in tutti i casi di mancata erogazione di prestazioni indefettibili in quanto l'effettività del diritto ad ottenerle «non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto». Di qui «la doverosa separazione del fabbisogno Lea dagli oneri degli altri servizi sanitari»⁶⁰. In tal modo la sentenza collega l'intangibilità alla determinazione dei Lea, sicché una tutela identificata come componente costitutiva dei Lea non può essere, poi, negata per motivazioni finanziarie. (1) Tuttavia, se «i diritti fondamentali – anche quelli sociali di prestazione – non sorgono direttamente limitati dalle esigenze finanziarie ma lo diventano per effetto delle scelte compiute dal legislatore, cui è affidato il compito di operare le opportune graduazioni imposte dalla limitatezza delle risorse disponibili, secondo un criterio di ragionevolezza»⁶¹.

Si comprende quindi, l'importanza del ruolo del legislatore al quale spetta il bilanciamento fra diritti fondamentali ed esigenze finanziarie (valori non equiparabili), allorché la cogenza sociale del fenomeno immigratorio mostra la vulnerabilità della condizione materiale dello straniero e la necessità di aprirsi alle problematiche giuridiche del pluralismo sociale e culturale, e ad una riflessione più ampia su quale sia, oggi, il ruolo dei diritti sociali nel contesto europeo, sul livello di garanzia essenziale affinché una prestazione sia esigibile⁶² e quali siano gli strumenti a tutela della stessa⁶³.

⁶⁰ Corte Cost., sent. 169/2017, punto 9.3.2 del Considerato in diritto.

⁶¹ Cfr. Corte dei Conti, Sez. giur. reg. Liguria, 15 marzo 2016, n. 23. Il Giudice costituzionale nella sentenza n.62/2020, aderendo all'orientamento di una giurisprudenza costituzionale consolidata sui Lea, che colloca la spesa sanitaria tra le «spese costituzionalmente necessarie» (sent. 266/2013 e 6/2019), emancipa il diritto sociale alla salute dal vincolo di bilancio, precisando che l'intreccio di competenze tra i livelli di governo e gli eventuali conflitti di competenza, non debbano mortificare la persona umana. Con specifico riferimento alla determinazione dei Lea concernenti i diritti sociali: R. BALDUZZI, *Livelli essenziali e risorse disponibili: la sanità come paradigma*, in *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, a cura di F. ROVESI MONACO, C. BOTTARI, Rimini, 2012, 79-95; R. NANIA, *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in *L'erogazione delle prestazioni sanitarie tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, a cura di M. SESTA, Santarcangelo di Romagna, 2014, 29-43 M. ATRIPALDI, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza (LEA)*, in www.federalismi.it, 2017.

⁶² Nella sentenza n. 275/2016, la Corte afferma che è «la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 4, 2011, 1 ss.; D. MORANA, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Rivista AIC*, 4, 2013, 1 ss.; S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015; M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017; A.M. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 1 ss.; F. DI DONATO, *Crisi economica, sovranità statale e diritti sociali nell'era dell'austerità di bilancio e del neoliberalismo europeo*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2017, 1 ss.; F.G. CUITAIA, *Il condizionamento finanziario del diritto sociale alla salute: fondamento e prospettive evolutive*, in *Astrid*, 9, 2017.

⁶³ Per lo straniero irregolare sono garantite le prestazioni minime essenziali e le cure ospedaliere urgenti ed essenziali. Come osservato da S. D'ANTONIO, in tal modo si determina una ulteriore

Fondamentale, in tale prospettiva, è stato l'Accordo Stato-Regioni del 2013⁶⁴, con il quale si è inteso assicurare, per la prima volta nel contesto di un'intesa tra Stato e autonomie locali, la parità di trattamento, a livello nazionale, tra cittadino italiano e persona straniera sotto il profilo dell'assistenza sanitaria e dell'accesso alle cure per i soggetti più vulnerabili. Anche per le persone straniere prive del permesso di soggiorno e per i cittadini comunitari privi dell'iscrizione anagrafica si è voluto così riaffermare l'esistenza, su tutto il territorio italiano, di un diritto di accesso alle cure essenziali e urgenti con l'utilizzo, rispettivamente, del codice STP (Straniero Temporaneamente Presente) e del codice ENI (Europeo Non Iscritto). Analogamente, adeguandosi a fonti di rango internazionale, quali la Convenzione sui diritti del fanciullo⁶⁵ e la Risoluzione A7-0032/2011 (punti 5 e 22) del Parlamento Europeo (8 febbraio 2011), si è inteso, inoltre, garantire l'iscrizione obbligatoria al Servizio Sanitario Nazionale di tutti i minori stranieri, pur in assenza del permesso di soggiorno, in ragione del superiore interesse a tutelare il minore.

Adeguandosi a questo orientamento solidaristico e garantista, il t.u. sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) prevede all'art. 35, co. 3, che anche agli stranieri non in regola con le norme sull'ingresso e soggiorno vengano assicurate, nei presidi pubblici e accreditati, le cure ambulatoriali e ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia e infortunio e siano estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva, incluse la tutela della maternità, le vaccinazioni e la profilassi delle malattie infettive; il successivo co. 5 del medesimo articolo stabilisce che l'accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero non in regola con le norme sul soggiorno non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano.

Come innanzi detto, il legislatore con la legge n. 47/2017 si è specificamente preoccupato dei MSNA, disciplinando in maniera organica e puntuale la tutela dei minori stranieri non accompagnati, ed introducendo misure rivolte al rafforzamento dei diritti e delle tutele proprio «in ragione della loro condizione

discriminazione in quanto si evidenzerebbero due essenzialità diverse: una per i Lea e una per le cure dello straniero irregolare. Si v. S. D'ANTONIO, *Appunti introduttivi sul diritto alla salute degli stranieri nell'ordinamento italiano*, in F. RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, Napoli, 2014, vol. I, 97 ss. Per i MSNA irregolari, anche se la normativa prevede un'assistenza sanitaria privilegiata, rispetto a quella garantita agli adulti irregolari, permangono molteplici disparità fra regione e regione.

⁶⁴ In G.U. n. 32, 7 febbraio 2013 – Suppl. Ordinario n. 9.

⁶⁵ La Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, con particolare riferimento al diritto alla salute del minore straniero, non consente di effettuare distinzioni tra migranti in base ai rispettivi Stati di provenienza alla regolarità o meno della presenza sul territorio nazionale e di condizionarne così la fruizione dei diritti fondamentali ivi contemplati, tra i quali si annovera, come visto, quello alla salute.

di maggiore vulnerabilità», riconoscendo la titolarità di tutti i «diritti in materia di protezione dei minori a parità di trattamento con i minori di cittadinanza italiana o dell'Unione europea»⁶⁶. La legge, oltre a riordinare le precedenti disposizioni normative, disciplina l'intero percorso dei minori stranieri non accompagnati, dal loro ingresso sul territorio sino al loro inserimento sociale, ovvero il rientro nel Paese di provenienza o in diverso paese nel quale sia possibile un ricongiungimento con altri familiari⁶⁷.

Dal punto di vista definitorio, bisogna tenere conto, insomma, dell'identità multipla di cui l'MSNA è detentore: minore, solo e straniero. Stando alla definizione enucleabile dalla norma (art. 2 della l. n. 47/2017)⁶⁸, e precedentemente analizzata, la definizione di MSNA richiama tre requisiti: la minore età (per la quale occorre fare riferimento alla legge nazionale dell'interessato⁶⁹); la cittadinanza di un paese estraneo all'Unione Europea; l'assenza in Italia di un adulto per lui legalmente responsabile. Non rientrano dunque nella categoria degli MSNA: i minori stranieri non accompagnati che non possono essere espulsi (art. 19, co.2 *lett. a*) del d.lgs. 286/1998), con conseguente diritto al rilascio del permesso (è il caso dei bambini o dei ragazzi affidati nel Paese di origine dai genitori a familiari o conoscenti residenti in Italia in forza di un affidamento, per esempio la *kafalab*⁷⁰, che possa essere riconosciuto nel nostro ordinamento. Lo

⁶⁶ Per comprendere le problematiche aventi ad oggetto i MSNA si v., la *Relazione annuale* presentata al Parlamento, nel giugno 2019, dall'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, pubblicata sul sito www.garanteinfanzia.org, che contiene una sezione dedicata ai MSNA. A. DI PASCALE, C. CUTITTA, *La figura del tutore volontario dei minori stranieri non accompagnati nel contesto delle iniziative dell'Unione europea e della nuova normativa italiana*, in *Dir. immigr. cidad.*, 2019, 1, 1 e ss.; S. PENASA, *L'acertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati: quali garanzie? Un'analisi comparata e interdisciplinare*, 2019, 2, 99 ss., in www.federalismi.it; S. GIOVA, *I minori stranieri non accompagnati nella l. n. 47 del 2017: la necessità di un intervento organico per un effettivo esercizio dei loro diritti*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 109 e ss.; F. DI LELLA, *Minori stranieri non accompagnati: strumenti privatistici per la tutela delle identità culturali*, in *Diritto e Religioni*, 2018, 2, 209 e ss.; R. MASONI, *Protezione dei minori stranieri non accompagnati nella l. n. 47/2017: un primo commento*, 2017, in www.personaedanno.it; R. SENIGAGLIA, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, 2017, 6, 710 e ss. in www.juscivile.it; M. GIOVANNETTI, M. ACCORINTI, *I minori stranieri non accompagnati tra accoglienza e integrazione*, in *Minorigiustizia*, 2017, 3, 96 e ss.; C. CASCONE, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17 (Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci e ombre*, in *Dir. immigr. cidad.*, 2017, 2, 1 e ss.; F. ALBANO, *Minori stranieri non accompagnati nella prospettiva dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza*, in *Minorigiustizia*, 2017, 55-64.

⁶⁷ A seguito dell'emergenza Covid-19 il MSNA è collocato presso strutture dedicate per lo svolgimento del periodo di quarantena. Il trasferimento presso le strutture di accoglienza potrà avvenire previo rilascio di idonea certificazione sanitaria.

⁶⁸ Corte di Cass., 3 aprile 2019, n. 9199, in *Mass. Giust. civ.*, 2019, per esteso, in *DeJure.it*.

⁶⁹ Ai sensi dell'art. 23 della legge n. 218 del 1995, infatti, «La capacità di agire delle persone fisiche è regolata dalla legge nazionale».

⁷⁰ Per l'approfondimento dell'istituto si rimanda a MOROZZO DELLA ROCCA, *Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante kafalah al cittadino italiano o europeo*, in *Corriere giuri-*

sono invece quelli che giungano soli in Italia per ricongiungersi a un familiare residente nel nostro Paese?⁷¹.

Coerentemente a questa impostazione, è previsto che il permesso di soggiorno per minore età abbia efficacia sino al raggiungimento della maggior età. L'art. 13, co. 2, della l. n. 47/2017 attribuisce, altresì, al Tribunale per i minorenni la competenza di disporre il prosieguo amministrativo, in tutti i casi in cui al compimento della maggiore età, sia necessario, per il completamento del percorso personale di inserimento sociale, un supporto prolungato. La richiesta per la prosecuzione del collocamento in comunità sino al ventunesimo anno di età deve essere presentata alla Procura presso il Tribunale per i minorenni o al Tribunale per i minorenni competente territorialmente, prima del compimento dei 18 anni, così analogamente, può essere richiesta la conversione del permesso di soggiorno da minore età a motivi di lavoro.

Inoltre, in ambito sanitario, il nostro ordinamento dispone che tutti i minori, compresi quelli “non accompagnati” anche se privi del permesso di soggiorno, devono essere in ogni caso iscritti al Servizio Sanitario Nazionale (SSN), a parità di condizioni con i cittadini italiani⁷². Quindi, il diritto all'assistenza sanitaria è stato esteso anche a coloro che sono presenti in Italia in condizione di irregolarità giuridica e clandestinità, garantendo loro oltre alle cure urgenti anche quelle essenziali.

Dal quadro delineato si rileva che il sistema di protezione coinvolge, a diversi livelli e competenze, molteplici attori, sia istituzionali che privati, i quali intervengono nel processo di integrazione sulla base delle diverse funzioni attribuite dalla normativa e dalle politiche pubbliche.

3.1. *Il ruolo del tutore volontario*

In questo scenario – come precedentemente accennato – l'incidenza della dimensione europea, quale cornice entro cui la tutela dei migranti prende forma, diventa dirimente per spiegare le trasformazioni legislative del settore. Con l'entrata in vigore della legge 24 dicembre 2012 n. 34, è cambiato il modo in cui l'Italia partecipa alla formazione e all'attuazione della normativa europea (fase

dico, 2015, 12, 1497-1503; L. RACHELE, *Le sezioni unite dettano le condizioni affinché la kafalah di diritto islamico sia presupposto per il ricongiungimento familiare* in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 3, 264-278; M. NISTIVÒ, *Brevi osservazioni intorno alla rilevanza della kafala nell'ordinamento italiano*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, 419-436.

⁷¹ In questi casi il minorenni ben potrà essere collocato con un provvedimento di affidamento familiare presso il familiare, giudicato dalle competenti autorità italiane idoneo a prendersi cura del ragazzo

⁷² Cfr. Accordo Stato-Regioni del 2013, che espressamente richiama in tal senso la Convenzione sui diritti del fanciullo, nonché la Risoluzione A7-0032/2011, punti 5 e 22, del Parlamento Europeo dell'8 febbraio 2011.

ascendente e discendente) con lo scopo di rendere più omogenee e soddisfacenti le attività di *policy making* adottate dai Parlamenti nazionali. L'ingresso dell'Italia all'interno del sistema multilivello dei diritti ha determinato una nuova forza dialogica fra la dimensione nazionale e quella sovranazionale, a vantaggio di un più efficace ed effettiva tutela dei c.d. diritti fondamentali. Questa stratificazione dei livelli di tutela viene assicurata dai meccanismi di *control governance* fondati, difatti, su un'azione di coordinamento tra Istituzioni europee, Stati membri e gli enti regionali e locali e sempre nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. È all'interno del sistema di *governance* multilivello, fondato altresì sul principio di solidarietà, che diventa più agevole comprendere la figura del Tutore volontario, previsto dalla l. n. 47/2017, assume un ruolo di fondamentale importanza nel progetto di inclusione sociale del minore⁷³.

La l. n. 47/2017 dispone che, presso ogni Tribunale per i minorenni⁷⁴, venga istituito un elenco dei Tutori volontari (art.11), a cui possono essere iscritti privati cittadini, selezionati e adeguatamente formati da parte dei Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza, disponibili ad assumere la tutela di un minore straniero non accompagnato o di più minori, nel numero massimo di tre, salvo che sussistano specifiche e rilevanti ragioni. Il tutore diventa rappresentante legale e portavoce degli interessi del minore straniero non accompagnato (MSNA) in Italia, seguendolo nella crescita e nell'inserimento, consentendogli di superare gradualmente le barriere linguistiche e culturali che separano il minore dal sistema nel quale si è ritrovato.

La norma istitutiva della figura del Tutore volontario costituisce, per molti aspetti, una novità nel panorama della legislazione e dell'assistenza a favore dei minori stranieri non accompagnati. Per la prima volta, una legge statale, riconosce a pieno titolo un ruolo ed attribuisce compiti precisi ai Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza. Il tratto più interessante risiede però nel coinvolgimento dei privati nel percorso di inserimento sociosanitario dei MSNA con importanti riflessi sul rapporto tra filiera pubblica e attori alternativi e, quindi, sulle forme di protezione del diritto alla salute. Una novità assoluta se si considera che, fino al 2017, la tutela dei minori è stata attribuita quasi esclusivamente all'ente pubblico: sindaci o loro delegati – per lo più assessori con delega ai servizi sociali – presidenti o direttori dei consorzi dei comuni per la gestione dei servizi sociali. Questi esercitano la funzione attraverso i loro uffici e servizi che si avvalgono dell'attività di operatori qualificati (assistenti sociali, educatori professionali, operatori sociosanitari e mediatori culturali a cui delegano atti o inca-

⁷³ Si v. J. MARZETTI (a cura di), *Tutori volontari per minori stranieri non accompagnati*, Santarcangelo di Romagna, 2018, 11.

⁷⁴ Cfr. d.lgs. 220/2017 ha spostato dal giudice tutelare al Tribunale per i minorenni la competenza ad aprire la tutela e a nominare il Tutore, in modo da concentrare tutte le fasi procedurali giurisdizionali relative ai minori stranieri non accompagnati presso uno stesso giudice.

richi singoli). Pur riconoscendo che si tratta di un'attività caratterizzata da una forte professionalità assai utile nell'esercizio delle funzioni richieste, di fronte all'aumento negli ultimi anni dei flussi migratori di minori non accompagnati sul nostro territorio, questa funzione potrebbe essere arricchita dalla presenza di un adulto di riferimento che, interpretando il ruolo ed i compiti previsti dalla legge e dal codice civile, può diventare un punto di riferimento importante per un/a ragazzo/a straniero/a solo/a nel nostro Paese, che possa proseguire nell'accompagnamento del minore anche oltre il compimento del diciottesimo anno⁷⁵.

La presenza ed il ruolo che può svolgere il Tutore volontario in ogni fase del percorso di assistenza e accoglienza sono di fondamentale importanza. Il Tutore volontario, infatti, non deve essere una figura abilitata allo svolgimento di meri compiti di assistenza al minore di carattere amministrativo (si richiede ad esso la rappresentanza legale del minore, che in quanto tale non ha capacità di agire), ma può, anzi deve, svolgere un ruolo più sottile e, per questo, fondamentale: ottenere la fiducia del minore e costruire un percorso condiviso, cooperando con gli operatori sociosanitari nell'individuazione dei servizi necessari per l'inserimento del minore. Il ruolo del Tutore volontario non solo è condizionato dal rapporto con le istituzioni, catalizzatori principali dei bisogni dei cittadini, ma diventa ancor più importante perché risponde soprattutto all'esigenza del minore di contare su un adulto di riferimento in grado di interpretarne i bisogni, garantirne i diritti, anche nei confronti degli stessi enti, ed aiutarlo a riconoscere i propri doveri⁷⁶. Oltre al Tutore volontario, disponibile ad assumere la tutela di un minore straniero, è quindi indispensabile il coinvolgimento e la collaborazione

⁷⁵ Il Tutore viene nominato dal giudice a ogni persona minorenni sul territorio italiano (indipendentemente, dunque, dalla cittadinanza) priva di genitori che possano esercitare la responsabilità genitoriale su di lui o su di lei (art. 343 cod. civ.). Può essere un privato individuo (es. il nonno del minore, ma anche una persona che assuma l'incarico senza aver avuto previa conoscenza diretta del minore e che intenda svolgere tale funzione a titolo di volontariato come esperienza di cittadinanza attiva) o in via residuale un ente pubblico (art. 354 cod. civ.). Il Tutore non è un mero rappresentante legale, cioè non si limita ad agire in nome e per conto del tutelato compiendo per suo conto atti giuridici (es. firma della domanda per il rilascio del permesso di soggiorno), ma deve avere «cura della persona del minore» ed eventualmente, amministrarne i beni (art. 357 cod. civ.). L'ufficio tutelare è gratuito (art. 379 cod. civ.). Al Tutore volontario non viene richiesto di accogliere nella propria abitazione il minore – non si tratta infatti di affidamento familiare – così come non è richiesto alcun contributo alle spese per l'assistenza e l'educazione dello stesso.

⁷⁶ Nonostante che il legislatore abbia statuito che il Tutore svolga la propria funzione gratuitamente, un elevato numero di cittadini si è reso disponibile a svolgere tale ruolo; tuttavia, si ritiene, in questa sede, al riguardo, che non sia possibile chiedere al T.V. oltre ad un grande impegno educativo e responsabilità anche un sacrificio economico, tant'è che in merito a tale criticità l'ufficio del Garante nazionale per l'infanzia e l'adolescenza sta cercando di superarla prevedendo la possibilità di ottenere il rimborso delle spese vive sostenute dal Tutore (spese di viaggio: benzina e trasporti) permessi dal lavoro retribuiti e assicurazione per il Tutore per possibili danni arrecati dal minore quando si trova con il suo Tutore.

di tutte le istituzioni e degli operatori che in esse operano al fine di canalizzare competenze previste dall'ordinamento nei confronti di un minore straniero non accompagnato, in quanto solo e bisognoso di particolare assistenza.

Il lavoro del tutore è quindi di relazione, sinergico con le strutture di accoglienza e le istituzioni di riferimento, ciascuna nell'ambito delle proprie competenze con l'obiettivo di creare un rapporto uno a uno che vada oltre l'aiuto nello svolgimento delle pratiche burocratiche (che in ogni caso sono molteplici e andranno svolte con grande puntualità e precisione). Si tratterà infatti, di accompagnare il minore nella richiesta del permesso di soggiorno, nelle esigenze sanitarie che richiedano il consenso informato ed anche nella eventuale richiesta di protezione internazionale. Questa prospettiva è certamente rispondente alla visione personalistica che domina il disegno costituzionale e le sensibilità europee, nell'ambito della quale lo sviluppo della persona passa per una molteplicità di fattori che vengono acuiti nelle ipotesi di stranieri accolti in un Paese diverso da quello di origine. La codificazione di un linguaggio che faccia da ponte tra culture, esperienze e dimensioni differenti è la prima sfida di un Paese democratico che deve fare dell'inclusione un valore e una missione.

Il Tutore dovrà conoscere il vero "progetto migratorio", dovrà cioè comprendere quali siano le ragioni reali che hanno indotto il minore a lasciare la propria famiglia, il proprio Paese avventurandosi in un viaggio spesso molto lungo e pericoloso. Solo con questa conoscenza il Tutore, in collaborazione con gli operatori dei servizi, potrà accompagnarlo in un reale percorso di integrazione, mettendo a disposizione quelle che sono le proprie conoscenze e risorse sociali e relazionali, senza perdere di vista naturalmente gli obblighi istituzionali. Si tratta, pertanto, di un'attività da svolgere in rete con tutti coloro che, a diverso titolo, sono coinvolti nel sistema di tutela del minore (autorità giudiziaria, servizi sociali, sanitari, questura, prefettura, scuola). Certamente è un progetto complesso e finanziariamente impegnativo che richiede però cambiamenti anche di natura organizzativa da parte dei servizi e degli uffici e di coloro che vi lavorano all'interno, dovuti alla necessità di confrontarsi con una nuova modalità operativa che richiede di relazionarsi con più soggetti, come i tutori volontari, con cui collaborare per trasferire sia le informazioni relative al minore ma anche le informazioni necessarie per consentire loro di ben operare nel sistema dei servizi in coerenza alla normativa e all'organizzazione vigente. I benefici di questa novità verosimilmente si riverbereranno fin da subito sui ragazzi e di conseguenza poi anche sui servizi e sulle istituzioni, che non potranno che beneficiare dell'attività di tanti volontari qualificati.

Altra questione di particolare interesse, che richiede particolare attenzione e impegno, è costituita dalla necessità di individuare modalità che consentano l'abbinamento tra Tutore e minore in considerazione delle caratteristiche di entrambi. Si comprende, in questa fase, come sia importante ed intensa l'attività

del Tribunale per i minorenni, dei servizi sociali e delle organizzazioni impegnate nell'accoglienza dei minori, al fine di poter al meglio sfruttare la disponibilità e la professionalità di ciascuno e avviare una sperimentazione che abbia l'obiettivo di trasformare l'accoglienza dei minori in risorse future straordinarie per loro e per noi Paese accogliente, stante il *background* di saperi e culture. In relazione all'assistenza che il Tutore deve fare in tutto il percorso educativo assistenziale (legale, sanitario, scolastico), uno snodo critico è rappresentato dal genere, poiché la maggioranza dei MSNA è costituita da individui maschi, mentre le persone, compreso i tutori, che lavorano a stretto contatto con loro sono, per la maggior parte, di genere femminile; trattasi di un elemento davvero sostanziale nella misura in cui fa i conti con le elevate conflittualità, subordinazioni e disparità riscontrate alla luce di modelli e stereotipi socioculturali propri di ogni Paese.

Il Tutore ed il mediatore interculturale svolgono un ruolo di ponte fra due mondi culturali diversi: il Paese di origine, con le sue tradizioni, ed il Paese di arrivo, dove solitamente i minori arrivano presso le strutture e i servizi di riferimento accompagnati dalle forze dell'ordine; quindi uno dei primi impatti, oltre alla scarsa o nulla conoscenza del dove ci si trovi e di che cosa stia accadendo, è rappresentata dal contatto con figure autorevoli/autoritarie estranee al proprio vissuto e al proprio passato che esercitano, su di essi, un forte controllo. Va ricordato che a livello europeo, la diversità culturale, è vista come un valore da preservare e da rafforzare, al fine principalmente di promuovere un costruttivo dialogo fra gli immigrati e i cittadini del paese ospitante.⁷⁷

Conoscere diritti, doveri e responsabilità dei tutori volontari di MSNA è oggi una necessità per numerosi soggetti pubblici e privati: sarà infatti il contesto a dover valorizzare la funzione dei tutori volontari, funzione non inedita ma certamente fortissimamente potenziata dagli ultimi interventi del legislatore. Fra i compiti del Tutore volontario si comprende come l'assistenza in materia sanitaria costituisca un compito molto delicato. La legge prevede l'iscrizione obbligatoria e gratuita al S.S.N. dei minori stranieri non accompagnati, anche nelle more del rilascio del permesso di soggiorno (art. 34, co.1, del T.U. sull'immigrazione)⁷⁸; a parità di condizioni con i minori italiani, accedono a tutti i servizi e alle presta-

⁷⁷ Il diritto alla "diversità", ad un trattamento differenziato in ragione delle proprie prerogative specifiche (culturali, linguistiche, religiose) attinge ad una pluralità di fonti, *in primis*, l'art. 22 della Carta di Nizza, che si limita a proclamare che l'Unione europea rispetta la diversità culturale, linguistica e religiosa. Si v. G. FLICK, *Minoranze ed eguaglianza: il diritto alla diversità e al territorio come espressione dell'identità nel tempo della globalizzazione*, *Pol. dir.*, n.1, 2004, Il Mulino, 3 e ss.; si v. G. CATALDI, V. GRADO (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, 2014, Napoli, 361 e ss. Sulla "diversità culturale" come valore da preservare nella protezione dei gruppi minoritari (nel caso di specie, nella protezione delle popolazioni nomadi), si veda altresì la sentenza della Corte CEDU del 18 gennaio 2001, ric. n. 238/95, Chapman v. United Kingdom, al par. 93.

⁷⁸ Una volta rilasciato il permesso è valido fino alla maggiore età (articolo 10 della legge 47/2017).

zioni fornite dal SSN, inclusa l'assegnazione di un pediatra (fino a 14 anni) o di un medico di libera scelta. Quindi, sono iscritti obbligatoriamente al SSN: sia i MSNA in possesso di un permesso di soggiorno a qualsiasi titolo (per minore età, motivi familiari, richiesta di asilo, asilo, protezione sussidiaria, motivi umanitari ecc.) o che abbiano chiesto il rinnovo o la conversione di tale permesso di soggiorno (d.lgs. 286/1998, art. 34 co. 1, lett. a) e b); Circ. Ministero della Sanità del 24.3.2000), sia i MSNA in attesa del rilascio del permesso di soggiorno, a seguito delle segnalazioni di legge dopo il loro ritrovamento nel territorio nazionale (d.lgs. 286/1998, art. 34 co. 1, lett. c); d.p.c.m. 12.1.2017, art. 63 co. 4). In ogni caso, il minore fino a quando non sia iscritto al SSN ha diritto all'accesso alle prestazioni sanitarie di emergenza, previo rilascio della tessera STP, che deve essere richiesta dal Tutore.

Fra i vari compiti in materia sanitaria, nei casi di minore straniero non accompagnato, il Tutore deve provvedere alla vaccinazione ed i relativi certificati devono essere presentati al momento dell'iscrizione ad un istituto scolastico. Tenuto conto delle complesse dinamiche contingenti, inoltre, con circolare n. 168 del 20 maggio 2020, il Ministero della Salute ha concluso un accordo di collaborazione con la Società Italiana di Pediatria (SIP) e *Save the Children* Italia per l'educazione alla prevenzione e alla salute rivolta a bambini, adolescenti e genitori, che assume particolare importanza per un'azione di ostacolo alla diffusione del virus Covid-19. È evidente come il ruolo del tutore assuma centralità nel percorso di autodeterminazione dell'individuo che vive della dimensione sociale concepita ad un tempo come personalista e pluralista. Nel primo senso guardando cioè ai diritti del singolo, nel secondo guardando alla funzionalizzazione del singolo all'interno della collettività nella quale e per la quale ciascun cittadino deve agire. Le questioni legate ai diritti e alle libertà degli individui, specie se minori, presuppongono necessarie considerazioni, di cui si dirà di qui a poco.

4. *Il conflitto tra diritti e libertà nell'autodeterminazione del minore: il problema del consenso informato*

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, si comprende come il Tutore volontario rivesta un ruolo fondamentale nella “relazione di cura”, essendo “figura vicina” al paziente MSNA e nella prestazione del consenso informato. Per norma e giurisprudenza costituzionale, ogni trattamento sanitario, a prescindere dall'età del destinatario, richiede il consenso informato dell'interessato all'intervento medico⁷⁹: il fine è di garantire la libera e consapevole scelta da

⁷⁹ Si v. legge 22 dicembre del 2017, n. 219, «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»; art. 32, co. 2, art. 13 e art. 2 Cost.; Corte Cost. sent. n. 438/2008, n. 253/2009, n. 262/2016, www.cortecostituzionale.it.

parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente a quanto sancito dall'art. 32, co. 2, della Cost.⁸⁰. È una chiara questione che attiene al bilanciamento di interessi costituzionalmente protetti, al rapporto tra libertà di autodeterminazione e tutela della salute, specie se nel mirino del problema ricadono i minori, per giunta stranieri.

La legge 22 dicembre del 2017, n. 219, recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento», disponendo che il consenso informato al trattamento sanitario del minore sia espresso o rifiutato «tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità», si è orientata verso la condivisione del minore delle scelte terapeutiche, che va in ogni caso commisurata al grado di maturità del minore e alla sua capacità di valutazione autonoma. Al riguardo, l'art. 3, co. 1, dispone che «la persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1» e «deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà». Nell'ipotesi in cui «il rappresentante legale della persona minore rifiuti (revochi) le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria» (art. 3 co. 5).

La problematica della relazione medico-paziente MSNA è molto delicata in quanto, ai medici, in base al codice deontologico (art. 29), è assegnato un compito di assistenza che consiste nel contribuire a proteggere i minori, in particolare qualora si ritenga che l'ambiente, familiare o extra-familiare nel quale vivono, non sia sufficientemente sollecito alla cura della loro salute, e nell'adoperarsi, in qualsiasi circostanza, perché il minore possa fruire di quanto necessario ad un armonico sviluppo psico-fisico della sua persona. Nel caso dei MSNA tale compito è ancor più delicato, poiché la relazione medico-paziente è mediata dalla presenza del Tutore volontario. Si tratta di decisioni “con” e “per” il minore che possono dare luogo a molteplici conflitti: si pensi, ad esempio, al contrasto tra esercente tutela e medico che richiede trattamento, o a quello tra esercente tutela e medico che si oppone a cure richieste (si pensi alle cure di sostegno vitale per il minore). Di non facile gestione è poi il contrasto tra esercente la rappresentanza legale e minore che sia dotato di una sufficiente capacità di discernimento (neomaggiorenne/cd. grande minore) in ordine alle cure e ai trattamenti da intraprendere: in questo caso, la volontà del paziente assume un ruolo fonda-

⁸⁰ Corte Cost., sent. n. 438 del 2008, par. 4), in www.cortecostituzionale.it.

mentale nell'esercizio del diritto personale alla salute e ad essa potrebbe doversi dare valore preminente⁸¹. Ma qual è l'interesse del minore in materia sanitaria in questi casi?

Il problema origina dal fatto che la l. n. 219/2017 non menziona espressamente l'interesse del minore come criterio di orientamento delle decisioni sanitarie da assumere⁸² che riguardino gli incapaci legali, al netto di quanto previsto dall'art. 2 sull'irragionevole accanimento terapeutico anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico⁸³. In tali ipotesi valgono, infatti, i riferimenti alle norme costituzionali e alla Carta dei diritti fondamentali UE contenuti all'art. 1 co. 1, così come l'indicazione dello scopo di «tutela della salute psicofisica e della vita del minore, nel pieno rispetto della sua dignità» sancito nel co. 2 dell'art. 3.

Così gli articoli 4 e 5 della l. n. 219/2017 disciplinano alcuni strumenti di programmazione delle decisioni sanitarie che consentono, appunto, l'esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica in particolari situazioni che hanno in comune la previsione di una futura perdita di coscienza e di capacità (anche naturale) di agire del soggetto: le DAT (Disposizioni Anticipate di Trattamento) e la PCC (Pianificazione Condivisa delle Cure). Dal tenore letterale delle norme sembrerebbe che entrambi gli atti siano preclusi ai minori, neanche nel caso in cui siano maturi, cioè prossimi alla maggiore età e capaci di intendere e volere in concreto. Conseguentemente, richiedendo la norma la maggiore età, il minore che dovesse redigere la DAT compirebbe un atto privo di effetti⁸⁴. La suindicata previsione ha suscitato critiche in dottrina, in quanto non in linea con la attuale tendenza del legislatore che è stata quella di attribuire maggior importanza alla volontà del minore, lasciando semmai al giudice la valutazione del suo grado di maturità, come si rileva nell'art. 3, co. 5, della l. n. 219/17⁸⁵, o ad esem-

⁸¹ Cfr. Trib. Roma, sez. I, 16.02.2017 sul contrasto su cure tradizionali prescritte e cure omeopatiche seguite.

⁸² Sulla regola del coinvolgimento del minore nelle scelte terapeutiche in base all'età e al grado di maturità, cfr. <https://giuricivile.it/lautodeterminazione-terapeutica-dellincapace-riflessioni-alla-luce-della-legge-219-2017/>.

⁸³ Il Comitato Nazionale per la Bioetica nel parere reso il 26.01.2016 avente ad oggetto il tema della 'Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte', al par. 5 si occupa della sedazione del minore d'età ed affronta il tema della distinzione concettuale tra eutanasia e astensione/interruzione di trattamenti sanitari di sostegno vitale.

⁸⁴ In tal senso, G. BALDINI, *L. n. 219/17 e disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 814, il quale esprime perplessità sul fatto che il c.d. grande minore non abbia la possibilità di esprimere anticipatamente le proprie volontà in ordine alle cure da ricevere nell'eventualità in cui dovesse divenire incapace. Sulla volontà del minore, si v. L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Dir. famiglia*, 192 ss.

⁸⁵ Sul potere dell'amministratore di sostegno in merito al consenso informato ai trattamenti sanitari di sostegno vitale e sulla necessità dell'atto di nomina, si v. Corte Costituzionale sent. 13 giugno 2019 n.144, www.cortecostituzionale.it

pio negli artt. 315 *bis*, 336 *bis* e 337 *octies* del Codice civile. Difatti, la dottrina più recente propende per una modulazione della capacità di compiere atti giuridici basata sull'effettiva capacità di discernimento, e non sull'età del paziente, e, quindi, l'ascolto del minore (capace di discernimento), oltre a garantire una condivisione attiva del minore nel piano terapeutico e negli obiettivi prefissati, realizza una effettiva tutela delle sue situazioni esistenziali e la libera autodeterminazione nell'ambito dei diritti personali e di libertà. Seguendo questa impostazione, in relazione al PCC, si osserva che la normativa sul consenso informato non vuole precludere *tout court* al minore l'accesso alla PCC, cioè alla partecipazione insieme al tutore o al rappresentante della valutazione e pianificazione delle cure. Una condivisione che si manifesta ancor più importante allorché la prognosi si rivela, a breve, infausta e si annulla la speranza di vita accettabile: solo in quei momenti si forma nel malato la decisione di cessare una vita non più tollerabile e diventa determinante il ruolo dell'esercente la rappresentanza legale ed il suo rapporto con il minore e, di quest'ultimo, con il medico nelle scelte rivolte ad evitare dolori e afflizioni al malato, in questo caso MSNA, nel rispetto della sua dignità⁸⁶. La comunicazione e la relazione rappresentano il *focus* centrale del processo decisionale. Si comprenderà la delicatezza della problematica nell'ipotesi in cui il minore rifiuti le cure, non solo qualora ci siano dei genitori, ma qualora essi non siano presenti sul territorio italiano.

Come innanzi detto, l'art. 336 *bis* c.c. dispone che «il minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento è ascoltato dal presidente del tribunale o dal giudice delegato nell'ambito dei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano»; il principio è ripreso anche dall'art. 315 *bis* co. 3 cc, oltre che dall'art. 147 cc, «doveri verso i figli» e, soprattutto, nell'art. 30 Cost. Principi che assumono particolare rilevanza per le conseguenze che possono aversi⁸⁷, se contestualizzati e ricostruiti nell'ambito delle scelte sanitarie nei confronti dei minori, soprattutto dinanzi alla «resistenza» del minore ai trattamenti, al principio di incoercibilità dei trattamenti (art. 32, co.2, Cost.) ed al progressivo riconoscimento, negli ultimi anni, del principio di autodeterminazione in capo a dei soggetti formalmente incapaci, quali i minori, con graduale considerazione della volontà del minore (superati 12 anni di età) nell'ambito sanitario. Di certo, centrale è l'interesse ed i bisogni del minore e gli interventi sanitari a beneficio dello stesso. Al riguardo, gli artt. 330 e ss. del Codice civile prevedono l'intervento del Tribunale dei minori con provvedimenti ablativi della responsabilità genitoriale ex artt. 330 e ss c.c., «qualora manchi l'assenso dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale e

⁸⁶ Il comma 8 dell'art. 1 della Legge 219/17 precisa che «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura».

⁸⁷ A. CORDIANO, *Dal principio dell'ascolto all'autodeterminazione dispositiva del minore: il consenso informato in pediatria*, 2012, http://www.comparazioneidiritto.civile.it/prova/files/cordiano_principio.

non già quando difetta l'assenso del minore, che pure deve essere sentito se ha compiuto gli anni 12».

Il passaggio da un modello di medicina di tipo paternalista, di derivazione ippocratica, ad un modello di scelte condivise e del rispetto del valore della autodeterminazione, trovava già conferma, del resto, nella legge 27 maggio 1978, n. 194 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*), il cui art. 2, ult. comma, prevede espressamente che «da somministrazione su prescrizione medica, nelle strutture sanitarie e nei consultori, dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile è consentita anche ai minori»; la disposizione conferma l'orientamento che tende al coinvolgimento del minore nelle decisioni terapeutiche. Il c.d. *best interest of child* si presenta, dunque, come una clausola generale, un principio importante volto a garantire il rispetto dei diritti fondamentali dei minori, tanto utile quanto pericoloso se del concetto, alquanto inafferrabile, si fa un uso retorico e/o ambiguo⁸⁸.

Il diritto di ascolto (art. 12 Convenzione di New York, 1989) e quello di comunicazione sono strumenti fondamentali per l'effettiva partecipazione dei minorenni nelle scelte terapeutiche; ma i diritti dei minori si scontrano, tuttavia, con un problema giuridico non facilmente superabile quale l'incapacità legale dei soggetti in quanto solo per i cd. grandi minori la giurisprudenza applica il principio dell'autodeterminazione sancito dall'art. 32 Cost. (secondo cui vige il divieto di trattamenti sanitari imposti a persone capaci di comprendere la propria condizione sanitaria)⁸⁹.

Il settore sanitario è luogo privilegiato per il contrasto dei diritti perché da un lato indaga sulla dimensione, in continuo divenire, del diritto alla salute, valorizzandone l'aspetto dinamico-relazionale, dall'altro pone il problema del contrasto tra diritti e libertà. La figura del tutore volontario funge da volano per la definizione sociale del minore straniero non accompagnato e da punto di riferimento per l'assistenza medico-sanitaria ma, al tempo stesso, si arresta dinanzi alle questioni legate al fine vita e alle pratiche del consenso informato per i trattamenti terapeutici.

Dallo scenario delineato, si comprende come l'emergenza sanitaria da

⁸⁸ Sul *best interest*, F. VENTURI, *Il principio dei best interests of the child nel caso Gard tra paternalismo, autonomia e indeterminazione*, su www.federalismi.it, 2017, n.3, 2 e ss. Sul caso Charlie Gard e l'autorizzazione alla sospensione respiratoria, decisione Corte EDU, Sez. I, *Charlie Gard and others v. United Kingdom*, ric. n. 39739-17, www.echr.coe.int; S. SCETTINO, *Il diritto di autodeterminazione e la rappresentanza dell'interesse del minore. Brevi note sul (triste) caso di Charlie Gard*, in www.diritti.fondamentali.it, fasc. 2/2017; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

⁸⁹ Si v. A. R. FAVRETTO, *I bambini e la salute: il diritto alla salute come «diritto partecipato»* in A. R. FAVRETTO, S. FUCCI e F. ZALTRON, *Con gli occhi dei bambini. Come l'infanzia affronta la malattia*, Bologna, 2017, 22, 27 e 43.

Covid-19 influisca sulle condizioni dei MSNA e di coloro che hanno compiuto, in questo arco di tempo, la maggiore età (o che si accingono a compierla), rendendo maggiormente vulnerabili questa categoria di soggetti, amplificandone le ricadute sui percorsi di inclusione socio-lavorativa e di autonomia personale dei MSNA, sia quelli già avviati o in procinto di esserlo, interrotti a causa della pandemia. Da qui, la necessità di riflettere sulle conseguenze della pandemia che ha determinato un aumento dei flussi migratori, anche dei minori, a causa del peggioramento delle già precarie condizioni di vita nei Paesi di partenza. Una delle situazioni più critiche riguarda l'adozione di misure rivolte alla tutela dei diritti dei MSNA, come: l'applicazione del "silenzio-assenso" che consente di convertire il permesso di soggiorno "per minore età", al compimento dei 18 anni, in permesso per studio, lavoro o attesa occupazione anche in caso di ritardo del parere del ministero del Lavoro; la semplificazione delle procedure di identificazione e accertamento dell'età del minore, prevedendo che tale accertamento sia disposto solo in casi dubbi e solo dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni (art. 19 *bis* co. 4 del d.lgs. n. 142/2015). Si tratta di una semplificazione orientata ad accelerare la nomina dei Tutori volontari in quanto, di fronte a difficoltà obiettive nell'accesso all'informazione legale e all'intera procedura di richiesta e rilascio del titolo di soggiorno, il minore – temendo il provvedimento di espulsione – potrebbe allontanarsi dalla struttura in cui è accolto. Viene cioè richiamato il rapporto tra filiera pubblica e attori alternativi, quanto alla necessaria partecipazione di soggetti ulteriori, privati, che velocizzino i processi di integrazione dei minori e ne tutelino i profili di vulnerabilità.

5. *Conclusioni minime e prospettive di sviluppo.*

Il percorso argomentativo fino a qui condotto, ha evidenziato come la pandemia abbia amplificato i problemi di giustizia sociale e di scarsa accessibilità e fruibilità dei servizi sanitari, escludendo tutti coloro che non rientrano nei programmi di prevenzione o di accoglienza e che di fatto, a diversi livelli, sono "invisibili"⁹⁰ all'Amministrazione⁹¹. È un problema di classificazione delle categorie a livello sociale, ostativo dei processi di integrazione e inclusione dei soggetti vulnerabili all'interno di un "sistema Europa" ancora troppo poco sensibile al tema della razionalizzazione dei flussi migratori. Si tratta di capire, quindi, come declinare le nuove forme di tutela del diritto alla salute incentrate sulla persona

⁹⁰ Cfr. Il Rapporto dell'Osservatorio Italiano sulla salute globale, ed. ETS 2006; M. RAVAZZINI, Covid – 19 Gli invisibili, in *www.saluteinternazionale*, 31.03.2021.

⁹¹ Cfr. *Insedimenti informali. Marginalità sociale, ostacoli all'accesso alle cure e ai beni essenziali per migranti e rifugiati*. Secondo Rapporto. Medici senza frontiere, febbraio 2018; *La pandemia diseguale*, *www.intersos.org*; *Cruscotto statistico giornaliero. Libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it*, 28.02.2021.

in senso ampio, portatrice di istanze e bisogni specifici. La figura dei minori stranieri non accompagnati diventa l'esempio di una necessaria rivoluzione culturale e normativa, recettiva della nuova dimensione del diritto alla salute ma ancora impreparata nella definizione di misure di protezione dei minori efficaci a livello sia sanitario in senso stretto che socioculturale.

Si comprende come sia urgente, in questo contesto di fragilità sociale, introdurre una flessibilità amministrativa volta ad agevolare la procedura che consenta la vaccinazione a chi si trova sul territorio regionale, anche se non iscritto al SSN, prevedendo la possibilità di iscriversi/prenotarsi alla vaccinazione al di fuori dei portali istituzionali attivando risorse territoriali.

Quello della vaccinazione è un tema complesso perché coinvolge i temi della libertà, dell'autodeterminazione – di cui il consenso⁹² rappresenta un'estrinsecazione esterna – e della salute come diritto individuale e interesse della collettività. Il Legislatore con l'art. 5 del d.l. n. 1 del 5 gennaio 2021, abrogato dalla l. 29 gennaio 2021 n. 6 recante ulteriori disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID-19⁹³, (il cui contenuto è stato riproposto nell'allegato della legge), ha disciplinato la problematica del consenso al trattamento vaccinale degli incapaci. La norma prevede che la manifestazione del consenso avvenga a mezzo del tutore, del curatore o dell'amministratore di sostegno ovvero, se formalmente nominato, del fiduciario e comunque nel rispetto della volontà eventualmente già espressa dall'interessato, ovvero di quella che avrebbe presumibilmente espresso ove capace di intendere e di volere (c. 1). La legge demanda, altresì, al Giudice tutelare la risoluzione in caso di conflitti⁹⁴.

⁹²A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in www.diritti-fondamentali.it, 2021, n. 2. L'A. soffermandosi sulle problematiche relative al consenso informato osserva come la solidarietà non sia solo un valore dotato di un proprio significato giuridico, ma anche un valore-mezzo» al servizio di altri valori fondamentali, in nome del quale «l'autodeterminazione della persona [...] può andare (ed effettivamente va) incontro a limiti e vincoli dalla varia natura ed intensità, specificamente fondati sul dovere di solidarietà, e perciò giustificati in nome dei diritti degli altri o – il che è praticamente lo stesso – dell'interesse della collettività».

⁹³ Cfr. L. 29 gennaio 2021 n. 6 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 dicembre 2020, n. 172, recante ulteriori disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID-19).

⁹⁴ Art. 5 co. 4 d.l. n. 1/2021: «Il consenso di cui al comma 3, reso in conformità alla volontà dell'interessato espressa ai sensi degli articoli 3 e 4 della legge n. 219 del 2017 o, in difetto, in conformità a quella delle persone di cui al primo periodo dello stesso comma 3, è immediatamente e definitivamente efficace. Il consenso non può essere espresso in difformità dalla volontà dell'interessato, espressa ai sensi degli articoli 3 e 4 della legge n. 219 del 2017 o, in difetto, da quella delle persone di cui al primo periodo dello stesso comma 3. Nondimeno, in caso di rifiuto di queste ultime, il direttore sanitario, o il responsabile medico della struttura in cui l'interessato è ricoverato, ovvero il direttore sanitario della ASL o il suo delegato, può richiedere, con ricorso al giudice tutelare ai sensi dell'articolo 3, comma 5 della legge 22 dicembre 2017, n. 219, di essere autorizzato a effettuare comunque la vaccinazione».

Specularmente, nel campo sanitario, si sono riconosciuti progressivamente ai minori capaci di discernimento sempre maggiori spazi decisionali in linea con la visione sovranazionale dei diritti del minore⁹⁵. In caso di rifiuto del cd. grande minore, manifestato da una persona capace di autodeterminarsi, cioè capace di assumere una decisione libera ed informata, ed esso oltre ad essere rispettato dal medico⁹⁶ dovrebbe avere un autonomo accesso alla giustizia per la tutela dei loro diritti di scelta autonoma. Favorire l'accesso alle prestazioni sanitarie è determinante non solo per favorire le politiche di integrazione ma per facilitare il processo di inclusione dei nuovi arrivati e quindi contrastare l'aumento della disuguaglianza registrata tra gli immigrati, se non adeguatamente regolata⁹⁷.

Come evidenziato da Papa Francesco «la pandemia ha messo allo scoperto la difficile situazione dei poveri e la grande ineguaglianza che regna nel mondo. La risposta alla pandemia è quindi duplice. Da un lato, è indispensabile trovare la cura per un virus piccolo ma tremendo, che mette in ginocchio il mondo intero. Dall'altro, dobbiamo curare un grande virus, quello dell'ingiustizia sociale, della disuguaglianza di opportunità, della emarginazione e della mancanza di protezione dei più deboli»⁹⁸.

⁹⁵ L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in *I diritti in medicina*. Tratt. Biodiritto, diretto da S. Rodotà-P. Zatti, II, Milano, 2011, 417 e ss.

⁹⁶ Art. 3, c.1, l.219/2017: «La persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1. Deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà. 2. Il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità». S. CACACE, *Il trattamento sanitario su minore o incapace: il miglior interesse del paziente vulnerabile fra (più) volontà e scienza*, in AA.VV., *La relazione di cura dopo la legge 219/2017*, a cura di M. Foglia, Pisa Ospedaletto, 2019, 72 ss. Il Codice di deontologia medica del 2014, aggiornato al 2020, all'art. 33 impone al medico di comunicare con l'interessato, anche minore o maggiorenne infermo di mente, al fine di promuovere, in relazione alle singole capacità di comprensione, la partecipazione alle scelte, in <https://portale.fnomceo.it/>

⁹⁷ Dal Rapporto 2021 sull'economia della Immigrazione della Fondazione Leone Moressa, esaminando a livello fiscale solo i cittadini stranieri, si è stimato un volume di Redditi dichiarati per 30,3 miliardi di euro e di Irpef versata di 4,0 miliardi, con un saldo tra gettito fiscale e contributivo e spesa pubblica per l'immigrazione positivo (+0,6 miliardi), in www.fondazioneleonemoressa.org.

⁹⁸ Udienda generale del 19 agosto 2020, Catechesi – “Guarire il mondo”: 3. *L'opzione preferenziale per i poveri e la virtù della carità*, su www.vatican.va.

Abstract

Il diritto alla salute costituisce un fondamento degli ordinamenti costituzionali nazionali, un diritto recettivo del vento della storia e la cui accezione si è progressivamente sganciata da una prospettiva meramente medica trovando nell'aspetto dinamico-relazionale dell'individuo uno spazio all'interno del quale valorizzare la persona, quale centro del sistema giuridico. L'emergenza pandemica ha posto sotto la lente di ingrandimento vecchie e nuove sfide, tra queste, certamente, quella della razionalizzazione dei flussi migratori, con particolare riguardo alla figura dei minori stranieri non accompagnati (MSNA). La necessità di consolidare misure di protezione e di tutela nuove, capaci di contribuire ai processi di integrazione e inclusione sociale, è uno degli scenari con i quali l'ordinamento deve fare i conti tenendo, pur sempre, come riferimento, il sistema multilivello dei diritti all'interno del quale l'Italia è inserita.

Protection of the right to health for unaccompanied foreign minors between health protection and socio-cultural integration

The right to health is an essential element of national constitutional systems. The meaning of the right to health has changed over time and today involves the person and his needs and not only the health practices. The pandemic emergency has focused on old and new challenges, in particular on the issue of immigration and unaccompanied foreign minors. The need to promote measures of protection and social and cultural inclusion must be one of the aims of the Italian legal system, also in a European view.

Informazione e conoscenza: «fatto» ed «effetto» nella dimensione olistica dell'infosfera

di Alberto Marchese*

SOMMARIO: 1. Note introduttive: dal problema della conoscenza al rapporto «complesso» con le nuove tecnologie. – 2. Organizzazione dei dati, informazione strutturale e sistematica fenomenologica del reale. – 3. Tecnologie dell'informazione e conformazione soggettiva del contesto d'indagine. – 4. Dimensione oggettiva e valorizzazione del c.d. «fatto d'informazione».

1. *Note introduttive: dal problema della conoscenza al rapporto «complesso» con le nuove tecnologie*

Alcune notazioni preliminari si rendono necessarie al fine di precisare meglio l'oggetto del presente contributo.

La prima investe l'essenza stessa della fenomenologia giuridica moderna ed attiene al modo o, più correttamente, al metodo¹ d'indagine adottato in applicazione di criteri che, per molti aspetti, sembrano non appartenere all'armamentario² tradizionale del giurista e che richiedono invece di essere applicati sulla base di considerazioni che provengono dall'osservazione (e dall'applicazione) delle altre scienze e, tra queste, in particolare di quelle basate sui sistemi e sulle infrastrutture dell'ICT³.

* Il testo riproduce, con le necessarie integrazioni bibliografiche, il contenuto della relazione svolta in occasione del primo incontro dei Giovani Studiosi Siciliani (GSS) organizzato dalle Università di Catania, Messina e Palermo e tenutosi il 14 febbraio 2022 presso l'Auditorium della Purità del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania.

¹ Il senso del richiamo al metodo va inteso ovviamente come incentivo all'indagine di temi realmente nuovi ma la cui disciplina può, forse, ancora trarsi dalle risposte date «altrove» a problemi si «distinti» ma solo apparentemente «distanti», in argomento sia consentito, da ultimo, il rinvio al nostro *Profili civilistici dell'information technology in ambito sanitario*, Napoli, 2021. Del resto, come ha ben evidenziato Natalino Irti nella prefazione all'edizione del 1996 del volume dedicato ai fatti giuridici di Salvatore Pugliatti [*I fatti giuridici. Revisione e aggiornamento di Angelo Falzea*, Giuffrè, Milano, 1996, VIII s.] «[a]ltri è la metodologia, cioè la teoria del metodo; altro, il concreto metodo di singole ricerche: come altro è la mappa o il progetto di viaggio, altro la strada effettivamente percorsa. Così può seguire che metodo e metodologia si trovino in conflitto, e che il primo sia in qualche modo infedele ed eretico; o che il metodo non riesca a farsi metodologia e resta tutt'uno con le singole ricerche».

² Sul punto cfr. F. CORTESE, *Pluralità o unità del sapere giuridico? Una questione di metodo*, in *Ricerche giuridiche*, 2/2016, 149-160, spec. 158 secondo cui a rendere «unitario il “sapere” giuridico, pur di fronte alle tante frammentazioni che si avvertono nel mondo dei pratici come in quello degli accademici, vi sono [...] fattori prettamente culturali che nella tradizione giuridica occidentale interagiscono reciprocamente e si supportano da secoli, e che alimentano e rinnovano costantemente la comune “cassetta degli attrezzi” di qualsiasi giurista».

³ Intendendosi con tale acronimo accomunare quei sistemi strutturali che operano nel campo

In questo senso può dirsi che l'Intelligenza Artificiale (IA)⁴ pone alla scienza contemporanea nel suo complesso⁵ – non solo, dunque, a quella giuri-

dell'*Information and Communication Technology* e che consentono di organizzare informazioni complesse combinando tra loro differenti «basi di dati» le une con le altre. In assenza di una tale interoperabilità il mondo dell'informazione digitale finirebbe col riprodurre in chiave ultramoderna l'antico paradosso della «Torre di Babele» in cui l'impossibilità di comunicare dava luogo, in definitiva, all'impossibilità di progredire nella stessa costruzione dell'architettura turrata. La possibilità di sintetizzare informazioni diverse e di renderle accessibili a chi le cerca è, da un lato, la dimostrazione che tali dati sono potenzialmente e tendenzialmente «mescolabili» *ad infinitum* e, dall'altro lato, che tale loro capacità può dar vita, in modo esponenziale, alla produzione di «risposte» aggiornate riguardo ad interrogativi consolidati e, al tempo stesso, di «soluzioni» convincenti per interrogativi inediti. Per una ricognizione generale delle problematiche connesse alla regolamentazione giuridica di diritto privato riguardo alle c.d. nuove tecnologie cfr. C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015.

⁴ La genesi concettuale dell'intelligenza artificiale può farsi risalire, storicamente, alla Conferenza tenutasi presso il Dartmouth College di Hanover (nel New Hampshire) nel 1956, nel corso della quale gli organizzatori della conferenza, «padri fondatori» di questa tecnologia, affrontarono i temi principali del campo di ricerca: le reti neurali, la teoria della computabilità, la creatività, l'elaborazione e il riconoscimento del linguaggio naturale. Sul punto, cfr. J. MCCARTHY, M.L. MINSKY, N. ROCHESTER e E. SHANNON, *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, August 31, 1955, in *AI Magazine*, 2006, vol. 27, fasc. 4, spec. 12-14. Le caratteristiche principali dell'IA sono state, da ultimo, efficacemente sintetizzate da M. TEGMARK, *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2018, 75-113, spec. 113 secondo cui tale tipo d'intelligenza può essere definita come la «capacità di realizzare fini complessi» ed è misurabile non da un singolo quoziente intellettivo ma da uno spettro più ampio di abilità; ad oggi l'IA è ancora un'intelligenza «ristretta» nel senso che ogni sistema dotato di IA è in grado di realizzare fini molto specifici a differenza dell'intelligenza umana che è molto più ampia. Secondo l'A. «memoria, computazione, apprendimento ed intelligenza hanno carattere astratto, intangibile ed etereo perché sono indipendenti dal *substrato*: in grado [cioè] di prendere una vita propria che non dipende né rispecchia i particolari del *substrato* materiale sottostante [...] qualsiasi grumo di materia può essere il substrato della memoria purché abbia molti stati stabili diversi». Per una lettura critica cfr. S. RUSSELL e NORVIG, *Intelligenza Artificiale. Un approccio moderno*, III ed., vol. 1, San Bonico, 2010, *passim*, spec. 43 ss.

⁵ Com'è stato efficacemente fatto notare riguardo al «contesto» (giuridico e scientifico) nel quale la presente riflessione, al pari di molte altre, necessariamente si colloca «[...] va preliminarmente osservato che il termine si presta ad essere analizzato da plurimi angoli visuali e, dunque, ad essere caricato di parimenti plurimi significati e valenze. Per ciò che maggiormente importa [...], giova fermare specificamente l'attenzione sul rilievo che esso assume, per un verso, al piano politico-istituzionale e, per un altro verso, a quello delle condizioni complessive della vita di relazione [...] è interessante notare che ad entrambi i piani la scienza e la tecnologia hanno lasciato (e lasciano) un segno marcato sulle più salienti esperienze che ad essi prendono forma, con immediati ed evidenti riflessi [...] in ordine al riconoscimento ed alla salvaguardia dei diritti», in questi termini l'opportuna notazione di A. RUGGERI, *Diritti fondamentali e scienza: un rapporto complesso*, in *Consulta online*, 1/2022, 134. Lo stesso A., nel tentativo – a nostro avviso pienamente riuscito – di delimitare il perimetro d'indagine, richiama al lettore il pensiero di V.E. Orlando condensato in alcuni passaggi dell'*Introduzione* che l'illustre giurista palermitano volle premettere all'edizione italiana de *La dottrina generale del diritto dello Stato* di G. JELLINEK (a cura di M. Petrozziello, Milano, 1949, IX) secondo cui: «la grandezza di un progresso scientifico consiste soprattutto nell'armoniosa congiunzione con le tradizioni, in cui si riproducono il travaglio assiduo, la potenza di capacità creativa e,

dica – una lunga serie di suggestioni e interrogativi che mettono a dura prova la c.d. «resilienza ordinamentale», vale a dire quella capacità tipica di ogni sistema giuridico, globalmente considerato, di offrire risposte adeguate a fronte di quei molteplici e talvolta imprevedibili «cambiamenti» (quelli che Leibniz chiamava *Veränderungen*⁶) che non possono o, più correttamente, non devono essere semplicemente etichettati quali mere ed occasionali attualizzazioni della tecnica ma vanno considerati, senza infingimenti, quali manifestazioni di una vera e propria *andere Wirklichkeit* (nuova realtà) con la quale è d'obbligo, specie per il giurista, confrontarsi.

La fenomenologia che si ha modo di osservare dimostra che «[l]’avvento di nuove tecnologie, sempre più rivolte all’automazione e alla dematerializzazione dei processi produttivi e distributivi e soprattutto di quelli identificativi degli stessi soggetti, induce a realizzare sofisticati fenomeni di robotizzazione mediante l’uso diffuso delle diverse forme di intelligenza artificiale. Ciò richiede interventi normativi non soltanto nazionali che interessano tutti i settori anche i più minuti: dalla posta elettronica certificata al commercio elettronico, con particolare attenzione peraltro alla risoluzione alternativa delle controversie che dovessero insorgere nel mercato online e transfrontaliero, dalle firme elettroniche all’identità digitale, all’esteso mondo dei dati personali e della loro corretta utilizzazione; fino alle disposizioni anticipate di trattamento e alla loro conservazione nel rispetto della riservatezza del disponente. Problematica resta la stessa imputazione degli effetti, data la frequente accentuata spersonalizzazione dell’attività anche negoziale che rende difficile e a volte impossibile il riconoscimento dell’autore al quale riferire la responsabilità e i diritti morali e patrimoniali»⁷.

insomma, tutte le forme di contributo di varie generazioni di studiosi nei secoli che si succedono, col proposito tenace di tender sempre verso un ulteriore progresso, senza però mai vantarsi orgogliosamente di rompere con quelle tradizioni, ma anzi continuandone il corso. A pochi è riservato di servirsi di una spugna per cancellare da una lavagna tutto quello che c’era scritto; ad ogni modo, ciò può esser forse possibile per un filosofo, ma non per uno scienziato, poiché quel processo distruttivo, se fosse giustificato, negherebbe che una scienza fosse preesistente».

⁶ Dal punto di vista strutturale, questa collocazione relazionale si rinviene anche con riferimento al profilo della giuridicità: i vari significati, attribuiti alle «cose» presenti nel contesto che ci circonda danno vita, infatti, ad un patrimonio di senso che, storicamente, «[...] si fa tradizione e vincolo nel corso degli anni. [Ad esso si applicano, sul piano descrittivo, anche] i significati normativi [...] Il fatto non nasce come caso, ma diviene caso se messo in relazione con una norma, con la fattispecie legislativa che lo prevede e disegna. Il caso è un fatto ricondotto dentro il modello. Il suo è un concetto di relazione. La fattispecie è un dispositivo di misurazione del fatto. Ritorna la definizione del grande Gottfried Wilhelm Leibniz: *casus definitur factum in ordine ad jus*, ossia il fatto collocato nell’ordine delle ipotesi legislative, e perciò rivelatosi conforme o disforme rispetto ad esse. I “precedenti”, ossia ciò che sta prima di noi, generano aspettative circa la decisione di “casi futuri”» si veda, a tal proposito, il contributo di N. IRIT, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, fasc. 4-5, 1177-1181, spec. 1178.

⁷ Così, testualmente, PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, vol. II – *Fonti ed interpretazione*, IV ed., Napoli, 2020, 46-48.

Nelle considerazioni che precedono può leggersi, se si vuole, l'esito di una lunga ed articolata riflessione sulla «complessità del tempo presente»⁸ alla quale autori illustri come Edgar Morin, Niklas Luhmann e Angelo Falzea hanno dedicato pagine assai impegnative della loro ricerca scientifica e che, pur rappresentando per noi un dato ormai acquisito, non può essere data semplicemente per presupposta se è vero, come credo, che le implicazioni più dense del fenomeno superino di gran lunga la sola dimensione teorico-speculativa e si proiettino vigorosamente su ogni versante dell'agire umano.

Fenomenologia particolarmente evidente nel settore della biomedicina e delle bioscienze in generale, dove l'idea stessa che una macchina (un *robot*)⁹ – per

⁸ Sul tema della complessità in ambito giuridico sia consentito il rinvio ad A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in Sirena (a cura di), *Oltre il «positivismo giuridico» in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 2011, spec. 3-36. L'insigne Maestro afferma espressamente come la materia del diritto, nelle sue molteplici plurime accezioni (ed articolazioni), trovi nella teoria della complessità «l'indirizzo per la soluzione dei suoi [...]multiformi problemi, a cominciare da quello delle fonti e fino a quello dell'interpretazione e dell'applicazione delle regole giuridiche» (cit., 32). Ai fini dell'indagine che qui si conduce, è appena il caso di rilevare, tuttavia, che, pur avendo studiato in maniera approfondita il problema della complessità in diverse fattispecie, l'A. non sia giunto fino al punto di estendere l'oggetto della sua analisi allo studio delle problematiche connesse all'uso della tecnologia giacché tale dimensione è rimasta, per così dire, esterna rispetto al perimetro cronologico della sua ricerca. Per una ricostruzione del tema in chiave metodologica che tenga conto dell'evoluzione normativa anche nel contesto eurounitario cfr., per tutti, PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., spec. 9-17; che il diritto positivo (*jus positum*) sia sempre e comunque un diritto *in fieri* è poi una conseguenza immediata e diretta dell'adesione ad una sistematica giuridica fondata sulla gerarchia assiologica al punto che può sostenersi che «il diritto è *in fieri* ma è anche *positum*; esso vive della loro sapiente dialettica, sì che la gerarchia dei valori che lo caratterizza è individuabile nel sistema ordinamentale costruito non in modo autoreferenziale, ma tenendo conto della complessiva esperienza della quale l'insieme dei dati, soprattutto se ufficiali ed espressione della volontà popolare, ne è parte integrante» così, testualmente, ID., *Ius positum o ius in fieri: una falsa alternativa*, in *Rass. dir. civ.*, 4/2019, 1039-1045, spec. 1043.

⁹ Cfr. U. RUFFOLO e A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e diritti della persona: le frontiere del «transumanesimo»*, in *Giur. it.*, 2019, fasc. 7, 1658-1670 secondo cui: «[l']intelligenza artificiale non è solo automazione produttiva, prodotti «intelligenti», veicoli *selfdriving* e *smart contract*. È forte la corrente di chi la percepisce come la chiave per lo sviluppo – in un futuro già prefigurabile – di tecnologie di *human enhancement*. Esse, frutto della combinazione tra impiego dell'A.I., biotecnologie e scienze mediche, biomediche e genetiche, potranno essere (e già in una qualche misura sono) utilizzate per aumentare, quantitativamente e qualitativamente, le capacità fisiche e cognitive dell'essere umano o crearne di nuove, sul piano fisico, mentale ed emotivo. Il risultato è una progressiva tecnologizzazione dell'uomo, che rompe il confine tra naturale ed artificiale. Sino a travalicare le barriere della condizione umana, spaziando dal potenziamento di singole abilità fisiche dell'individuo all'incremento anche esponenziale delle capacità mnemoniche, di concentrazione e più in generale della «intelligenza». Sono, queste, le nuove frontiere, e le istanze, del cd. «transumanesimo» (o «post-umanesimo»), quale anelito dell'uomo «prigioniero del proprio corpo» verso il travalicarne i naturali limiti, sino a superare la morte» (cit., 1658). Sulla teorizzazione del c.d. «transumanesimo», cfr. L. ALEXANDRE e J.M. BESNIER, *Do Robots make love? From AI to immortality. Understanding transhumanism in 12 questions*, Londra, 2018; D.M. BERRY, A. FAGERJORD, *Digital humanities*, Cambridge, 2017; N. BOS-

quanto dotata di una «artificiale»¹⁰ intelligenza – possa, attraverso l’assunzione di una «decisione algoritmica»¹¹, incidere drasticamente sulle sorti di una persona,

TROM, *Superintelligenza. Tendenze, pericoli, strategie*, Torino, 2018; B. FRISCHMANN e E. SELINGER, *Re-Engineering humanity*, Cambridge, 2018; H. FRY, *Hello World. How to be Human in the Age of the Machine* (2018) – trad. it. *Hello world. Essere umani nell’era delle macchine*, Torino, 2019; M. GAGGI, *Homo premium. Come la tecnologia ci divide*, Roma-Bari, 2018; R. HANSON, *The age of EM. Work, Love, and Life when robots rule the Earth*, Oxford, 2016; Y.N. HARARI, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, Milano, 2017. Da un punto di vista oggettivo «occorre, in primo luogo, individuare gli ordini di conflitti a cui dà luogo l’utilizzo dei robot, anche in considerazione della relativa differenziazione in termini di catalogazione identificativa; riportare, poi, le questioni così evidenziate con le (ravvisate) regole date; saggiare, infine, la (eventuale) riferibilità (o, comunque, adattabilità) e, dunque, la possibile applicazione di regolamentazioni (già) sussistenti alle specifiche problematiche del settore indagato. In alternativa, relativamente all’ultimo dei passaggi segnalati, si tratta di provvedere alla predisposizione di nuove discipline, appropriate in ragione della specificità e della particolarità delle questioni sollevate. Tale disamina si deve ovviamente svolgere dando conto del dibattito in corso nel contesto sovranazionale, anche [...] rispetto alle prospettazioni regolative di derivazione euro-unitaria, ormai in dirittura d’arrivo», così G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati “intelligenti”?*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2021, 823-853, spec. 826 s.

¹⁰ Sulla natura fortemente anfibologica ed ossimorica dell’espressione «intelligenza artificiale», che deriverebbe la sua moderna accezione dalla trasposizione di un dramma teatrale del 1920, cfr. C. PERLINGIERI, *L’incidenza dell’utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 1236 e, per opportune notazioni critiche, G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati “intelligenti”?*, cit., 824 s., secondo cui «la stessa ormai ben nota e affermata locuzione ‘intelligenza artificiale’ risulta essere un evidente ossimoro, nella misura in cui, come appropriatamente rilevato, “attribuisce all’artificiale’ qualcosa che è essenzialmente ‘naturale’ in quanto è la prerogativa più gelosa della natura umana: l’intelligenza. E l’ossimoro è piuttosto provocatorio, poiché c’è chi molto seriamente si domanda se la macchina possa essere davvero ‘intelligente’, nel senso in cui questo termine è attribuito alla mente dell’uomo”. In altri termini, la non appropriatezza della terminologia deriva dalla circostanza che “per ora, almeno, alle macchine manca, in senso assoluto, il cervello e, tra le molteplici sue declinazioni, la capacità di discernere, la sensibilità, la morale, il giudizio, l’equità, la discrezionalità”. Proprio la tradotta diversità rispetto all’umano viene espressa, nella rappresentazione consegnata al mondo tecnologico attuale, sottolineando che i robot “sono rimasti agenti artificiali che svolgono alcuni compiti al posto nostro e lo fanno in maniera autonoma”». L’A., a conferma della propria critica, richiama, tra gli altri, i contributi di MELLO, *Intelligenza artificiale*, in G. TANZELLA-NITTI e A. STRUMIA (a cura di), *Dizionario interdisciplinare di Scienza e Fede*, v. 1, Roma, 2002, 767; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contratto e impr.*, 2020, 724; S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell’algoritmo*, in *F. amm.*, 2018, 1787; DUMUSCHEL e L. DAMIANO, *Vivere con i robot. Saggio sull’empatia artificiale*, Milano, 2019, 11; e, altresì, A. SANTOSUOSSO, C. BOSCARATO, F. CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2012, II, 494 ss., spec. 497 ss.

¹¹ Di «decisione algoritmica» si discorre a vari livelli e a differenti latitudini; in questa sede si intende riferire, essenzialmente, al suo più semplice e generico significato quale decisione, ossia scelta tra più opzioni differenti, tratta sulla base di un procedimento computazionale che opera una sintesi tra dati diversi sulla base delle «istruzioni» impartitegli da un determinato algoritmo. Com’è stato efficacemente fatto notare, il fondamento concettuale di una tale forma di decisione risiede «[...] nel concetto di “calcolabilità”, che Max Weber trapianta anche nel campo del diritto. Indagando le origini del moderno capitalismo, ed i fattori che ne accompagnarono la nascita e ne favoriscono

condizionando ad esempio l'opzione fondamentale tra la continuazione e la fine della vita umana, suscita invero qualche sgomento.

Ma gli esempi, su questo fronte, sono, come è facile sperimentare, veramente innumerevoli dalle concatenazioni neuronali alla tecnologia biogenica¹² fino all'*entanglement* multi-sincronico¹³ e via discorrendo.

lo sviluppo, Weber individua la calcolabilità giuridica. Giungendo a scrivere, con presaga acutezza, aver bisogno il capitalismo di “un diritto che si possa calcolare in modo simile a una macchina”. La similitudine sta cedendo il posto a una reale identificazione. [In ambito contrattuale, ad esempio,] [l']imprenditore è un uomo calcolante: egli non solo si sforza di prevedere l'andamento dei mercati, il flusso delle materie prime, il costo della mano d'opera, il corso dei cambi monetari, ma s'interroga sulle future decisioni giudiziarie, e su tempi e modi di applicazione del diritto. Codesta razionalizzazione si è allargata dall'economia a tutta la nostra vita. Anche l'umile individuo, che sia lontano dai mercati e ignaro di giochi finanziari, è un uomo calcolante, formula previsioni, e nutre aspettative. Il nostro agire esige ormai un'assidua razionalità calcolatrice». In questi termini la riflessione di N. IRITI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, cit., 1177-1181, spec. 1177.

¹² Bastino pochi esempi per evidenziare come già nell'attuale contesto scientifico e tecnologico sia facile presagire scenari futuri dove molte, se non tutte, le evoluzioni biotecnologiche e di *bioengineering* prefigurate negli ultimi anni potrebbero trovare pratica attuazione. Ad oggi il livello di interazione tra cervello umano e *computer* dotato di IA è giunto al punto di consentire un «dialogo» integrato tra le due interfacce (umana e meccanica) specie con riferimento alla trasmissione degli impulsi neurali che consentono all'apparecchio di recepire e codificare il comando inviato dal cervello come avviene, ad es., nelle più moderne protesi bioniche capaci di recepire l'impulso neurale e di convertirlo in un gesto quanto più simile possibile a quello di un arto naturale.

Sul versante della tutela della memoria si pensi, poi, al c.d. «*neural scanning*» ossia alla possibilità di registrare i contenuti della mente umana su un supporto digitale così come di far interagire neuroni coltivati (popolazioni neurali tenute in vita *in vitro*) con periferiche esterne che inviano un impulso elettrico a sua volta frutto della decodifica di un comando mentale.

Nella medesima direzione si collocano i tentativi di «*thought reading*» finalizzati all'elaborazione di sofisticati algoritmi in grado di anticipare l'esternazione del pensiero e di consolidare un comando prima che questo sia stato effettivamente pronunciato.

¹³ L'aumento esponenziale della «velocità di trasmissione dei dati» (*data transmission speed*) rappresenta, infatti, la nuova frontiera della ricerca tecnologica in ambito quantistico. Nel dicembre 2020, alcuni ricercatori della «Nasa», del «Fermi National Accelerator Laboratory» e del «California Institute of Technology» sono riusciti a dimostrare la fattibilità del c.d. «teletrasporto quantistico a lunga distanza»; per la prima volta dei *qubit*, unità di informazioni quantistiche, sono stati trasferiti più rapidamente della velocità della luce su una distanza di ben 43,5 chilometri. Il risultato apre la strada ad una nuova modalità di trasferimento delle unità di informazione e pone le basi per un servizio *Internet* quantistico, che un giorno potrebbe rivoluzionare l'informatica. I sistemi di comunicazione quantistica sono più veloci e più sicuri delle reti normali perché utilizzano fotoni anziché codici di computer, che possono essere violati. Per ulteriori approfondimenti sul tema cfr. Y. YU, F. MA, X. Y. LUO, *et al.*, *Entanglement of two quantum memories via fibres over dozens of kilometres*, in *Nature*, 2020, n. 578, 240-245.

2. *Organizzazione dei dati, informazione strutturale e sistematica fenomenologica del reale*

In questa sede, tuttavia, si è scelto di soffermare l'attenzione su quel profilo di ordine generale che rappresenta, ad avviso di chi scrive, una sorta di «minimo comune denominatore», utile all'interprete per fornire una descrizione sufficientemente precisa e al contempo abbastanza elastica del fenomeno.

Infatti, al di là dei singoli e differenti profili pratici nei quali l'utilizzo delle nuove tecnologie può incidere significativamente – aumentando, ad esempio, le *chances* di risultato con riferimento a ben precisi settori della ricerca medico-scientifica o a ben definite profilassi terapeutiche – vi è un elemento che pervade trasversalmente ognuno di questi settori e tale elemento è, a mio avviso, l'informazione.

Dal c.d. ciclo dell'informazione (*information cycle*)¹⁴ dipendono significativamente lo sviluppo dell'uomo e, dunque, in ultima analisi, il benessere collettivo dell'intera umanità.

Ora, l'affermazione, posta in questi termini, rischia, me ne rendo conto, di apparire perentoria – per non dire decisamente apodittica – ma l'apparente contraddizione si sana volgendo uno sguardo panoramico alla massiva consistenza dei c.d. servizi *on-line*, basati esclusivamente sul principio dello scambio dei dati digitali, e sul generale processo di accesso¹⁵ al bene della conoscenza (in particolar modo di quella «scientifica», come anche le recenti vicende della pandemia hanno ben evidenziato).

L'odierna società, integralmente pervasa dai dati e dall'informazione digita-

¹⁴ Sull'importanza del c.d. «ciclo dell'informazione» cfr., F. FAINI, *Data society. Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Milano, 2019, 1-429, spec. 61 ss. secondo la quale da alcuni anni «il benessere e lo sviluppo umano hanno iniziato a dipendere in modo significativo dalla gestione del ciclo dell'informazione, dai servizi basati sui dati e dall'accesso al bene della conoscenza. La società odierna, dominata dai dati e dall'informazione, si muove nello spazio pubblico comune di Internet caratterizzato dal paradigma della conoscenza: l'economia stessa oggi è basata sui dati come da anni chiariscono con consapevolezza anche i documenti dell'Unione europea». L'idea era già stata nitidamente messa in luce da J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano, 2000, 328 s., secondo cui «[l]a sfera commerciale sta cercando di offrire qualcosa che, in ultima analisi, non le appartiene: accesso a una vita di comunione profonda e di evoluzione personale. L'economia può fornire molti e preziosi beni materiali: benessere, comodità, alcune forme di conoscenza, di divertimento e di intrattenimento. Tutti elementi essenziali per vivere una vita piena e soddisfacente. Ma non può, assolutamente, produrre i due elementi più importanti – la fiducia sociale e l'empatia –, i valori e i sentimenti che forgianno l'umanità e danno forma alla cultura».

¹⁵ Sul principio del c.d. «*free access*», inteso quale possibilità per ogni individuo di autodeterminarsi nella scelta dei contenuti di conoscenza cfr. l'analisi, essenzialmente di matrice economico-giuridica, svolta da J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, cit., 5 secondo cui «[n]ella nuova era, i mercati stanno cedendo il passo alle reti, e la proprietà è progressivamente sostituita dall'accesso. Imprese e consumatori cominciano ad abbandonare quello che è il fulcro della vita economica moderna: lo scambio su un mercato di titoli di proprietà fra compratori e venditori».

le, si stratifica, per così dire, nello spazio pubblico di *Internet*, regolato dal paradigma della *digital knowledge*.

Il substrato, le radici, di questa stratificazione socio-culturale è rappresentato dall'economia globalizzata, anch'essa basata, a sua volta, sui dati (o, meglio, sulla loro elaborazione in termini di informazioni di mercato)¹⁶. Siamo immersi in una enorme sfera d'informazione e conoscenza all'interno della quale si delineano – quali tratti caratterizzanti – i differenti percorsi dell'evoluzione sociale contemporanea¹⁷.

Alla base di tutte queste «informazioni» vi sono, da un punto di vista strutturale, i c.d. «dati». Ma che cosa sono i dati?

I dati – nella loro essenza informazionale – sono delle unità non scomponibili di conoscenza, nel senso che rappresentano l'identificativo di un ben preciso – anche se non necessariamente univoco – significato. In definitiva, il dato è l'«atomo della informazione». Sicché sarebbe più corretto affermare che una data quantità di conoscenza – a qualsiasi livello si tenti di misurarla – è il frutto non già di una generica informazione quanto piuttosto dell'attribuzione di senso derivante dall'aggregazione di un determinato numero di dati.

Il che equivale a dire – con terminologia maggiormente familiare al giurista contemporaneo – che l'informazione non è un fatto, né un atto, bensì un processo, atteso che essa si sviluppa e si sostanzia in una logica concatenazione di dati, sinteticamente riassumibile nella formula: $\text{Informazione (D)} = \text{dato1} + \text{dato2} + \text{dato3} + \text{datoN}$.

Ora, se i dati sono – riprendendo le parole di Luciano Floridi, uno dei maggiori filosofi contemporanei esperti di nuove tecnologie – «entità sintetiche non ancora uniformi», l'informazione, nel suo complesso, ha invece un profilo di uniformità che la rende idonea a circolare tra i soggetti per essere a sua volta scambiata e implementata per fini di conoscenza individuale e collettiva¹⁸.

¹⁶ Basti pensare che nel corso del 2020 tale rapporto è stato indagato, sotto diverse angolazioni, in tre distinte comunicazioni della Commissione europea.

La prima, intitolata *Shaping Europe's digital future* (febbraio, 2020) relativa al ruolo che le nuove tecnologie digitali possono svolgere in vista di una complessiva evoluzione del sistema economico europeo.

La seconda è invece un vero e proprio «libro bianco» sull'intelligenza artificiale intitolato, appunto, *White Paper on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust* [COM(2020) 65 final del 19 febbraio 2020], fondamentalmente pensato per definire alcune strategie operative comuni a livello di IA.

La terza, intitolata *Una strategia europea per i dati* [COM(2020) 66 final del 19 febbraio 2020], mira infine a promuovere un'azione eurounitaria per la *governance* dei *big data*.

¹⁷ Sulle implicazioni sistematiche del fenomeno basti per il momento far notare che il contesto delle informazioni altro non è che una peculiare strutturazione dello spazio digitale come ben evidenziato da L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, 1-254, spec. 27-65.

¹⁸ Su questo profilo cfr. L. FLORIDI, *La rivoluzione dell'informazione*, Torino, 2012, spec. 27; U. PAGALLO, *Il diritto nell'età dell'informazione. Il riposizionamento tecnologico degli ordinamenti giuridici tra complessità sociale, lotta per il potere e tutela dei diritti*, Torino, 2014, 35.

Quest'ultima notazione disvela – a mio avviso – il senso più autentico dell'affermazione di Stefano Rodotà allorché ebbe a scrivere, nel *Diritto di avere diritti*, che la conoscenza può porsi a «fondamento del processo democratico di decisione e come preconditione per la partecipazione e il controllo» di ogni attività umana¹⁹.

L'accesso alla conoscenza è una «sfida» che crea tensione nei rapporti ordinamentali e nella fisiologica dinamica delle libertà costituzionali e che si proietta su scala globale ponendo il problema di una radicale scissione tra libertà e controllo nella sfera delle informazioni sulla persona: è la questione cruciale del c.d. «*human divide*»²⁰. Si pensi al problema della identità personale, o meglio di quella che è la nostra personalissima «proiezione identitaria» all'interno del mondo digitale. Miliardi di persone sul pianeta in questo preciso momento, più o meno consapevolmente, stanno interagendo telematicamente tra loro scambiandosi dati di varia natura e mettendo in rete porzioni quantitativamente sempre più rilevanti della propria vita privata: condividendo informazioni sul proprio stato di salute, sulla propria situazione finanziaria, sulla propria famiglia, sul proprio lavoro *etc*²¹.

3. *Tecnologie dell'informazione e conformazione soggettiva del contesto d'indagine*

Le tecnologie dell'informazione sono dunque diventate delle potentissime e penetranti «tecnologie del sé»²² capaci di influenzare in maniera assai significativa il contesto all'interno del quale diamo forma a noi stessi.

¹⁹ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 135.

²⁰ Per quanto, in effetti, sottostimato è questo un aspetto particolarmente significativo la cui importanza marca una delle differenze principali tra il sistema di pensiero analogico (*rectius*, umano) e quello digitale; già per Platone la conoscenza era qualcosa di diverso e ben più importante della mera informazione giacché essa «richiede spiegazione e comprensione, e non soltanto verità e correlazioni» (L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit., 148). Il tratto distintivo risiede nella capacità di «capire ciò che si fa», di coglierne le intime implicazioni, di affrancare l'atto materiale dall'illusione che sia bastevole a sé stesso e di comprendere che ciò che distingue l'uomo dalla macchina è la sua strutturale imperfezione direttamente correlata alla sensibilità del suo pensiero: una funzione, per così dire, propriamente noetica che deve essere adeguatamente preservata onde evitare che, nel prossimo futuro, l'intelligenza umana finisca con l'«appiattirsi» su quella artificiale.

²¹ Si pensi, sotto questo profilo, all'importanza che assume il «trasferimento» della conoscenza a beneficio delle generazioni future alle quali il lascito del nostro patrimonio informazionale potrà giovare al fine di progredire ed avanzare nella ricerca scientifica così come, più semplicemente, per mantenere viva la memoria sul nostro passato. Sui profili più personali (quasi individualistici) del fenomeno e, dunque, sul discusso tema della c.d. «successione digitale» cfr., da ultimo, anche per una sintesi ricognitiva delle varie posizioni assunte dalla dottrina più recente, A. VESTO, *Successione digitale e circolazione dei beni* online. *Note in tema di eredità digitale*, Napoli, 2020, 7-214, spec. 129, secondo la quale «[l]a condensazione dei dati digitali consente che nulla scompaia da Internet rimanendo a disposizione delle generazioni future: sicché l'attualizzazione di tutti i dati, mediante la trasformazione delle nostre attività virtuali, si risolve in una anticipata e puntuale clonazione della realtà».

²² In questi termini, L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit., 67 ss.

Non si tratta di riproporre in chiave moderna la dicotomia di René Girard tra «sé pubblico» e «sé privato» né di argomentare – come pur sempre sarebbe possibile – sulla pluralizzazione identitaria, pirandellianamente estensibile tra «uno, nessuno e centomila», quanto piuttosto comprendere che l'idea che ognuno di noi ha di sé stesso diviene, nel *digital contest*, sufficientemente flessibile da essere modellata dal modo in cui veniamo descritti dagli altri. È questa una terza dimensione dell'identità che taluni chiamano del «sé sociale» e che forse meglio si potrebbe definire con l'immagine del «sé e l'altro» mirabilmente tratteggiata da Paul Ricoeur²³.

Non è questa la sede per approfondire quanto una tale circostanza giochi un ruolo fondamentale nella costruzione di una società moderna che cerchi di salvaguardare taluni beni-valori di primaria importanza (*in primis* quello della tutela della vita e della salute) ma certamente il diritto non potrà disinteressarsi del problema rinunciando a comprendere quali siano i tratti caratterizzanti di questa nuova collocazione del soggetto all'interno dell'esperienza sensibile della vita digitale, di una vita per gran parte vissuta *on-line* o, come efficacemente è stata definita, in una sola parola, *on-life*²⁴.

Questa lunga premessa che è ovviamente già parte integrante del discorso consente di focalizzare l'attenzione sulla rilevanza che la componente informazionale gioca nella sistematica teorica della soggettività giuridica.

Il riferimento all'interesse giova infatti a definire quelle che Falzea chiamava le «radici della soggettività»²⁵ vale a dire quegli elementi caratterizzanti l'essere umano nel suo rapporto con la realtà che lo circonda.

Se si parte dalla considerazione che la componente del diritto non si esaur-

²³ Il sostrato culturale in cui germoglia la riflessione del filosofo francese conduce quest'ultimo a formulare una propria personalissima ricostruzione del soggetto e dell'intersoggettività. Com'è stato efficacemente messo in luce da C. CASTIGLIONI, *Il sé e l'altro. Il tema del riconoscimento in Paul Ricoeur*, in *Esercizi filosofici*, 2018, fasc. 3, 9-21, spec. 9 ss. «[I]l "ermeneutica del sé" elaborata in *Sé come un altro* (1990) rappresenta per Ricoeur l'unica via percorribile oggi per la filosofia riflessiva dopo la lezione dei maestri del sospetto, così il filosofo definisce Marx, Nietzsche e Freud. Con questi autori, infatti, si è attuata una sorta di seconda rivoluzione copernicana, nella quale oggetto del dubbio non è più soltanto la realtà del mondo esterno, ma il mondo stesso della coscienza soggettiva, che da dato originario e certo, si trasforma in "compito", il compito lungo e faticoso del divenir cosciente, attraverso il riconoscimento in sé delle molteplici tracce dell'altro. La prospettiva sull'identità risulta così spostata alla radice: l'appartenenza originaria del soggetto a sé stesso, data quasi per scontata, si ribalta nell'estraneità di un io costitutivamente e originariamente decentrato da sé» (corsivi ed enfasi dell'A.).

²⁴ Il neologismo, la cui paternità si deve a L. FLORIDI (*La quarta rivoluzione*, cit., 67 ss.), gioca semanticamente sulla dicotomia dei termini *on-line* (in linea) ed *off-line* (non in linea) ed indica quella porzione della nostra esistenza terrena (*life*, vita) che trascorriamo connessi a dispositivi interattivi (*on+life*).

²⁵ L'espressione, oltremodo eloquente, è di A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, VI ed., Milano, 2008, 320.

risce sul piano della mera materialità ci si rende subito conto che nella moderna concezione della *digital life* la componente biologica gioca un ruolo certamente importante ma non essenzialmente assoluto.

I rapporti tra «diritto» e «vita digitale» si atteggiavano infatti in primo luogo come rapporti tra «diritto» (norme regolatorie) e «informazione». L'informazione è dunque il modo universale di esistere dell'uomo e ciò nel senso etimologico del termine di «venire fuori, apparire» e, dunque, manifestarsi nel mondo. In definitiva l'uomo, al di là della sua fisicità organica si manifesta nel reale come un insieme (più o meno composito) di dati, ossia come informazione. E ciò è sperimentabile ad ogni livello della percezione sensibile giacché se anche non parlassimo dell'uomo una componente informazionale potremmo associarla ad ogni categoria di organismi viventi e financo alle cose immateriali, infatti anche un sasso, e più ancora, un microscopico granello di sabbia sono elementi ricchi di informazioni preziose sulla storia del nostro Universo e sulle variabili cosmiche che governano la nostra esistenza.

Può dirsi, sempre prendendo a prestito categorie dogmatiche consolidate, che il *tipo di vita*²⁶ che ognuno di noi ha condotto finora e continua a condurre

²⁶ Secondo A. FAZZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, cit., 321 s., «la vita è il modo universale di esistere degli *organismi*, e l'uomo, subito dopo che come corpo, si presenta nella realtà, appunto, come organismo. Ad ogni classe di organismi corrisponde un peculiare *tipo di vita*, una sua maniera specifica di condurre la esistenza e di risolvere i problemi che il suo esistere nel mondo gli pone» pertanto, «[i]n linea generalissima va inteso come *tipo di vita* l'insieme delle risposte che un essere vivente dà ai problemi ricorrenti dell'esistenza vitale. È chiaro che influisce sulla caratterizzazione del tipo di vita una qualche stilizzazione delle risposte, una almeno tendenziale costanza nel loro atteggiarsi, corrispondente a certi modi ricorrenti con i quali i problemi dell'esistenza si pongono all'essere vivente» (cit., 322 in nota n. 61). Sul medesimo profilo, cfr. altresì, ID., *Etica e diritto. Proloquio ai corsi*, relazione tenuta presso l'Aula Magna della Facoltà di Architettura dell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria il 6 marzo 2003, doc. *web*, 5 ove si legge: «[n]ei valori comuni e nei comuni orientamenti rivolti a realizzarli sta il tipo di vita della società, la maniera peculiare e irripetibile con la quale ciascun gruppo sociale vive spiritualmente i propri bisogni e interessi e impiega le sue risorse spirituali per il loro soddisfacimento. L'etica dei valori sociali, identificata storicamente nei valori ai quali si ispira il vivere dei consociati, ma soprattutto nei valori ai quali è orientata la società nella tensione al miglioramento ed al perfezionamento della vita comune, costituisce il fondamento di tutti i sistemi culturali che, nella loro specificità e nel loro insieme, compongono la cultura generale di ogni società [...] La cultura sociale, possiamo riassuntivamente concludere, è la sintesi dei contenuti del sapere e dei modi di sentire della società nella loro traduzione normativa. Sintesi deontologica dei valori sociali nei quali si sostanzia il tipo di vita della società e modello delle sue aspirazioni ad uno stile di vita più alto e più degno». Quali poi, in concreto, siano quei «bisogni» (*rectius*, interessi) sulla cui base fondare un'etica dei valori può risultare, in definitiva, «solo da una ricerca scrupolosa effettuata in seno agli strati più profondi del corpo sociale. L'opera del diritto è, dunque, chiamata a dar voce a *consuetudini culturali di riconoscimento* dei nuovi diritti, con le quali cioè certi bisogni sono appunto qualificati come diritti fondamentali. Questi ultimi non possono, insomma, essere *imposti* ma, appunto, solo *riconosciuti*» (in questi termini, con enfasi e corsivi dell'A., la riflessione di A. RUGGERI, *La garanzia dei diritti costituzionali tra certezze e incertezze del diritto*, relazione predisposta per il Convegno su «L'incertezza

non è altro che l'insieme delle risposte che ci sono state fornite (e che abbiamo contribuito a fornire) mettendo in comune (ossia facendo interagire) il nostro bagaglio informativo.

Ad un livello di maggiore astrazione, tutta la parabola dell'esistenza umana si può sintetizzare nello scambio di informazioni tra esseri viventi e tra questi e l'ambiente circostante.

Il nostro tipo di vita è dunque un tipo di vita essenzialmente informativo che dipende dalle risposte adattive che ognuno di noi è in grado di fornire nel corso della sua esistenza biologica.

Emerge così la dipendenza dell'organismo dalla informazione e dalle risorse conoscitive che in essa si celano. Tale dipendenza si manifesta anche sotto un ulteriore aspetto. L'informazione è proattiva nella misura in cui riesce a fornire all'uomo ciò di cui ha bisogno ma diviene negativa allorquando la sua disponibilità viene ad essere ridotta o alterata da manipolazioni esterne, sottodimensionando la capacità di elaborare strategie vitali realmente adeguate.

Sotto questo profilo, il nesso di derivazione eziologica tra vita ed informazione può estendersi fino a ricomprendere – in un tentativo di riordino sistematico – anche il legame tra informazione e diritto e dunque tra la conoscenza dei dati e le regole giuridiche che servono per governarla²⁷. Tale legame, in linea di principio, va definito in funzione del tipo di analisi informativa che si vuole compiere.

Se oggetto dell'analisi è il tema della strutturazione degli interessi rilevanti per l'individuo affinché quest'ultimo possa condurre – secondo l'auspicio della nostra Carta costituzionale – un'esistenza «libera e dignitosa» allora dovrà indagarsi come le informazioni incidono sulle condizioni di vita del soggetto influenzandone la percezione e, conseguentemente, i comportamenti.

del diritto», che avrebbe dovuto tenersi presso l'Università degli Studi di Messina il 13 e 14 marzo 2020, poi rinviato a causa dell'emergenza pandemica da Covid-19, ora anche in *Consulta online*, 2020, fasc. 1, 161-172, spec. 165).

²⁷ Infatti, «[t]ra i sottosistemi culturali che oggi compongono l'universo culturale delle comunità occidentali il sottosistema del diritto ricopre una posizione eminente. La vita sociale del tempo presente mostra una *giuridicità diffusa* [corsivo nostro] di tale intensità da trovare un parallelo soltanto nella politicità diffusa della città greca del quinto secolo. Ma proprio questa intensa diffusione rende più arduo il problema della distinzione, che pressanti necessità empiriche di chiarezza prima ancora di ogni esigenza di fondazione teorica impongono di porre e di definire, tra i valori giuridici ed i valori non giuridici, con la identificazione dello specifico tipo di legalità della loro rispettiva realizzazione. Insieme di valori dell'azione umana ne esistono non pochi e non trascurabili nel sistema della cultura. Il carattere della positività in termini di attualità ed attuabilità, che vale a circoscrivere un settore parziale restringendo sensibilmente il campo culturale in cui si colloca il diritto, lascia coesistere, con il sottosistema giuridico, molteplici altri sottosistemi, che vanno dalla morale alla religione nei loro aspetti positivi all'etica e al costume, all'economia e alla politica, e coinvolgono, infine ma primariamente, il linguaggio» (A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, cit., 420 s.).

Le notazioni che precedono consentono di approfondire il tema – finora lasciato volutamente sullo sfondo – dell’incidenza che le nuove tecnologie dell’informazione hanno – ed avranno sempre di più – sulla nostra percezione del reale e, dunque, sulla collocazione – che è al tempo stesso antropopoietica²⁸ e nomodinamica²⁹ – del «soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici»³⁰.

La mole d’informazioni condensata nei *big data* è tale, infatti, da conformare essa stessa la nostra personalissima «visione delle cose» e d’influenzare – attraverso meccanismi di tipo computazionale – la nostra stessa capacità di auto-determinazione.

Ciò chiama in causa, in primo luogo, la nostra natura umana, sociale³¹ e relazionale³², e, successivamente, la stessa capacità di interazione (*structural addiction*) coi differenti prodotti dell’*information technology* che sempre più frequentemente popolano il nostro ecosistema.

Da un punto di vista squisitamente tecnico, è facile immaginare come l’area della soggettività sia destinata ad ampliarsi a dismisura allorché faccia ingresso, in questo

²⁸ Per un approfondimento del tema cfr. C. GEERTZ, *Interpretazione di culture*, Il Mulino, Bologna 1998; ID., *Antropologia interpretativa*, Bologna 1988; ID., *The transition to Humanity*, in S. TAX (a cura di), *Horizons of Anthropology*, Londra, 1965, secondo cui l’uomo «è l’unico animale vivente che abbia bisogno di progetti (culturali), per il fatto di essere l’unico animale vivente la cui storia evolutiva è stata tale che il suo essere fisico è stato modellato in misura significativa dall’esistenza di tali progetti e che sia perciò irrevocabilmente basato su di essi» (*op. ult. cit.*, 47). In chiave strutturale, con riferimento all’intero spettro delle scienze sociali, diritto incluso, cfr. altresì il fondamentale contributo del filosofo tedesco J.G. HERDER, *Idee per la filosofia della storia dell’umanità*, Bologna, 1971, *passim*.

²⁹ La concettualizzazione dogmatica che qui si fa propria è quella relativa alla primigenia formulazione del principio così come elaborato da H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, *passim*, secondo il quale la nomodinamica serve a spiegare in cosa consiste la validità di una norma, da un punto di vista però puramente formale; tenendo distinta tale validità giuridica sia dall’efficacia, altrimenti ci sarebbe confusione tra diritto e natura, sia dal valore, altrimenti si confonderebbero diritto e morale. Per K., pertanto, una qualsiasi disposizione normativa è giuridicamente valida se emanata in conformità con i criteri stabiliti dalla norma di grado immediatamente superiore. È, in estrema sintesi, la *Stufenbautheorie* mitigata dal riferimento – tipico di una impostazione di stampo realista – in base al quale la norma gerarchicamente superiore è valida a condizione che l’intero complesso di norme da essa derivate possa trovare concreta applicazione.

³⁰ Il riferimento, volutamente esplicito, è al primo magistrale contributo di A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, *passim*, nel quale il Maestro messinese detta le coordinate metodologiche di una sua personale (visione) dogmatica del diritto ponendo il soggetto al centro dell’intero sistema fenomenologico della scienza giuridica.

³¹ Quantomeno nel senso proprio da attribuire, anche etimologicamente, alla famosa definizione di Aristotele secondo il quale «l’uomo è per natura un animale sociale» («Φύσει μὲν ἔστιν ἄνθρωπος ζῷον πολιτικόν») Ἀριστοτέλης, *Πολιτικά*, A, 1253a 1-5. Per un’interpretazione della massima riferita all’attuale contesto sociale e, in particolare, all’era della globalizzazione cfr. A. PENNISI, *L’errore di Platone. Biopolitica, linguaggio e diritti civili in tempo di crisi*, Bologna, 2014.

³² Sull’emersione di un modello di rete che oltrepassa l’orizzonte della ricostruzione delle relazioni interpersonali e acquisisce un ruolo interattivo rispetto ai media tradizionali, conformando i *social networks* in luoghi emblematici per la costruzione della sfera sociale e politica della persona umana, cfr. C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, spec. 11-35.

peculiare ambito d'indagine, l'agente elettronico (variamente definibile in termini di *agente software*³³, *e-person*, *robot*, *etc.*), un'entità cioè capace di assumere decisioni autonome, frutto di elaborazione algoritmica, e, dunque, «capace di agire» nella sfera del reale.

4. Dimensione oggettiva e valorizzazione del c.d. «fatto d'informazione»

Evidenziando questo profilo si esaurisce sinteticamente la componente, per così dire, soggettiva del fenomeno, ma com'è noto, non esiste nel mondo materiale come in quello giuridico la possibilità di definire un soggetto prescindendo totalmente dalla descrizione dello spazio entro il quale tale entità si collochi. Sia esso uno spazio fisico o virtuale esiste sempre un *framework* di riferimento.

E ciò è particolarmente vero nel campo delle nuove tecnologie digitali dove è la tecnologia stessa che «crea» il sistema giacché prescindendo da essa il sistema stesso, ontologicamente, non esiste.

È questa una caratteristica ineludibile del mondo digitale che viene efficacemente riassunta col termine «tecnopoiesi» che evidenzia la «capacità auto-generativa delle

³³ Identificabili, secondo la ricostruzione di recente offertane da G. TEUBNER, *Digitale Rechts-subjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten*, in *Archiv für civilistische Praxis*, Tübingen, 2018, 155-205, ora in ID., *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, edizione italiana a cura di FEMIA, Napoli, 2019, 46 «[in] null'altro che meri flussi informativi i quali diventano 'persone' (o persone parziali) quando nel processo comunicativo pervengono ad una identità sociale e ad essi sia effettivamente attribuita una propria capacità di agire, insieme alle necessarie disposizioni organizzative quali, ad esempio, le regole di rappresentanza» (corsivo ed enfasi dell'A.). Secondo T. la connessione della rete di *computer* supera anche l'idea stessa della soggettività giacché «[i]l soggetto è innanzitutto un confine tra una entità ed il suo ambiente; e se la soggettività si definisce comunicativamente, allora l'incrementata intensità delle comunicazioni e degli scambi comunicativi non consente di definire un soggetto, ma soltanto di descrivere una rete. La rete è la matrice di discorsi, matrice senza nome, anonima, perché non personificata» (in questi termini, FEMIA, *Introduzione, Soggetti responsabili. Algoritmi e diritto civile*, in G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali?*, cit., 14). Del resto «posta la qualificazione [del flusso informazionale algoritmico] come soggetto giuridico parziale, la conseguenza della valutabilità del suo agire – e del suo agire *uti singulus* – nel senso della liceità o illiceità è perfettamente coerente» (*op. ult. cit.*, 13).

Dal punto di vista fisico-matematico l'agente software è un meccanismo computazionale pensato per risolvere problemi in modo che avendo «a disposizione diverse opzioni immediate di valore sconosciuto può decidere cosa fare esaminando le azioni future che alla fine porteranno a stati di valore conosciuto [...] Sotto queste ipotesi la soluzione di qualsiasi problema è una sequenza fissata di azioni [...] ossia] una strategia ramificata che raccomandi azioni future diverse in base alle percezioni giunte. [...] Il processo che cerca una sequenza di azioni che raggiunge l'obiettivo è detto ricerca. Un algoritmo di ricerca prende un problema come input e restituisce una soluzione sotto forma di una sequenza di azioni. Una volta trovata una soluzione l'agente può eseguire le azioni raccomandate: questa fase prende il nome di esecuzione. Il progetto dell'agente, quindi, ha la semplice struttura "formulazione, ricerca, esecuzione"» (in questi termini, con corsivo ed enfasi degli A., S. RUSSELL e NORVIG, *Intelligenza Artificiale. Un approccio moderno*, cit., 83).

infrastrutture digitali». E questo spazio digitale, essenzialmente composto da informazioni, altro non è che la c.d. «infosfera»³⁴ della quale è necessario fin da subito, precisare la duplice proiezione digitale ed analogica. È questa – sia consentito il gioco di parole – una sfera «metà-fisica» nel senso che essa è «fisica» soltanto «a metà», atteso che il suo contenuto informazionale non ha pratica consistenza empirica e, dunque, nasce e si sviluppa unicamente nel contesto digitale ma s'inverna nel contesto reale (*rectius*, analogico) per il tramite delle strutture *ICT* che fungono da supporto e da veicolo di trasmissione (si pensi ai cavi sottomarini all'interno dei quali viaggiano costantemente flussi di dati ad altissima velocità)³⁵.

Se si danno per corrette, o quantomeno plausibili, le notazioni fin qui svolte

³⁴ Una compiuta definizione di cosa debba intendersi per «infosfera» è, se si vuole, conquista abbastanza recente: a livello puramente terminologico la prima attestazione nota è quella fattane da R.Z. SHEPPARD nel suo articolo dal titolo *Books: Rock Candy* pubblicato su *Time Magazine* il 12 aprile 1971 secondo cui «[...] come un pesce non può concepire l'acqua o gli uccelli l'aria, così l'essere umano allo stesso modo difficilmente comprende la sua infosfera, quello strato concentrico e avviluppante di "smog" elettronico e tipografico composto da cliché tratti dal giornalismo, dal mondo dell'intrattenimento, dalla pubblicità e dalle informazioni governative»; successivamente il medesimo termine, ma con una maggiore intensità semantica, è stato usato da A. TOFFLER, *The third wave. The classic study of tomorrow* (1975), trad. it. *La terza ondata. Il tramonto dell'era industriale e la nascita di una nuova civiltà*, Milano, 1980. Per ulteriori approfondimenti cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, cit., spec. 27-65 secondo il quale come pesci nell'acqua, le tecnologie digitali sono i veri nativi dell'infosfera, uno spazio per loro connaturale, in cui nuotano liberamente; mentre noi, organismi analogici, ci immergiamo nell'infosfera come se fossimo sommozzatori, cercando di adattarci a questo nuovo ambiente, fatto di esperienze *on-line* e *off-line*, vivendo spesso in un'ibrida *onlife*. Sulla «natura informazionale» della realtà artificiale che ci circonda cfr., altresì, A. VESPIGNANI, *L'algoritmo e l'oracolo. Come la scienza predice il futuro e ci aiuta a cambiarlo*, Milano, 2019, spec. 121 ss.

³⁵ Altro, ovviamente, è discorrere dello spazio digitale come «luogo fisico» al cui interno trovano collocazione tutte quelle infrastrutture tecnologiche che consentono il trasferimento dei dati e la comunicabilità delle informazioni tramite *Internet*. Come è stato opportunamente osservato: «[I]o spazio in cui si manifesta internet è senz'altro anche e soprattutto un luogo fisico (secondo la prima accezione): basta digitare su un motore di ricerca "submarine cable-map" per trovare i planisferi che individuano il complesso delle linee fisiche globali di cavi in fibra ottica interconnessi che si incrociano e intrecciano tra loro; e in cui centrale è il ruolo dei nodi, luoghi fisici, in genere vicini alle coste oceaniche, dove si collegano le reti internet del mondo (rete, termine che assume così il suo significato materiale originario). Sono solo queste migliaia di chilometri di cavi che rendono possibile il c.d. spazio digitale. Come da altri osservato: "È un planisfero *open source* costantemente aggiornato che monitora e traccia i cavi sottomarini, cavi lunghi 4, 6, 12 mila chilometri entro cui la luce corre veloce da una *landing station* all'altra [...] Analogo sviluppo delle tecnologie sulla terraferma, dove le dorsali si stanno moltiplicando a vista d'occhio" (cfr., M. DEL BARBA, *Migliaia di chilometri di cavi. È l'internet (invisibile) da toccare*, in *Corriere Innovazione*, 6 aprile 2017, 8). La fisicità del c.d. spazio digitale la possiamo percepire del resto più direttamente solo se pensiamo alle applicazioni della domotica che utilizziamo a casa nostra, per garantire con gli impianti sicurezza, confort, risparmio sino agli estremi della gestione intelligente degli elettrodomestici magari con un controllo integrato da remoto, che guarda caso spesso avviene attraverso una applicazione della *fuzzy logic*. Ma tutto ciò presuppone una rete materiali di cavi o di cose con funzioni wireless» (così, testualmente, A. GORASSINI, *Lo spazio digitale come oggetto di un diritto reale?*, in *MediaLaws – Riv. dir. dei media*, 2018, fasc. 2, 53-63, spec. 58).

se ne ha che è possibile assumere l'informazione quale parametro descrittivo dell'intera fenomenologia della realtà empirica.

Falzea, com'è noto, lo fece magistralmente da par suo elaborando la famosa teoria delle «sfere di realtà» in base alla quale «[i]l mondo reale, così come si presenta all'osservazione empirica e ad un'analisi sommaria ma per il giurista legittima e sufficiente, è un sistema concentrico di sfere di realtà via via più complesse: sfera fisica, sfera organica, sfera animata e sfera umana [...] esiste tra le varie sfere nonché tra le rispettive classi un rapporto concentrico di estensione decrescente e di complessità crescente, cosicché la classe dei corpi comprende la classe degli organismi, questa comprende la classe degli animali, e quest'ultima a sua volta la classe degli uomini. [...] [A]lle diverse sfere corrispondono livelli diversi di realtà, dal livello inferiore della sfera fisica – attraverso livelli intermedi delle sfere biologiche inanimata e animata – al livello superiore della sfera umana»³⁶.

Orbene, questa impostazione metodologica – particolarmente efficace tanto dal punto di vista «ricostruttivo» che da quello «descrittivo» – può, a mio sommo avviso, estendersi fino al punto da ricomprendere, nella descrizione della realtà sensibile, una «quinta» sfera (dell'informazione) che si collocherebbe ad un «livello più alto di generica consistenza», atteso che il suo contenuto è rappresentato da quel vastissimo insieme di dati (strutturati e non strutturati) la cui portata informazionale è funzione unica e sufficiente della loro esistenza.

L'infosfera sarebbe dunque, riprendendo l'immagine proposta dal Maestro, la sfera più esterna – come tale capace di contenere tutte le altre quattro – ma anche la più complessa in quanto sufficientemente elastica e capace di condensare al suo interno tutto il bagaglio di informazioni attinenti alle diverse sfere del sensibile³⁷. A tale rapporto concentrico di biunivoca corrispondenza tra dimensione e complessità conseguirebbe un radicale ripensamento di molti aspetti della nostra realtà³⁸.

L'infosfera non consisterebbe «in un ambiente virtuale sorretto da un mondo genuinamente “materiale” [ma sarebbe, ...] piuttosto, un mondo in s[é] stesso, sempre più compreso in termini informazionali»³⁹. In quest'ottica, tutte le moderne tecnologie digitali concorrono a ridefinire il «punto di vista» dell'os-

³⁶ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, cit., 303-305.

³⁷ Per la configurazione di una quinta sfera di realtà, nel solco della ricostruzione teorica falzeiana, sia consentito *funditus* il rinvio al nostro *Profili civilistici dell'information technology*, cit., spec. 135 ss.

³⁸ È questo il senso di un'interpretazione dell'intero contesto d'indagine in senso informazionale nella prospettiva di un'analisi multi-sistemica che consideri il mondo che ci circonda «come parte di un'infosfera, non tanto nel senso distopico espresso da uno scenario alla *Matrix*, in cui la “realtà vera e propria” è ancora tanto moderna e dura quanto il metallo delle macchine che l'abitano, quanto piuttosto nel senso iperstorico, evolutivo e ibrido, rappresentato da un ambiente come quello della città di New Port, la metropoli inventata e post-cibernetica di *Ghost in the Shell*, “un rivoluzionario film d'animazione giapponese che ci ha consegnato l'odierna visione del cyberspazio” (in questi termini, con corsivi ed enfasi dell'A., L. FLORIDI, *op. ult. cit.*, 55).

³⁹ *Ibidem*

servatore esterno indirizzandone lo sguardo verso un orizzonte iperstorico e informativo e non più meramente diacronico e materialistico. In tal modo, tanto i soggetti quanto gli oggetti ed i processi – *ivi* inclusi quelli di matrice fisica e biologica – risultano totalmente deprivati della loro connotazione materiale nel senso che possono essere concepiti indipendentemente da una loro (eventuale) fisicità semplicemente in termini di dati e, dunque, di informazioni.

Ciò significa, per il giurista contemporaneo, ripensare il paradigma della giuridicità⁴⁰ introducendo nella sistematica del diritto un elemento ulteriore – il c.d. «fatto informativo» – quale anello di congiunzione nella qualificazione del rapporto giuridico tra la componente materiale-oggettiva e quella soggettiva dell'informazione⁴¹.

Aderendo, sulla scia dell'insegnamento di Salvatore Pugliatti, ad una «concezione integrale» della fenomenologia giuridica se ne ha che «[l]a fonte di ogni effetto giuridico è la norma, la quale però non è tutto il fenomeno giuridico. [Il fenomeno giuridico ...] è [innanzitutto] un fatto storico-sociale giuridicamente qualificato [rispetto alla cui comprensione] [a]nche da un punto di vista strettamente scientifico, non [meramente] filosofico [o concettuale ...] non si può certo prescindere [...] dal considerare gli elementi costitutivi nella loro sintesi»⁴².

Nel nostro caso, l'elemento materiale del fatto informativo è dato dalla matrice di conoscenza insita in ogni singolo dato; tale matrice di conoscenza – poiché relativa esclusivamente ad un singolo frammento dell'informazione (*fragledge*)⁴³ – rivela un contenuto, in definitiva, sempre «parziale».

⁴⁰ È necessario, a tal fine, rivalutare opportunamente la fattualità del diritto, riconoscendo in essa una componente fondamentale della stessa giuridicità. Sul punto cfr. in particolare GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quad. fiorentini*, 32, 2003, 41; ID., *Sull'odierna fattualità del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 11 ss.; PERLINGIERI, *Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 604; ID., *Dogmatica giuridica e legalità costituzionale*, in *Ann. Sisdic*, 2019, 3, 46.

⁴¹ Alla sempre minore importanza attribuita al profilo materiale-oggettivo della realtà empirica si collega, tra l'altro, una particolare circostanza – di sicuro interesse per lo studioso del diritto civile – consistente nella crescente rilevanza delle forme giuridiche dell'appartenenza in base alla quale il «diritto d'uso» sulle informazioni può essere considerato importante tanto quanto il «diritto di proprietà» sulle cose alle quali tali informazioni si riferiscono, aprendosi così la strada verso la teorizzazione di un vero e proprio «materialismo virtuale»; fenomeno quest'ultimo non meno pernicioso del «materialismo reale» per contrastare il quale sarà necessario iniziare ad immaginare fin d'ora specifici meccanismi normativi in grado di riequilibrare – nella logica solidaristica della fruizione collettiva – le posizioni di asimmetria funzionale che verranno a crearsi all'interno dell'unico, globale, mercato di riferimento. Per ulteriori approfondimenti, sia consentito, anche in relazione al presente profilo d'indagine, un rinvio al nostro *Profili civilistici dell'information technology*, cit., 145 ss.

⁴² In questi termini l'indirizzo metodologico di S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, cit., 63 s.; successivamente ribadito – a quasi trent'anni di distanza – in ID., *Il trasferimento delle situazioni oggettive*, Milano, 1964, 68 ss.

⁴³ Sia consentito il ricorso a questo neologismo anglofono, al contempo suggestivo ed esplicativo; esso deriva dalla crasi dei termini inglesi *fragment* (parte, frammento) e *knowledge* (conoscenza) e serve qui ad indicare quelle parti d'informazioni (tecnicamente «frammenti di conoscenza») la cui interconnessione – come in un enorme *puzzle* digitale – è capace di donarci l'immagine complessiva di una più estesa

Ma «parziale», in quest'ottica ricostruttiva, non significa «incompleto» o «inutile» potendo – come si è detto – tale dato variamente combinarsi con gli altri così da contribuire a fornire integralmente l'informazione dal quale è stato originato ovvero ancora entrare a far parte di altra e più complessa catena di dati contribuendo a definire il contenuto di altre e più complesse informazioni.

Il fatto informazionale, nella sua essenziale e schematica rappresentazione giuridica, risulta costituito, al pari di tutti gli altri fatti giuridici, dalla sintesi di un duplice elemento: il dato informativo (elemento materiale) e la qualificazione giuridica del dato (elemento formale).

In tal senso può dirsi che un fatto informazionale in senso stretto è una qualunque situazione del mondo dell'essere dotata di un contenuto informativo giacché, in senso lato, un contenuto informazionale può ovviamente essere rintracciato in qualsiasi classe di fatti giuridici.

Una definizione questa che, pur nella sua parzialità, consente di segnare una prima fondamentale differenza tra tale fatto e gli altri fatti rilevanti per il diritto; mentre questi ultimi solitamente si distinguono sulla base dell'elemento materiale in fatti naturali (o fatti giuridici in senso stretto) e fatti umani (o atti giuridici in senso lato), il fatto informazionale può essere, per sua natura, sia naturale che umano e, dunque, – per riprendere la categorizzazione dogmatica, potrà atteggiarsi quale fatto giuridico in senso stretto o quale atto giuridico in senso lato a seconda dell'incidenza sul suo processo generativo della volontà umana, assente nei fatti della prima specie e presente, invece, in quelli della seconda.

In primo luogo, il dato informativo incide – come si è avuto modo di sperimentare – nella qualificazione del soggetto (l'uomo info-datico⁴⁴) e del contesto d'indagine (l'infosfera) ma ciò che lo rende ai nostri occhi particolarmente interessante è, appunto, in una prospettiva assiologica, la capacità di determinare la produzione di interessi giuridicamente rilevanti (efficacia giuridica).

In chiave metodologica la scelta del criterio dell'efficacia per la qualificazione del fatto informazionale è sembrata la più coerente con i presupposti del ragionamento che si sono svolti finora, giacché «[è] chiaro che il criterio dell'efficacia

struttura (*framework*) a carattere relazionale ed informazionale dalla quale è possibile attingere nuove e molteplici interconnessioni di dati particolarmente utili per comprendere l'origine di fenomeni complessi come quelli legati, ad es., all'evoluzione epidemologica di una determinata patologia.

⁴⁴ Come si è avuto modo di precisare nel nostro *Profili civilistici dell'information technology in ambito sanitario*, cit., 132, «[l]l'uomo info-datico, [...] si trova [...] costretto a condurre una duplice battaglia: quella per procurarsi le informazioni che giovano alla sua esistenza e quella per sottrarsi alla c.d. *informational degeneration* cercando di allontanare dalla sua percezione quelle informazioni adulterate che – sia consentita la metafora marcatamente antropica – finirebbero per avvelenarlo. La dipendenza dall'uomo dall'informazione si manifesta con estrema chiarezza proprio nel principio della *need for information* ossia nella necessità di attingere e fornire informazioni per mantenere attivi i suoi meccanismi vitali e soddisfare i suoi molteplici bisogni da quelli primari (biologici e riproduttivi) a quelli secondari (culturali ed essenzialmente intellettivi)».

si aggancia dogmaticamente alla definizione del fatto come causa di effetti giuridici, mentre a base del criterio fenomenologico o tipologico sta la definizione del fatto come fenomeno, anzi come fenomeno temporale comunque giuridicamente qualificato. Nel pensiero giuridico moderno questi due metodi si trovano rappresentati entrambi, ma sono non di rado combinati e confusi. Storicamente il criterio dell'efficacia vanta una tradizione più antica e la sua influenza è più immediatamente sensibile a confronto dell'altro criterio. Il che si accerta considerando che le moderne classificazione dei fatti giuridici non sono altro che integrazioni e sviluppi delle teorie di tradizione romanistica intorno alle fonti dell'obbligazione e ai modi di acquisto della proprietà; ma, essendo l'obbligazione e la proprietà le due più importanti situazioni giuridiche di diritto privato, quindi i due principali effetti privatistici, si vede bene che le relative classificazioni fanno leva essenzialmente sul criterio dell'efficacia, anche se possono essere non esenti da altri influssi»⁴⁵.

Dunque, il fatto informazionale si conforma, nella dinamica giuridico-sociale, essenzialmente come un fatto «generativo semplice» con ciò evidenziando, quale sua peculiare qualità, una costante corrispondenza rispetto all'effetto giuridico prodotto: nel senso che da un dato scaturisce sempre e comunque un'informazione, più o meno completa che essa possa essere.

Non sarebbe viceversa applicabile il criterio della congruenza tra fatto ed effetto, assolutamente non dirimente rispetto ad un fatto come quello informazionale la cui caratura negoziale non può certo essere presupposta né risulta predicabile quale principale caratteristica distintiva. Come efficacemente puntualizzato, infatti, «[l]a congruenza e, rispettivamente, l'incongruenza dell'effetto con l'atto sono considerati dai giuristi le note distintive dell'atto lecito negoziale e dell'atto lecito non negoziale. Ma questo criterio mantiene ed esaspera [talune] difficoltà dogmatiche[:] [...] [s]e resta chiara l'opposizione tra negozio giuridico ed atto lecito sotto il profilo dell'efficacia, sulla base dell'opposizione effetto conforme – effetto difforme, l'incapacità del criterio a determinare il tipo di efficacia delle figure fatte confluire nella classe del quasi contratto si riproduce intera per la classe dell'atto lecito non negoziale. Il principio di conformità è inadatto a cogliere la differenza tra negozio giuridico e dichiarazione di volontà non negoziale e, per l'altro verso, tra atto illecito e atto lecito negoziale con effetti difformi. L'insufficienza del principio appare poi irrimediabile allorché si considera la figura del fatto giuridico in senso stretto, rispetto al quale non può neppure prospettarsi un rapporto di conformità, almeno nel senso inteso per il negozio giuridico, con la conseguenza che la non conformità risulta comune a tre classi di fatti giuridici – i fatti giuridici in senso stretto, gli atti leciti non negoziali a esclusione delle dichiarazioni di volontà non negoziali, gli atti illeciti – assumendo peraltro per ciascuna di esse un significato diverso»⁴⁶.

Se a quest'ultime notazioni si aggiunge che l'infosfera (quale quinta sfera di

⁴⁵ Così, A. FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 941-950, spec. 944 s.

⁴⁶ Così, A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 945 s.

realtà) rappresenta, al tempo stesso, la sfera più esterna e più complessa in cui può definirsi la realtà nella quale siamo immersi se ne ha che dei vari fatti d'informazione in essa generati l'uomo rappresenti comunque il principale catalizzatore.

Ciò che assume rilevanza per il giurista – differentemente da quanto può accadere per lo studioso di altre scienze pratiche – è comprendere il livello di partecipazione del soggetto alla creazione del singolo dato e, dunque, dell'informazione in generale. Tale livello è minimo con riferimento alle informazioni che si traggono – si direbbe, quali meri «dati di fatto» – dall'osservazione della realtà esterna (sfera fisica) mentre è via via maggiore riguardo a quelle informazioni che attengono alla sfera organica o a quella animata e, ancor di più, alla sfera umana dove viene chiamata in campo la nostra personale capacità di elaborazione mentale tanto che i dati ad essa riferiti possono ritenersi il frutto di una nostra piena ed autonoma volontà creativa. Sicché all'interno della generica e più ampia categoria del fatto informazionale si avranno – come sopra anticipato – tanto un «fatto d'informazione» quanto un «atto d'informazione» il secondo dei quali dipendente dalla volontà dell'uomo e segnatamente rilevante con riferimento, tra gli altri, al profilo della responsabilità⁴⁷.

È appena il caso di notare che talvolta il dato informazionale rileva per il diritto a prescindere dall'indagine sulla volontarietà o meno della sua genesi: il riferimento è, ad esempio, al novero – sempre più cospicuo – di quelle attività c.d. complesse il cui compimento sarebbe irrealizzabile senza un apporto partecipativo dell'uomo. Tra queste rientrano, come si avrà modo di precisare più avanti, le attività di programmazione delle diverse strumentazioni informatiche, ivi incluse le operazioni c.d. di *data entry*⁴⁸.

⁴⁷ Basti notare al riguardo che nella proposta di Regolamento europeo sulla intelligenza artificiale del 2021 (art. 29) è previsto in maniera espressa che l'Utilizzatore professionale di un sistema a base algoritmica sia chiamato a conoscere (dunque ad informarsi del) le istruzioni d'uso dell'apparecchiatura ed a controllare in maniera «attiva» il sistema di IA, segnalando problemi o addirittura interrompendo il servizio se valuta la sussistenza di un rischio. In tal modo viene a crearsi un ponte di collegamento con la normativa in tema di protezione dei dati personali (GDPR) giacché i sistemi di IA si basano sulla condivisione e sulla organizzazione delle informazioni relative ai singoli dati trattati rispetto ai quali viene enfatizzata la possibilità di creare specifiche «correlazioni» che l'essere umano non sarebbe in grado di fare o, comunque, non ad elevata specifica velocità.

⁴⁸ Ossia processo di inserimento di dati in un computer o in un altro dispositivo elettronico. I dati possono essere inseriti sia in un database che su un supporto logistico a base software (es. un foglio *Excel*, un *cloud storage*, etc.). Talvolta, l'attività di *data entry* implica l'inserimento di dati da un file digitale a un altro (per esempio dai fogli *Google* a quelli di *Microsoft Excel*) e, altre volte, da un documento fisico a uno digitale. Quest'ultimo processo è quello comunemente definito come «digitalizzazione di dati». Ancora oggi, il servizio di *data entry* viene eseguito per lo più manualmente. Le principali forme di *data entry* sono: a) il *tagging* – il processo di etichettatura aggiunge piccole informazioni o descrizioni a una voce, consentendo così che sia indicizzata, cercata in un database, esplorata in un catalogo, classificata ecc. Questo servizio permette di velocizzare il processo di ricerca di un dato; b) l'*annotation* – il processo di selezione dei dati, permettendo di incorniciarli o evidenziarli ed etichettarli. In genere si annotano tutti i tipi di dati, come immagini, audio, suoni, testi, etc.; c) il *capture* – il processo per catturare, raccogliere e registrare le informazioni che saranno poi elaborate e processate da una

Se così stanno le cose, allora, anche con riferimento all'atto informazionale è possibile ipotizzare l'esistenza – accanto all'atto frutto di volontà – di un più ampio e generico «comportamento», connesso sì alla «iniziativa» dell'uomo ma non necessariamente dipendente da una sua intima adesione, la cui configurazione quale prodotto dei meccanismi di intelligenza artificiale resta per il momento sullo sfondo e potrà essere indagata soltanto all'esito di una più articolata verifica dell'incidenza che l'informazione assume nella definizione degli autonomi processi decisionali necessari per l'attività di programmazione e gestione dei sistemi *ICT*.

Ciò significa, da un punto di vista teorico generale, postulare la transizione del dato informazionale «dall'ordine dei concetti all'ordine degli interessi»⁴⁹ così spianando la strada verso un diverso e più ampio orizzonte della ricerca che sappia tracciare percorsi nuovi nel solco di una sempre feconda «diversità nella continuità»⁵⁰, giacché «la società e la storia bussano alla porta del giurista, ed egli non può fingersi sordo, o tentare di abituarsi al rumore, per non subirne più la molestia»⁵¹.

macchina; d) la *transcription* – il processo che consente di convertire in testo scritto ed editabile dati o informazioni presenti su un *file* audio/video; e) il *logging* – il processo di registrazione e raccolta dati da immagazzinare per uno specifico periodo di tempo per una successiva analisi; f) il *processing* – ossia l'attività di raccolta e processazione al fine di creare dei *reports* di immagazzinamento, archiviazione, organizzazione o semplice classificazione; g) *cleansing* – il processo usato per organizzare e correggere le informazioni immagazzinate nel *database*, identificare duplicati, errori, informazioni vecchie e per cancellare quelle irrilevanti, usato come forma di manutenzione e aggiornamento del *database*.

⁴⁹ Così A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, cit., 3.

⁵⁰ Questa chiave di lettura può rivelarsi interessante anche per interpretare il rapporto tra il «sapere» giuridico e altri «saperi» non giuridici, specialmente là dove questi ultimi vengano riconosciuti come titolari di uno spazio di espressione «giuridicamente» rilevante. Si pensi alla formazione della nuova disciplina del c.d. «bio-diritto», come sede per lo studio dell'emersione della rilevanza giuridica di interessi che, senza l'evoluzione scientifica e tecnologica, non sarebbero stati oggetto di riconoscimento da parte del legislatore. Come bene evidenziato da F. CORTESE, *Pluralità o unità del sapere giuridico?*, cit., 160 «[...] questa lettura rimette in circolo un profilo metodologico di estrema importanza, perché, paradossalmente, è proprio il senso di estrema incertezza e frammentarietà, così come suscitato dalle complesse evoluzioni della realtà che ci circonda, a stimolare il richiamo all'unità del "sapere" del giurista: ciò laddove si concepisca questa unità nel senso anzidetto, ossia nel senso dell'attivazione pregiudiziale di un patrimonio di strumenti concettuali [...]; nel senso, quindi, di un loro utilizzo in modo coerente con la previa identificazione dell'ordinamento giuridico, della sua struttura e delle [sue molteplici] declinazioni [...] in ordine al riconoscimento e all'applicazione delle regole giuridiche». È proprio in questa scelta che si nasconde l'autonomia e la professionalità di qualunque giurista giacché «[c]hi si limitasse ad una pura esegesi degli ordinamenti non farebbe opera di giurista, nel senso più alto dell'espressione, ma solo eserciterebbe una tecnica che, per quanto raffinata, non può considerarsi mai idonea alla comprensione e attuazione di un sistema che è generale. Ma chi è chiamato a fare opera di giurista, e perciò a prefigurarsi un sistema generale, corre rischi che sono propri di un impegno personale e cioè i rischi della propria verità. In questa confessione di debolezza connessa al rischio, vi è anche una confessione di forza, connessa a quella inevitabile ricerca di verità e di certezza che è l'aspirazione più viva e profonda di ogni uomo» così F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana*, Padova, 1996, 492.

⁵¹ Così S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 89.

Abstract

La dimensione olistica della Intelligenza Artificiale (IA) pone alla scienza contemporanea nuove suggestioni e molteplici interrogativi. La pervasività delle infrastrutture ICT (*Information and Communications Technology*) è tale da influenzare ogni aspetto della nostra vita. Il contributo tenta di offrire al lettore una visione d'insieme della struttura di cui si compone l'odierno contesto informativo nonché della sua «collocazione valoriale» in rapporto alla «complessità» che caratterizza il variegato mondo dell'*information technology*. L'idea stessa di una massa ingente di informazioni strutturate in una miriade di connessioni cibernetiche fa da sfondo ad un nuovo modo di intendere la realtà materiale. La rilevanza economico-sociale attribuita alla sfera dell'informazione (infosfera) reclama, infatti, particolare attenzione specie da parte degli operatori del diritto chiamati a decodificare una realtà complessa ed in costante evoluzione. Da qui la suggestione di un adattamento in chiave moderna di alcune consolidate impostazioni teoriche che sappiano adeguatamente valorizzare le peculiarità del c.d. «fatto d'informazione» e procedere nell'analisi di fenomenologie giuridiche inedite, bisognose di adeguata comprensione e regolamentazione.

Information and Knowledge:

«Fact» and «Effect» in the holistic dimension of the infosphere

(UK) The holistic dimension of Artificial Intelligence (AI) raises new suggestions and multiple questions to contemporary science. The pervasiveness of ICT (Information and Communications Technology) is such that it affects every aspect of our life. The essay offers the reader an overview of the structure of which today's information context is made up as well as of its «value position» in relation to the «complexity» that characterizes the variegated world of information technology. A huge mass of information structured in a myriad of cybernetic connections is the background to a new way of understanding reality. The economic and social relevance attributed to the information sphere (infosphere) demands particular attention from legal practitioners called upon to decode a complex and constantly evolving reality. The modern adaptation of some consolidated theoretical approaches will enhance the peculiarities of the so-called «Fact of information» and proceed with the analysis of unpublished legal phenomenologies.

La dottrina dialoga con la giurisprudenza

La qualificazione “funzionale” degli atti ampliativi e la patologia dei provvedimenti applicativi di norme anticoncorrenziali (riflessioni a margine delle Plenarie n. 17 e n. 18 del 2021)

di Francesco Armenante

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi – 2. La ricostruzione diacronica della disciplina di settore sulle concessioni demaniali con finalità turistiche (dal diritto di insistenza ai precetti delle direttive UE) – 3. I canoni ermeneutici dettati dalla giurisprudenza comunitaria e l’allineamento della giurisprudenza nazionale – 4. Dalla distinzione formalistica dei provvedimenti ampliativi alla lettura sostanzialistica della concessione – 5. I criteri qualitativi di selezione dei concessionari e la rilevanza del sintagma “principio di rotazione” – 6. La controversa patologia degli atti adottati in applicazione di norme primarie disapplicabili – 7. Brevi riflessioni conclusive.

1. *Profili introduttivi*

Tra i molteplici spunti ermeneutici ricavabili dalle recenti decisioni gemelle dell’Adunanza plenaria (nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021), entrambe afferenti alla antimunitaria disciplina nazionale in tema di proroghe automatiche delle concessioni demaniali per finalità turistiche, se ne registrano alcuni di peculiare interesse esegetico.

In particolare, nel “sanzionare” la legislazione nazionale di settore recante la proroga della durata delle menzionate concessioni, il Giudicante ha avuto occasione di soffermarsi sulla distinzione tra concessione e autorizzazione nonché di ribadire la sussistenza, anche in capo all’apparato amministrativo, del dovere di non applicare la legge antiunionale, infine di scrutinare la patologia dei provvedimenti applicativi di una norma interna contrastante con il diritto euro-unitario.

Sotto il primo crinale, la Plenaria ha ribadito che le concessioni di beni demaniali rappresentano autorizzazioni di servizi, dovendosi superare la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni (come atto con effetti costitutivi/traslativi che attribuisce un diritto nuovo su un’area pubblica) e autorizzazione di attività (come atto che si limita a rimuovere un limite all’esercizio di un diritto preesistente)¹.

¹ Il concetto di concessione, nell’ordinamento pubblicistico, evoca plurimi approfondimenti: si pensi, *inter alia*, alla tradizionale distinzione tra autorizzazione e concessione, tra concessione traslativa e quella costitutiva, più volte al centro di controverse conclusioni della manualistica tradizionale. La dottrina si è soffermata ampiamente su tali distinzioni e classificazioni: per tutti, cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2016, 343 ss.; D. SORACE, C. MARZUOLI, (voce) *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, 280 ss., recante (oltre ai riferimenti bibliografici) anche la classificazione delle eterogenee fattispecie di concessioni e la tradizionale distinzione tra quelle traslative e quelle costitutive nonché la dicotomia provvedimento-contratto che caratterizza le concessioni; F. FRACCHIA, (voce) *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, I, 250 ss. Un primo

Per quel che concerne, invece, la disapplicazione della norma interna se ne ribadisce la doverosità anche da parte dell'amministrazione competente ampliando la latitudine applicativa alle previsioni *de iure condendo*.

I precipitati ermeneutici di tali assunti possono meglio apprezzarsi alla luce delle conclusioni cui era approdata la pubblicistica, le cui contrastanti posizioni erano favorite da una disciplina incerta² e claudicante³, oggetto di trattazioni meramente didascaliche, per lo più ricomprese (sul piano manualistico) nell'eterogeneo *genus* delle concessioni amministrative⁴, ovvero nella trattazione del regime giuridico dei beni pubblici⁵.

Il profilo di tale acribia (affrontato anche dalle Plenarie ora in esame) ha riguardato la prorogabilità, *ex lege*, della relativa durata ovvero, sotto un'opposta visuale, la necessità di esperire idonee procedure selettive per l'individuazione del nuovo concessionario, senza alcuna preferenza per l'uscente.

tentativo di ricostruzione sistematica lo si deve a O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative – Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni*, in *Giur. it.*, 1984, 29.

² Sinanche la classificazione dei beni del demanio marittimo presenta incertezze: accanto a quella rinvenibile nell'elenco di cui all'art. 822 del c.c. (lido del mare, spiaggia, rade e porti) si pone l'art. 28 del codice della navigazione che contempla anche le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare ed altro. Come sottolineato, gli elenchi contenuti nei due codici coevi non hanno risolto il problema dell'individuazione dei beni del demanio marittimo, soprattutto in relazione ad alcuni di essi, tra cui le lagune [per ulteriori approfondimenti, cfr. M. ARSI, *I beni pubblici*, in S. CASSESE (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, 2003, 1265 ss.

³ Di cui al R.D. del 30 marzo 1942, n. 327 (più volte novellato) recante il Codice della navigazione. Sulle concessioni demaniali, tra i contributi dottrinari, si segnalano: C. BENEZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 2016; M. DE BENEDETTO (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, 2011.

⁴ Il procedimento di autorizzazione al subingresso in una concessione demaniale marittima, di cui all'art. 46, cod. nav., non rientra nel campo di applicazione dell'istituto del "silenzio assenso" disciplinato dall'art. 20 della l.n. 241/90; infatti, trattandosi di un istituto che partecipa della medesima natura della concessione demaniale, esso è espressione della medesima funzione di comparazione tra i rilevanti interessi pubblici connessi alla regolare gestione del demanio marittimo che svolge la concessione originaria (TAR Lazio, Roma, sez. II *bis*, 19 novembre 2021 n. 11954).

⁵ Sul regime giuridico dei beni pubblici, *ex multis*, cfr. A.M. SANDULLI, (voce) *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, 1959, V, 277 ss.; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1967; B. MURRONI, *Demanio marittimo*, Bologna, 1980; V. CERULLI IRELLI, (voce) *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, 273 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, (voce) *Beni pubblici (uso dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, 304 ss.; L. BENVENUTI, *La frontiera marina*, Padova, 1988; M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo. Nuovi profili sostanziali*, Milano, 1990; A. LOLLI, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, in *Dir. amm.*, 1996, 65 ss.; C. ANGELONE, G. SILINGARDI, *Il demanio marittimo. Rassegna sistematica di giurisprudenza*, Milano, 1999; AA. VV., *La gestione del demanio marittimo. Dallo Stato, alle Regioni, ai Comuni*, Milano, 2002; M. OLIVI, *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, in *Dir. Mar.*, 2004, II, 365 ss.; A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008; F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2009, 787 ss.; G. MARCHEGIANI, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di LochNess*, in *Giustamm.it*, 10, 2015.

Ed è stata l'inconciliabilità tra la previsione (anche implicita) di un diritto di insistenza e le spinte eurounitarie verso una gestione concorrenziale a determinare plurimi interventi giurisdizionali, soprattutto della Corte UE, a fronte di novelle legislative recanti la proroga della durata delle concessioni.

Nel prosieguo, dopo una breve ricostruzione, anche diacronica, della disciplina di settore e il richiamo ai principali arresti giurisprudenziali, sia di matrice comunitaria che del foro interno, saranno analizzati – come già accennato – alcuni degli *obiter dicta* delle recenti decisioni della Plenaria, con particolare riguardo alla lettura funzionale e sostanzialistica dei provvedimenti concessori (con il superamento del tradizionale canone ermeneutico di tipo prettamente nominalistico) e alla patologia dei provvedimenti adottati in applicazione di norme interne contrastanti con il diritto comunitario.

2. *La ricostruzione diacronica della disciplina di settore sulle concessioni demaniali con finalità turistiche (dal diritto di insistenza ai precetti delle direttive UE)*

Sul piano normativo, la primigenia disciplina sulle concessioni demaniali è rinvenibile negli artt. 36 e 37 del citato Codice della navigazione, concernenti, rispettivamente, la concessione per l'occupazione e l'uso, temporaneo, di zone demaniali o di mare territoriale e le modalità di selezione nel caso di concorso di più istanze; in tale tessuto normativo, si rinveniva (al comma 2, periodo *ad finem*, dell'art. 37) una posizione di preferenza in capo al concessionario uscente⁶, peraltro senza obbligo di supporto motivazionale⁷.

A scalfire tale impianto ha contribuito l'ordinamento comunitario⁸, sia come definito nei relativi Trattati e nelle direttive di settore, sia come derivante dall'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia (come meglio precisato *infra*).

I modelli comparativi ed evidenziali, contemplati già dalle norme sulla contabilità generale dello Stato⁹, solo di recente sono stati valorizzati dal drit-

⁶ Ivi si prevedeva: “È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze”. Tale periodo è stato abrogato dall'art. 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con la l. 26 febbraio 2010, n. 25.

⁷ Diversamente dall'altra ipotesi di preferenza, contemplata nel medesimo comma, per le strutture non fisse, motivata dall'esigenza di una migliore tutela del patrimonio costiero.

⁸ Di peculiare interesse si presentano le riflessioni svolte da E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in AA.VV., *Negoziazioni pubbliche – scritti su concessioni e partenariati pubblico privati*, Milano, 2013.

⁹ In tale contesto rilevano sia l'art. 37 del r.d. 827 del 23 maggio 1924, a norma del quale “tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, eccetto i casi indicati da leggi speciali e quelli previsti nei successivi articoli”, sia l'art. 41, comma 1, recante i casi di trattativa privata (A. MONORCHIO, L.G. MOTTURA, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, 2018, *passim*).

to vivente, anche tenuto conto dei principi enucleabili in discipline generali e sopravvenute (si pensi all'art. 12¹⁰ della l. n. 241 del 1990).

Tralasciando, per ragioni di sintesi, il dibattito sviluppatosi in riferimento al “diritto di insistenza”¹¹ e alla sua compatibilità con la normativa sopravvenuta ed attenendosi solo ai più recenti indirizzi ermeneutici, emerge che la giurisprudenza ha progressivamente privilegiato l'interpretazione che impone l'esperimento della selezione pubblica nel rilascio delle concessioni demaniali, derivante dall'esigenza di applicare le norme conformemente ai principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza.

A supporto si è rappresentato che “*la sottoposizione ai principi di evidenza trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di un'area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione*”¹²; al contempo, si è segnalata l'esigenza di un'effettiva ed adeguata pubblicità per aprire il confronto concorrenziale su un ampio ventaglio di offerte¹³.

Non vi è dubbio che tali assunti hanno risentito delle influenze comunitarie.

Per la Commissione Europea “*la circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti siano attuative dell'art. 81 del Trattato*¹⁴ *porta in sostanza a ritenere che queste norme siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti, di principi generali che, essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono ovviamente vevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate*”¹⁵.

Sul piano del diritto sostanziale un deciso impulso verso l'inibizione e l'espunzione di criteri preferenziali, a favore di una generale competizione nell'as-

¹⁰ In virtù del quale, l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati è subordinata alla predeterminazione, da parte delle amministrazioni procedenti, dei criteri e delle modalità cui le stesse devono attenersi. Tra gli altri, cfr. G. GRECO, *Sovvenzioni e tutela dell'affidamento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 375 ss.; S. LARICCIA, *I provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 572 ss.; L. DE RENTIS, *L'erogazione di contributi, sussidi e/o provvidenze da parte degli Enti Locali in favore di soggetti terzi*, in *Azienditalia*, 2017, 557 ss.

¹¹ Come previsto dall'art. 37, comma 2, cod. nav., che garantiva la stabilità del rapporto concessorio, abrogato a seguito della procedura di infrazione n. 2008/4908, avviata dalla Commissione Europea ai sensi dell'art. 28 TFUE. Cfr. F. LONGO, *Brevi note sulla giurisprudenza in materia di diniego di rinnovo della concessione di utilizzo di beni pubblici*, in *I T.A.R.*, 1993, II, 157 ss.

¹² Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2017 n. 394, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 1, 147 ss.

¹³ In via generale, Cons. Stato, Sez. VI, 15 febbraio 2002 n. 934, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴ L'art. 81 del Trattato istitutivo CE è il primo del Capo dedicato alle Regole della concorrenza. Oggi le regole di concorrenza si rinvencono nel Capo I, Sezione I, del TFUE (art. 101 ss.).

¹⁵ In termini, Comunicazione del 29 aprile 2000; ma si veda anche Corte Giustizia UE, 7 dicembre 2000, in causa C-324/98, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 6, 1419 ss.

segnazione di beni pubblici, è da ricondursi all'art. 12, par. 1 e 2¹⁶, della direttiva 2006/123/CE¹⁷.

La normativa nazionale di recepimento¹⁸ (*id est* d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59), all'art. 16¹⁹, con espressioni analoghe a quelle utilizzate dal legislatore comunitario, stabilisce che, nelle ipotesi di un limite ai titoli autorizzatori rilasciabili, in ragione della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, si rende doverosa una procedura di selezione tra i candidati potenziali, previa fissazione dei relativi criteri e modalità atti ad assicurarne l'imparzialità. Al contempo si sancisce che, nel fissare le regole della procedura di selezione, possono considerarsi ragioni (da richiamarsi *ex professo* nel titolo abilitativo) di salute pubblica, di politica sociale, di salute e sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, di protezione dell'ambiente, di salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.

In ogni caso, la concessione non può essere *sine die* né può essere rinnovata automaticamente, così come non possono accordarsi vantaggi all'uscente²⁰.

¹⁶ Per i quali: “1. *Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.* 2. *Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami?*”.

¹⁷ Del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, nota come “direttiva Bolkestein”.

¹⁸ Nelle more del recepimento della direttiva, si è seguito l'approdo interpretativo (c.d. interpretazione giuridica conforme) basato sui generali principi di non contraddizione, di interpretazione conforme e di leale collaborazione o dell'effetto utile del diritto europeo (art. 4, paragrafo 3, TUE). I presupposti della c.d. interpretazione giuridica conforme sono la presenza di una normativa europea vigente al momento in cui il giudice deve applicare il diritto nazionale e la mancata scadenza del suo termine di recepimento. In presenza di questi presupposti, il giudice (e prima ancora il legislatore), quando è chiamato ad applicare una disposizione nazionale è tenuto a preferire, tra le varie opzioni, l'interpretazione ermeneutica del diritto interno maggiormente conforme alle disposizioni europee da recepire al fine di non pregiudicare il conseguimento del risultato (utile) voluto dalla disciplina sovranazionale. Si è chiarito inoltre che non si tratta di un vero e proprio obbligo di interpretazione conforme (similare al c.d. effetto diretto del diritto europeo), ma di un “obbligo negativo” o “attenuato” che si sostanzia nell’“obbligo di astensione da un'interpretazione difforme” se “potenzialmente pregiudizievole per i risultati che la direttiva intende conseguire”, c.d. *stand still* (Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015 n. 2660). Sull'interpretazione conforme, v. G. GAJA, *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in S. PANUZIO, E. SCISO, *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano, 2002, 133 ss.; G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012; A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2013, 3 ss.; ID., (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Ferrara, 2015.

¹⁹ Rubricato: “*Selezione tra diversi candidati?*”.

²⁰ Si pensi, ad improprie ed eccessive forme di indennizzo da riconoscere all'uscente, qualora non aggiudicatario della procedura evidenziale.

3. *I canoni ermeneutici dettati dalla giurisprudenza comunitaria e l'allineamento della giurisprudenza nazionale*

Sulla scorta di tali coordinate, si è consolidato l'indirizzo giurisprudenziale per il quale in capo alla A. grava l'obbligo di attivare procedure competitive qualora si debbano assegnare beni pubblici suscettibili di sfruttamento economico. Ciò in quanto -come osservato- la mancanza di tale procedura introduce una barriera all'ingresso al mercato, determinando una lesione alla parità di trattamento, al principio di non discriminazione ed alla trasparenza tra gli operatori economici, in violazione dei principi comunitari di concorrenza e di libertà di stabilimento²¹.

Non sono mancati interventi del Giudice delle leggi che hanno sancito l'illegittimità costituzionale di normative regionali che abilitavano alla proroga delle concessioni demaniali su richiesta dell'interessato²².

Ma ciò che più ha inciso nel dibattito, anche dottrinario, è stata la sentenza della Corte di Giustizia UE, del 14 luglio 2016²³, che ha ravvisato un contrasto, con il divisato art. 12 della direttiva 2006/123, della normativa nazionale nella parte in cui prevedeva la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime e lacuali per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione²⁴.

²¹ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2013 n. 5, con nota di A. TRAVI, in *Foro it.*, 2013, III, 250; Cons. Stato, Sez. V, 31 maggio 2011 n. 3250, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²² Per la Corte cost. 12 maggio 2010 n. 180, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 3, 699 ss. (relativa alla l.r. Emilia-Romagna 23 luglio 2009 n. 8), l'automatismo della proroga determina una disparità di trattamento tra gli operatori economici, in violazione dei principi di concorrenza, dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti; Corte cost., 11 gennaio 2017 n. 40, in *Giur. cost.*, 2017, 1, 358 ss., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 8, seconda parte e, comma 9, della l.r. Puglia 10 aprile 2015 n. 17, posto che il mancato ricorso a procedure di selezione aperta, pubblica e trasparente tra gli operatori economici interessati determina un ostacolo all'ingresso di nuovi soggetti nel mercato, non solo risultando invasa la competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ma conseguendone altresì il contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. Con la sentenza n. 1 del 2019, in *Giur. cost.*, 2019, 1, 1 ss., la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1, 2 e 3, e dell'art. 4, comma 1, della l.r. Liguria 10 novembre 2017 n. 26. La Corte costituzionale, con la sentenza 29 gennaio 2021, n. 10, in *www.cortecostituzionale.it*, relativa all'art. 1 della l.r. Calabria 25 novembre 2019, n. 46 ha statuito quanto segue: «*La previsione della possibile durata pluriennale delle concessioni comporta la possibilità del rilascio (o del rinnovo) di tali concessioni per periodi del tutto indeterminati in favore di un unico titolare, che risulterebbe così ingiustificatamente privilegiato rispetto a ogni altro possibile interessato in violazione – anche in questo caso – dei principi di tutela della concorrenza*».

²³ In cause riunite C-458/14, *Promoimpresa S.r.l. e C-67/15, Mario Melis e altri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 3, 903 ss., con nota di L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege, ibidem*, 912 ss.

²⁴ *Id est* art. 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, per il quale: «... nelle more del

Il Giudice comunitario, dopo aver sancito che le concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo rientrano in linea di principio nel campo di applicazione di tale direttiva, restando rimessa al giudice nazionale la valutazione circa la natura “scarsa” o meno della risorsa naturale attribuita in concessione, ha statuito l’illegittimità di una proroga *ex lege* delle concessioni, ritenuta equivalente al rinnovo automatico, espressamente vietato dall’art. 12 della richiamata direttiva.

Del resto, tenuto conto del loro ambito oggettivo, ovvero l’utilizzo di una porzione del lido del mare per l’esercizio di attività ricreativa, si è al cospetto di una risorsa naturale scarsa, la quale non può che formare oggetto di un numero limitato di “autorizzazioni”, così rientrando nell’ambito di applicabilità del citato art. 12.

In secondo luogo, la Corte di giustizia ha affermato che, per le concessioni alle quali la direttiva non può trovare applicazione, opera l’art. 49 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE)²⁵ rispetto al quale è incompatibile una normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni in essere, nei limiti in cui esse presentino un interesse transfrontaliero certo.

L’intervento del Giudice unionale, in sintesi, inibisce le proroghe contemplate dal legislatore nazionale, con la disapplicazione delle relative disposizioni.

Sul medesimo crinale si pone un altro intervento della Corte di Giustizia UE²⁶ per il quale le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123 si applicano anche alle fattispecie i cui elementi rilevanti si collochino all’interno di un solo Stato membro, in tal modo svilendo ogni dubbio esegetico in ordine all’applicabilità del relativo paradigma al regime delle concessioni demaniali, a prescindere da qualsiasi accertamento sulla rilevanza transfrontaliera.

Nell’ambito del foro interno, in seguito alla soppressione del citato “diritto di insistenza”, ne è risultata rafforzata l’acquisizione giurisprudenziale per la quale l’amministrazione che intenda procedere a una nuova concessione del bene demaniale marittimo con finalità turistico-ricreativa, in aderenza ai principi

procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative e sportive, nonché quelli destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto (...) nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all’articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino al 31 dicembre 2020 ... All’articolo 37, secondo comma, del codice della navigazione, il secondo periodo è soppresso”.

²⁵ Per il quale: “... le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all’apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro”.

²⁶ CGUE, 30 gennaio 2018, causa C-360/15 *Visser*, in *nmw.eur-lex.europa.eu*, sulle domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 del TFUE, dallo *Hoge Raad der Nederlanden* (Corte suprema dei Paesi Bassi) (C-360/15) e dal *Raad van State* (Consiglio di Stato dei Paesi Bassi) (C-31/16), con decisioni del 5 giugno 2015 e del 13 gennaio 2016.

eurounitari della libertà di circolazione dei servizi, della *par condicio*, dell'imparzialità e della trasparenza, è tenuta ad indire una procedura selettiva e a dare prevalenza alla proposta di gestione privata del bene che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e risponda a un più rilevante interesse pubblico, anche sotto il profilo economico²⁷.

Sono stati dichiarati illegittimi, per contrasto con l'ordinamento eurounitario, provvedimenti recanti la proroga di quindici anni di una concessione demaniale in essere ovvero il rigetto dell'istanza di diniego della proroga e di contestuale indizione della procedura di comparazione tra domande concorrenti²⁸.

Anche la magistratura penale ha osservato come la c.d. stabilizzazione degli effetti della proroga si poneva, e si pone, in antitesi con i principi europei valorizzati nella citata giurisprudenza della Corte di Giustizia e con la stessa *ratio legis* sottesa alla proroga del 2009, avente carattere puramente transitorio²⁹, giungendo a riconoscere il reato di abusiva occupazione di spazio demaniale marittimo (previsto dagli artt. 54 e 1161 del cod. nav.), dovendosi disapplicare la normativa interna che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, con finalità turistico-ricreative³⁰, per l'acclarato contrasto con la normativa comunitaria.

In altri termini, i plurimi interventi giudiziari, anche di diversa matrice (nazionale e comunitaria) hanno sanzionato normative contemplanti la proroga automatica delle concessioni del demanio marittimo, evidenziando che proroga e rinnovo automatico, analogamente a forme di postergazione del concorrente subentrante, determinando una disparità di trattamento tra operatori economici mediante preclusioni o ostacoli alla gestione dei beni demaniali oggetto di concessione, violano i principi del diritto comunitario su libertà di stabilimento e tutela della concorrenza³¹.

²⁷ *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2018 n. 3600; *Id.*, Sez. VI, 10 luglio 2017 n. 3377; *Id.*, 13 aprile 2017 n. 1763, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸ T.A.R. Veneto, Sez. I, 3 marzo 2020 n. 218; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 29 gennaio 2021 n. 265; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 3 febbraio 2021 n. 40; T.A.R. Toscana, Sez. II, 8 marzo 2021 n. 363, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 15 gennaio 2021 n. 616, sempre in www.giustizia-amministrativa.it, ha ritenuto legittimo il diniego di proroga.

²⁹ Cass. Pen., Sez. III, 6 marzo 2019, n. 25993.

³⁰ Cass. Pen., Sez. III, 14 maggio 2018, n. 21281.

³¹ Il TAR Veneto, con ordinanza n. 651 del 27 maggio 2019, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 4, 930 ss., ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 54 della l.r. Veneto n. 33 del 4 novembre 2002, nella parte in cui (commi da 2 a 5) prevede l'obbligo, da parte del nuovo aggiudicatario, di corrispondere all'originario concessionario un indennizzo pari al novanta per cento dell'ammontare del valore aziendale insistente sull'area, stimato da un tecnico da quest'ultimo designato. La questione è stata decisa da Corte Cost., 23 ottobre 2020 n. 222, secondo cui nella competenza esclusiva statale in materia di concorrenza «*le pur concorrenti competenze regionali trovano un limite insuperabile*», evidenziando che «*l'enunciata finalità di tutelare l'affidamento e la certezza del diritto degli operatori locali non vale ad escludere il vulnus arrecato dalla disposizione in esame alla competenza esclusiva dello*

Costituisce un corollario l'assunto in virtù del quale, a fronte dell'intervenuta cessazione del rapporto, il titolare del titolo concessorio vanta un mero interesse di fatto a che l'amministrazione proceda ad una nuova concessione in suo favore e non già una situazione qualificata in qualità di concessionario uscente, con conseguente inconfigurabilità di un obbligo di proroga *ex lege* o motivazionale a carico della PA³².

In definitiva, non è riscontrabile positivamente una richiesta di proroga automatica *ex lege* di una concessione demaniale marittima³³.

Senonché, nonostante le citate acquisizioni risultavano diffusamente condivise, il Legislatore nazionale, presumibilmente orientato da finalità metagiuridiche, ha disposto una proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali in essere per altri quindici anni³⁴, invocando, in modo quasi apodittico, l'esigenza di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali

Stato, in materia di tutela della concorrenza, poiché spetta unicamente allo Stato di disciplinare in modo uniforme le modalità e i limiti della tutela dell'affidamento dei titolari delle concessioni già in essere nelle procedure di selezione per il rilascio di nuove concessioni.

³² Come ribadito da T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 29 ottobre 2019 n. 5135, secondo cui, a seguito dell'intervenuta cessazione del rapporto concessorio, il titolare del titolo concessorio può vantare un mero interesse di fatto a che l'amministrazione proceda ad una nuova concessione in suo favore, e non già una situazione qualificata in qualità di concessionario uscente, con conseguente inconfigurabilità di alcun obbligo di proroga *ex lege* o motivazionale dell'amministrazione. Ancora più recentemente e autorevolmente si è ribadito che la concessionaria di un bene pubblico comunale non è titolare di alcuna aspettativa al rinnovo del rapporto, il cui diniego, nei limiti della ragionevolezza dell'agire amministrativo, è parificabile al rigetto di un'ordinaria istanza di concessione, con conseguente facoltà dell'ente locale di non procedere al rinnovo della concessione di suolo pubblico che si intenda riservare ad una destinazione più adeguata ed idonea alle caratteristiche del bene e alla realizzazione degli interessi generali; né l'eventuale pregressa considerevole durata della concessione può incidere, affievolendolo, sul potere discrezionale dell'amministrazione a destinare il proprio bene ad usi più coerenti all'interesse pubblico (Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2020 n. 2552).

³³ Cfr., per tutte e tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019 n. 1368; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 10 febbraio 2020 n. 221; *Id.*, 2 ottobre 2019 n. 1697; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 4 febbraio 2020 n. 159.

³⁴ Si tratta del comma 683, art. 1, della l. 30 dicembre 2018 n. 145: “*Al fine di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari, le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, nonché quelle rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009 e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'articolo 18 del decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 1952, n. 328, o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell'articolo 02 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677 rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale?*”.

risorse turistiche fondamentali del Paese, e quella di tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari.

Prescindendo da ogni riflessione sulle finalità perseguite, rispetto alle quali maggiori garanzie sembrano da ricondurre proprio ad una sana ed effettiva competizione³⁵, tenuto conto, inoltre, che la tutela del reddito e dei lavoratori va garantita a tutti gli operatori del settore evitando improprie rendite di posizione, ciò che risultava stigmatizzabile era il *dies ad quem* ivi fissato, disancorato da ogni comprensibile presupposto oggettivo o da apprezzabili ragioni di interesse pubblico, quanto invece espressione di un atteggiamento disattento e fuorviante.

Anche senza invocare articolati canoni ermeneutici, era sin troppo agevole rappresentare come tale normativa disattendesse gli indirizzi sopra citati, perché rievocava norme nazionali già dichiarate in contrasto con l'ordinamento eurounitario dalla Corte di giustizia (determinandone un'anomala reviviscenza)³⁶.

Sulla scorta dei superiori rilievi, il Giudice amministrativo³⁷ (in special modo in seconde cure) ha da subito sottolineato il citato contrasto e la doverosità di una disapplicazione in sede giudiziaria e amministrativa³⁸.

Tale ultimo orientamento, seppur con profili motivazioni peculiari e innovative, in parte analizzate nel presente contributo, è stato "sanzionato" con le recenti e già citate decisioni della Plenaria nn. 17 e 18 del 2021³⁹.

³⁵ Come sottolineato da Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2013 n. 5, ove si precisa che la procedura competitiva è quella che meglio garantisce, in caso di assegnazione di concessioni di beni pubblici (in considerazione della scarsità della risorsa e quando risulti di fatto contingentata), tutti i contrapposti interessi.

³⁶ Nella Relazione predisposta dalla Commissione Europea, del 26 febbraio 2020, di accompagnamento alla Comunicazione dalla stessa resa a favore delle Istituzioni comunitarie, nella parte relativa all'Italia, concernente il semestre europeo 2020, si segnala che: "Il sistema di rilascio di autorizzazioni soggette a limitazioni non segue i principi della concorrenza e della trasparenza. Le concessioni per l'utilizzo di spazi pubblici destinato alla fornitura di un'ampia gamma di servizi (tra cui il commercio al dettaglio e il turismo) non sono ancora assegnate sulla base di procedure di selezione aperte. Ciò comporta potenziali effetti negativi sulla corretta valutazione del mercato e sulla qualità dei servizi. Inoltre in violazione della giurisprudenza nazionale e dell'UE, le concessioni esistenti vengono ripetutamente prorogate dal legislatore. Ad esempio, il legislatore ha prorogato per 15 anni le concessioni balneari pregresse ...". Medesimo rilievo si rinviene nella Relazione della Commissione, del 27 febbraio 2019, relativa al Semestre europeo 2019.

³⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 6, 1586 ss.

³⁸ Il Collegio aveva condiviso il meno sanzionabile regime dell'illegittimità dei provvedimenti adottati, in luogo della più grave e insanabile nullità, imponendo un rimedio impugnatorio per rimuoverli; una conclusione che rischiava di minare l'assetto degli interessi sottesi alla disciplina in esame posto che, in mancanza di contestazioni (così come di interventi in autotutela) rituali e tempestive, poteva favorire l'applicazione di normative chiaramente in contrasto con l'ordinamento comunitario, oltre che evidenti disparità di trattamento tra gli operatori del settore a fronte di amministrazioni incuranti dei precetti comunitari. Su tale crinale, l'intervento della Plenaria, oltre a ribadire la non applicabilità della disciplina nazionale, ha riguardato la patologia dei provvedimenti adottati in esecuzione della stessa (su cui *infra*).

³⁹ Le conclusioni rassegnate dal Supremo Collegio sono state successivamente applicate sia

Tuttavia, per completezza espositiva, va avvertito, seppur in via parentetica, che nonostante il menzionato intervento nomofilattico, il dibattito non è affatto sopito, sia in sede legislativa, ovvero nella definizione della disciplina da adottarsi (tra l'esigenza dell'avvio delle procedure evidenziali e le rimostranze dei titolari delle concessioni in essere che invocano forme di tutela anche di natura indennitaria)⁴⁰, sia in sede giudiziaria, stante recentissime statuizioni che hanno focalizzato l'analisi sulla necessità di un eventuale rinvio pregiudiziale alla CGUE.

In particolare, con due coeve decisioni, da un lato, si è ritenuto non sussistenti i presupposti per un ulteriore rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, avendo la Plenaria “*chiarito che l'incompatibilità comunitaria della legge nazionale che ha disposto la proroga ex lege delle concessioni determina il venir meno degli effetti della proroga della concessione, con il conseguente dovere anche in capo agli enti territoriali di non applicazione della disciplina interna illegittima*”⁴¹, dall'altro, nello scrutinare un ricorso del medesimo tenore, si è disposto il rinvio pregiudiziale, non condividendosi quanto statuito dalla Plenaria in ordine al carattere *self-executing* della direttiva 2006/123⁴².

in appello che in prime cure, *ex multis*, da Cons. Stato, Sez. VII, 17 maggio 2022, n. 3901; *Id.*, 1° marzo 2022, n. 1462; T.A.R. Liguria, Sez. I, 24 maggio 2022 n. 409; *Id.*, 7 aprile 2022, n. 270; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 20 maggio 2022, n. 862; T.A.R. Toscana, Sez. III, 26 gennaio 2022, n. 79.

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-ter, 18 gennaio 2022, n. 539;

Si segnalano anche le conclusioni in tal senso di Cass. penale, Sez. III, 22 aprile 2022, n. 15676.

⁴⁰ È stata di recente approvata dal Senato della Repubblica, la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, in cui è prevista, all'art. 3, una disciplina transitoria, ivi confermando l'efficacia delle concessioni in essere sino al 31 dicembre 2023, con la possibilità, in presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro tale termine, di differirlo, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura, non oltre il 31 dicembre 2024. All'art. 4, poi, è prevista la delega al Governo ad adottare, previa intesa con le Regioni, entro sei mesi, uno o più decreti legislativi, che, anche in deroga al Codice della navigazione, prevedano criteri omogenei per l'individuazione delle aree suscettibili di affidamento in concessione, modalità di affidamento sulla base di procedure selettive nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione, trasparenza e adeguata pubblicità, da avviare con tempo congruo rispetto alla data di scadenza delle concessioni.

⁴¹ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 11 maggio 2022 n. 5869, che, su ricorso proposto dall'AGCM, ha dichiarato illegittima una delibera giuntale con cui era stato dato indirizzo ai competenti dirigenti di estendere il termine di durata delle concessioni demaniali in essere.

⁴² T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 11 maggio 2022, ord. n. 743. A dire del Giudice remittente, non sarebbe condivisibile quanto affermato dalla Plenaria [e cioè che il carattere auto-esecutivo della direttiva 2006/123 “è stato espressamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Promimpresa* (C-174/06), oltre che da una copiosa giurisprudenza nazionale che ad essa ha fatto seguito”], da un lato, perché “nella giurisprudenza nazionale il tema dell'auto-esecutività della direttiva 2006/123 non è mai stato affrontato specificamente, atteso che nella varie pronunce dei giudici amministrativi nazionali la natura auto-esecutiva o meno della direttiva è stata data per scontata sia in senso affermativo, sia in senso negativo, in assenza comunque di alcuno specifico approfondimento” (a tal proposito richiamando una non recente ed

4. *Dalla distinzione formalistica dei provvedimenti ampliativi alla lettura sostanzialistica della concessione*

Data per acquisita la necessità di una procedura selettiva, occorre vagliare quale sia il possibile paradigma di riferimento.

La criticità è insita nel fatto che, diversamente da quanto accade per la concessione di servizi⁴³, per quella dei beni non si rinviene un paradigma organico.

Ciò in quanto la normativa comunitaria non estende a tale tipologia di concessioni la disciplina previste per le prime; in particolare, il considerando 15 della direttiva 2014/23, sancisce che “... *taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva*”.

Ne consegue che le sole concessioni di servizi risultano assoggettate a meccanismi “più sicuri”, sotto il profilo della tutela della trasparenza e della concorrenza, rispetto all'affidamento delle concessioni di beni, in relazione alle quali tali principi vanno faticosamente affermandosi solo in tempi recenti e in via giurisprudenziale⁴⁴.

Risulta così utile tracciare i caratteri distintivi tra le due tipologie.

Sul piano normativo, in virtù dell'art. 822, comma 2, cod. civ., rientrano nel demanio pubblico (dello Stato), tra gli altri, “gli immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico e artistico”; l'art. 824, comma 1, assoggetta “al regime del demanio pubblico” i beni della specie di quelli indicati dal secondo comma dell'art. 822 “*se appartengono ... ai comuni*” (oltre che il cimitero e le aree mercatali).

isolata pronuncia di Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2012, n. 6682), dall'altro, richiamando la giurisprudenza del medesimo Tribunale remittente, ha sostenuto “*che l'affermazione circa la natura auto-esecutiva della direttiva servizi non sembra contenuta nella sentenza Promoinpresa*”. L'ordinanza in rassegna ha, pertanto, rimesso alla Corte di giustizia, ben nove quesiti, concernenti, *inter alia*, la natura *self-executing* o meno della direttiva 2006-123 (i primi due), la disapplicazione ed i soggetti nei cui confronti tale obbligo si impone (il terzo, quarto e quinto quesito), se, in caso di riconosciuta natura auto-esecutiva, sussistano o meno i requisiti dell'interesse transfrontaliero della concessione e della scarsità delle risorse prescritti dall'art. 49 TFUE, e se tale valutazione debba riferirsi *tout-court* all'intero territorio nazionale o spetti ai singoli comuni valutarlo (sesto, settimo, ottavo quesito), e, da ultimo, se la natura *self-executing* della direttiva risulti compatibile con la tutela dei diritti fondamentali quali il diritto di proprietà (nono quesito). Su tali questioni, v. anche N. DURANTE, *È davvero sceso il sipario sulle concessioni turistico-ricreative?*, in www.giustizia-amministrativa.it, Sezione “Studi e approfondimenti”, “Dottrina”, 2022.

⁴³ Per le quali, come meglio precisato in seguito, il Codice dei contratti pubblici (*Id estd.* lgs. n. 50 del 2016, già più volte novellato), dedica un'intera Parte (la III).

⁴⁴ In termini, T.A.R. Sardegna, Sez. I, 18 giugno 2019 n. 547.

Per l'art. 826, fanno parte del patrimonio indisponibile gli edifici destinati a sedi di uffici pubblici, i loro arredi e gli altri beni destinati a un pubblico servizio⁴⁵.

La gestione da parte di terzi di un bene demaniale avviene per il tramite delle concessioni amministrative, che assumono normalmente la configurazione della concessione-contratto, ovvero una fattispecie complessa risultante dalla convergenza di un atto unilaterale ed autoritativo (la concessione) e di una convenzione integrativa avente natura privatistica, cioè di un rapporto contrattuale bilaterale fonte di obblighi e diritti reciproci dell'ente concedente e del privato concessionario⁴⁶.

Di recente, indipendentemente da un criterio discrezionale che attiene all'astratta classificazione dei beni pubblici, l'attenzione è stata orientata alla sua destinazione.

In particolare, la concreta destinazione dell'area a funzioni di interesse pubblico (come, ad esempio, un parco pubblico cittadino) consente di includere il bene all'interno del patrimonio indisponibile, ai sensi dell'art. 826, comma 3 c.c., trattandosi di un bene di proprietà comunale concretamente destinato ad un utilizzo pubblico⁴⁷.

⁴⁵ Per approfondimenti dottrinari e giurisprudenziali su dette disposizioni, cfr. G. CIAN, A. TRABUCCHI, Commentario breve al codice civile, Padova, 2008, 628 ss.

⁴⁶ Per un'analisi dettagliata anche delle diverse tesi dottrinarie, si veda F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 749 ss.; E. CASSETTA, op. cit., 215. Sul piano storico, le prime risalenti teorie si caratterizzavano per individuare nel provvedimento di concessione l'unica fonte del rapporto con il privato, relegando l'adesione a mera condizione di efficacia del provvedimento (O. RANELLETTI, op. loc. ult. cit.; G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, 68; M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, passim. Per una ricostruzione più ampia, v. A. GEMMI, *Il tramonto della concessione-contratto: la svolta pubblicistica della giurisprudenza*, in *A. Persona e Amministrazione*, 2019, 3, 487. Oggi, il dibattito sulla natura della concessione di beni deriva proprio dalla considerazione che, in molti casi, la concessione è accompagnata (o sostituita) da un accordo stipulato con il privato. Taluni qualificano tale accordo come “contratto” riconoscendone la natura privatistica, seppur soggetto ad una sorta di diritto speciale che conferisce alla parte concedente poteri unilaterali di stampo pubblicistico (tra questi M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970; F. MERLONI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Torino, 2016. Vi è poi chi riconosce a tali accordi natura pubblicistica preferendo parlare di “convenzioni pubblicistiche” (G.D. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984) o di “contratto di diritto pubblico” (G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, V ediz., 2019). Attenta dottrina ha sottolineato come tali definizioni siano in sé contraddittorie (D. SORACE, C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1989, 293 ss.). Simili posizioni “pubblicistiche” si rinvencono in E. BRUTI LIBERATI, *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio*, in G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 155 ss. Tra gli studi più recenti, si segnalano C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015; L. SALTARI, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2020, 1127 ss. In giurisprudenza, si segnala il recente “arresto”: Cass., Sez. Un., 25 marzo 2022, n. 9775.

⁴⁷ Così Cass., Sez. Un., 28 giugno 2006, n. 14865.

Ciò che impone l'applicazione della disciplina pubblicistica non è solo la presenza del bene all'interno del patrimonio dell'Ente, ma anche la finalità dell'affidamento.

Sul tale crinale, si è rimarcato che: “L’occupazione di una porzione di suolo pubblico si configura come una vera e propria concessione d’uso, ossia alla stregua di un provvedimento – espressione di un potere pubblicistico ampiamente discrezionale – con il quale l’amministrazione sottrae il predetto bene alla fruizione comune e lo mette a disposizione di soggetti particolari (c.d. uso particolare). Il titolo abilitativo, pertanto, può essere rilasciato solo previo accertamento che lo stesso permetta comunque di realizzare una funzione primaria o comprimaria del bene pubblico, e non per il conseguimento di interessi meramente privati”⁴⁸.

Tant’è che le concessioni sono sempre accordate con (o dovrebbero prevedere) la facoltà per laA. di imporre nuove condizioni o di procedere alla sospensione, revoca o modifica, una volta che l’interesse pubblico si appalesi prevalente su quello privato⁴⁹.

Al contempo, si è sottolineato come la concessione di beni pubblici, a differenza della locazione, veda laA. concedente in una posizione di supremazia nei confronti del privato, onde perseguire l’interesse pubblico sotteso.

Tanto rende oltremodo discutibile l’improprio utilizzo del modello privatistico del contratto di locazione per la gestione dei beni, in luogo di quello maggiormente garantista (per gli interessi pubblici sottesi) della concessione.

Tuttavia, la denominazione “contratto di locazione”, in luogo di “concessione” o “convenzione”, non rileva ai fini della qualificazione del rapporto giuridico.

In tal senso, l’Anac⁵⁰ ha chiarito che al di là del *nomen iuris* attribuito al contratto, l’effettiva causa negoziale deve desumersi dalla documentazione di gara, dalla cui analisi, cioè, può emergere se si tratta (o meno) di una concessione.

Un dato è certo.

Il modello concessorio meglio tutela gli interessi pubblici, stante, da un lato, la revocabilità del provvedimento ove motivata da documentabili sopravvenienze (e rispetto alle quali la posizione del privato risulti recessiva), dall’altro, l’azionabilità di meccanismi decadenziali (in caso di inadempienze ascrivibili al concessionario) e di rilascio del bene (una volta spirato il *dies ad quem*) più efficaci e immediati anche in ragione dell’unilaterale adozione da parte dell’ente concedente.

Analogamente, le Sezioni Unite della Suprema Corte⁵¹ hanno sottolineato

⁴⁸ Tra le tante, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 9 marzo 2016 n. 271; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 28 settembre 2015 n. 2127; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 27 gennaio 2014 n. 1031; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 22 aprile 2014 n. 406; Cons. Stato, Sez. VI, 11 settembre 2013 n. 4497; *Id.*, Sez. V, 26 gennaio 2012 n. 340.

⁴⁹ In termini, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 28 settembre 2015 n. 2127; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12 maggio 2011 n. 1188.

⁵⁰ Con delibera n. 21 del 21 maggio 2014. In termini, anche T.A.R. Sardegna, n. 547/2019, cit.

⁵¹ Ord. n. 16951 del 5 ottobre 2012.

che anche qualora le parti, pubblica amministrazione e privato, abbiano indicato la locazione come tipologia di contratto, consistente nell'affidamento di locali siti all'interno di un immobile pubblico, tale contratto deve comunque considerarsi “concessione”.

Su tale crinale, di significativo interesse sono gli spunti forniti dalla Plenaria con le più volte citate decisioni nn. 17 e 18 del 2021, laddove non si è condiviso l'argomento volto a contestare la qualificazione della concessione demaniale con finalità turistico-ricreativa in termini di autorizzazione di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2006/123 (tesi fondata sull'osservazione che la concessione attribuisce il diritto di sfruttare il bene, ma non autorizza l'esercizio dell'attività, e che le attività svolte dal concessionario non sono sempre attività di servizi).

Nel ritenere tale impostazione meramente formalistica, perché valorizza la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni e autorizzazione di attività, si è segnalata la necessità di una rivisitazione nell'ottica funzionale e pragmatica che caratterizza il diritto dell'Unione, che, proprio in materia di concessioni amministrative, ha dato impulso ad un processo di rilettura dell'istituto in chiave sostanzialistica, attenta, più che ai profili giuridico-formali, all'effetto economico del provvedimento di concessione.

Per l'effetto, tale provvedimento, nella misura in cui si traduce nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un'attività economica, diventa una fattispecie che, a prescindere dalla qualificazione giuridica che riceve nell'ambito dell'ordinamento nazionale, procura al titolare vantaggi economicamente in grado di incidere sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi⁵².

Quale corollario, il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale ad un operatore economico, consentendo a quest'ultimo di svolgere un'attività d'impresa erogando servizi turistico-ricreativi, va considerato, nell'ottica della direttiva 2006/123, un'autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara.

5. *I criteri qualitativi di selezione dei concessionari e la rilevanza del sintagma “principio di rotazione”*

Acquisita la necessità di un'apposita procedura evidenziale ai fini dell'individuazione del beneficiario, si impone la ricostruzione del paradigma di riferimento da applicare anche in via analogica.

Un possibile quadro normativo potrebbe rinvenirsi nel vigente codice dei

⁵² Si richiama la decisione della Commissione Europea 4 dicembre 2020, SA38399 2019/C (ex 2018/E) “*Tassazione dei porti in Italia*”, che reca l'affermazione per cui “*la locazione di proprietà demaniale dietro il pagamento di un corrispettivo costituisce un'attività economica*”.

contratti pubblici, il quale, a differenza della pregressa codificazione, che si occupava delle concessioni solo nell'art. 30 (e che richiamava i principi generali della contrattualistica pubblica, salvo le eccezioni ivi indicate⁵³), prevede un paradigma articolato, in recepimento di apposita direttiva comunitaria⁵⁴, dedicando alle concessioni di servizi l'intera Parte III (artt. da 164 a 178).

Dall'analisi di tale paradigma emerge una tendenziale osmosi⁵⁵ con la disciplina dettata per l'affidamento degli appalti di servizi e lavori.

Seppur la concessione di beni pubblici non possa sussumersi integralmente nella menzionata disciplina codicistica (salvo la discrezionale scelta del concedente di autovincolarsi in sede di predisposizione degli atti di abbrivio della selezione), sarebbe errato assumere che per l'affidamento di una concessione demaniale l'espletanda procedura sarebbe rimessa a criteri ampiamente discrezionali (o addirittura arbitrari), minando, ciò, l'assetto degli interessi pubblici ad esse sottesi.

I principi della concorsualità e dell'evidenza pubblica, infatti, trovano applicazione anche nei casi di concessione per l'utilizzo di un bene pubblico.

Tanto consegue ad una lettura sistematica di varie discipline di settore.

Innanzitutto, rileva il citato art. 16 del d.lgs. n. 59 del 2010, che prescrive una selezione tra i candidati nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili.

E non può revocarsi in dubbio che l'affidamento in concessione di un'area demaniale, ancor più ove circoscritta in sede di programmazione/pianificazione, rientri in tale fattispecie, trattandosi di un bene "fisicamente" limitato.

Più datate, ma analogamente rilevanti, sono le disposizioni (anche esse sopra menzionate) di cui alla normativa sulla contabilità generale dello Stato e all'art. 12 della legge breve sul procedimento amministrativo, posto che la concessione del bene al privato costituisce, senza dubbio, un'occasione di guadagno.

Sul medesimo crinale si pone anche il più recente approdo normativo.

In particolare, l'art. 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, così novellato dall'art. 5, del d.lgs. n. 56 del 2017, letto in combinato disposto con l'art. 17, lett. a), dello stesso codice, comporta che, in riferimento ai contratti "*aventi ad oggetto l'acquisto o la*

⁵³ Come chiarito dal Cons. Stato, Sez. IV, 28 febbraio 2016 n. 859, ai sensi dell'art. 30 del d. lgs. n. 163 del 2006, la procedura di affidamento di una concessione di servizi non era soggetta alle norme contenute nella parte II dello stesso codice (relativa agli appalti).

⁵⁴ *Id est* direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 "*Sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*".

⁵⁵ Il processo di osmosi tra la disciplina degli appalti e quella delle concessioni era stato già evidenziato dalla pubblicistica, al punto che erano stati estesi alla concessione plurimi istituti, sia di diritto sostanziale che processuale, previsti per i primi. L'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 22 del 27 luglio 2016, sull'applicazione del termine di decadenza di trenta giorni previsto dall'art. 120, comma 5, c.p.a., per impugnare l'aggiudicazione, ha chiarito che: "*Gli artt. 119 e 120 del c.p.a. sono applicabili alle procedure di affidamento di servizi in concessione*".

locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni?” vanno rispettati i principi “di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell’ambiente ed efficienza energetica”, previsti per tutti i contratti pubblici esclusi, anche in parte, dall’ambito di applicazione del codice.

Va da sé che anche in presenza di contratti esclusi (dall’ambito di applicazione del vigente codice dei contratti pubblici) non possono ipotizzarsi modelli o strumenti di affidamento discrezionali o arbitrari.

A suffragio si pongono plurimi arresti giurisprudenziali.

Inter alia, si è statuito che: “Anche nel caso in cui si tratti di una concessione di un bene pubblico (demaniale) e non già di una concessione di servizi, sussiste la necessità di applicare i principi di matrice europea di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità nelle procedure di assegnazione; invero, l’indifferenza comunitaria al nomen della fattispecie, e quindi alla sua riqualificazione interna in termini pubblicistici o privatistici, fa sì che la sottoposizione ai principi di evidenza trovi il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale si fornisca un’occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione”⁵⁶.

In senso analogo, in forza dei principi euro-unitari di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, oltre che in forza dell’art. 3 del r.d. n. 2440/1923, si è osservato come l’affidamento in concessione di un bene pubblico – appartenga esso al demanio ovvero al patrimonio indisponibile dello Stato, delle Regioni o degli enti locali – debba essere indeclinabilmente preceduto da un’apposita gara, in ragione dello statuto proprietario pubblico, nonché della natura di risorsa quantitativamente limitata e, nel contempo, economicamente contendibile, rivestiti dal bene medesimo⁵⁷.

Per analoghe argomentazioni si è ritenuta illegittima una delibera del Consiglio comunale con cui era stata disposta la sdemanializzazione di un reliquato stradale e la vendita a trattativa privata⁵⁸.

Ne deriva che: *“Ove si tratti di gestione di beni di proprietà dello Stato suscettibili di sfruttamento economico vengono in rilievo, per la scelta del concessionario, le regole di evidenza pubblica; il medesimo principio è stato affermato dalla giurisprudenza anche per gli enti locali sebbene non sia prevista una regolamentazione analoga, in quanto la mancanza di una procedura competitiva circa l’assegnazione di un bene pubblico suscettibile di sfruttamento economico,*

⁵⁶ Cfr. T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 5 luglio 2017 n. 235, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 4, 958 ss.

⁵⁷ È quanto sostenuto dal T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 27 maggio 2020 n. 590; dal canto suo il Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2017 n. 2914, ha annullato la deliberazione con la quale il Consiglio aveva concesso –in via diretta, gratuitamente e senza l’esperienza di una procedura di evidenza pubblica– in favore di una associazione, alcuni terreni comunali.

⁵⁸ T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 4 settembre 2019 n. 1490, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 5, 1392 ss.

*introduce una barriera all'ingresso al mercato, determinando una lesione alla parità di trattamento, al principio di non discriminazione ed alla trasparenza tra gli operatori economici, in violazione dei principi comunitari di concorrenza e di libertà di stabilimento*⁵⁹.

In dottrina, nel richiamare gli indirizzi dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato⁶⁰, si è sottolineato il rischio che l'utilizzo delle concessioni dirette, in particolare delle concessioni di beni pubblici, produca delle gravi distorsioni nella concorrenza, in quanto con esse si consente ad un limitato numero di imprese di accedere al mercato, e soprattutto si riconoscono ai concessionari diritti speciali che li pongono in una posizione di privilegio rispetto agli altri operatori; tali limitazioni della concorrenza, nei mercati di livello nazionale e locale, risultano in palese contrasto con i principi comunitari di liberalizzazione dei mercati e con quelli ricavabili dalla l. n. 287 del 1990⁶¹.

In sintesi, la preminente necessità (di matrice eurounitaria) di non alterare la concorrenza e il mercato, accanto alle esigenze (di matrice costituzionale) di favorire forme di gestione rispondenti ai canoni di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa precludono forme di affidamenti diretti e fiduciari.

Anche su tali profili si rinvengono, nelle citate decisioni, plurimi *obiter dicta*.

In particolare, in ordine ai principi che dovranno ispirare lo svolgimento delle gare, si richiama l'art. 12 della direttiva 2006/123, ove si prospettano i criteri in grado di veicolare la discrezionalità del legislatore, imponendo, appunto, una "*procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*", ma precisando anche che, "*nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario*".

Ivi si sottolinea la necessità di evitare ipotesi di preferenza "automatica" per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato (circostanza che potrebbe verificarsi anche nell'ipotesi in cui le regole di gara consentano di tenere in considerazione gli

⁵⁹ Delibera ANAC 1° agosto 2012 n. 75; Cons. Stato, Sez. V, 31 maggio 2011 n. 3250.

⁶⁰ Si veda il parere del 28 ottobre 1998, pubblicato sul Bollettino 2 novembre 1998, n. 42.

⁶¹ Cfr. M.A. SANDULLI, *L'accordo di programma, strumento di affidamento delle infrastrutture portuali turistiche e garanzia dell'imprenditorialità dell'iniziativa*, in *Diritto.it*, 2009, che ribadisce l'auspicio a che le concessioni amministrative c.d. giustificate (intendendo tali, secondo la definizione data dall'*Anti-trust*, le concessioni che trovano giustificazione in leggi che riservano allo Stato o ai pubblici poteri la titolarità esclusiva di funzioni pubbliche, di proprietà, o di attività economiche) siano soggette a revisione, essendo necessaria sia una modifica delle procedure di scelta del concessionario che riduca la discrezionalità dell'amministrazione, rafforzando l'evidenza pubblica, sia un intervento su alcuni profili della disciplina sostanziale (quali il regime giuridico dei rinnovi, la durata etc.) in modo da assicurarne la conformità ai principi della normativa comunitaria.

investimenti effettuati senza considerare il parametro di efficienza quale presupposto di apprezzabilità dei medesimi).

La scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi è ritenuta essenziale per garantire agli operatori economici l'effettivo accesso alle opportunità economiche offerte dalle concessioni.

A tal fine, secondo le Plenarie, i criteri di selezione dovrebbero riguardare la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori, essere collegati all'oggetto del contratto e figurare nei documenti di gara. Nell'ambito della valutazione della capacità tecnica e professionale potranno, tuttavia, essere individuati criteri che, nel rispetto della *par condicio*, consentano di valorizzare l'esperienza professionale e il *know-how* acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale; tale valorizzazione, tuttavia, non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione all'accesso al settore di nuovi operatori.

In proposito, una precisazione risulta doverosa.

Se i criteri dettati dall'art. 12 della direttiva 2006/123 non impongono il rispetto del principio di rotazione (dettato in relazione ai contratti pubblici disciplinati dalle direttive del 2014, le nn. 23, 24 e 25), nondimeno, nel conferimento delle concessioni vanno evitate posizioni privilegiate dell'uscente. Nell'indizione e nell'espletamento delle procedure di selezione del nuovo concessionario, cioè, non può prescindersi dalla considerazione in ordine alla posizione “privilegiata” dell'uscente.

La valenza dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, scolpiti nell'art. 4 del cdc, preclude qualsiasi vantaggio a favore di un concorrente.

Per prevenire asimmetrie informative, uno dei principi cardini della vigente codificazione⁶² (rilevante soprattutto in tema di affidamenti diretti e di procedure negoziate senza bando) è costituito dalla rotazione degli affidamenti e degli inviti, da cui consegue l'inibizione, almeno in via di principio, di ripetuti e continui affidamenti a favore dei medesimi operatori⁶³.

Nel contesto ora in trattazione, piuttosto che l'esigenza della prevenzione dei fenomeni illeciti, che giustifica la previsione del principio in argomento in

⁶² Il principio di rotazione per i contratti sotto soglia non costituisce un'assoluta novità, visto che già i commi 8 e 11 dell'art. 125 del d.lgs. n. 163/2006 lo enunciavano tra i principi da rispettare in caso di affidamenti di importo ricompreso tra 40.000 euro e le soglie comunitarie. Con il nuovo codice ne viene rimarcata la centralità e la priorità rispetto a quelli generali ora scolpiti nell'art. 30.

⁶³ Per ampi approfondimenti, anche sull'evoluzione normativa, cfr. R. GAROFOLI-G. FERRARI, *Codice dei contratti pubblici*, Roma-Molfetta, 2017, 725 ss.; R. DE NICCOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 648 ss.; L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, 366 ss.

plurime normative di settore (si pensi alla legge n. 190/2012) e nella contrattazione collettiva dell'impiego pubblico privatizzato (in special modo del comparto dirigenziale), rileva la necessità di evitare che alla competizione partecipi un soggetto in condizioni di vantaggio.

Secondo il pertinente indirizzo ermeneutico, il gestore uscente andrebbe escluso dalla procedura negoziata a prescindere dai modi in cui ha ottenuto il precedente affidamento, anche se scaturito da una procedura aperta⁶⁴.

Quel che si intende evitare è che l'uscente possa avvantaggiarsi in ragione delle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, nell'ambito di una procedura in cui è chiamato a confrontarsi con pochi altri concorrenti; in quest'ottica è del tutto indifferente la modalità con la quale sia stato aggiudicato il precedente contratto, rilevando il fatto oggettivo del precedente affidamento, non anche la circostanza che questo sia scaturito da una procedura di tipo aperto o meno⁶⁵.

In conclusione, in sede di scelta del concessionario andrebbe evitata qualsiasi forma di vantaggio in capo all'uscente, che possa ricondursi a requisiti di partecipazione tesi a valorizzare (quale presupposto infungibile) la precedente gestione o all'attribuzione di premialità (in sede di apprezzamento delle proposte) del rapporto in precedenza instaurato.

6. *La controversa patologia degli atti adottati in applicazione di norme primarie disapplicabili*

Sul piano del diritto sostanziale, ulteriore questione affrontata dalle Plenarie e meritevole dell'odierna riflessione attiene al tipo di vizio inficiante i provvedimenti emanati in attuazione della norma nazionale disapplicata, rispetto alla quale, cioè, ne sia stato accertato il contrasto con la disciplina comunitaria.

Prima di rassegnare un'ipotesi interpretativa valga rammentare alcune delle principali coordinate che devono orientare gli operatori istituzionali.

Innanzitutto, la non applicazione della disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario costituisce un potere-dovere, per il giudice, che opera anche d'ufficio⁶⁶, al fine di assicurare la piena applicazione delle norme comunitarie, aventi un rango preminente rispetto a quelle dei singoli Stati membri.

⁶⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2020 n. 875; *Id.*, Sez. V, 5 novembre 2019 n. 7539.

⁶⁵ Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2019 n. 1524; *Id.*, 12 giugno 2019 n. 3943; *Id.*, 27 aprile 2020 n. 2655.

⁶⁶ Cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018 n. 1219, e, prima ancora, Cass., 18 novembre 1995 n. 11934. Sulla doverosità della disapplicazione della legge nazionale in contrasto con una norma europea dotata di efficacia diretta da parte sia del giudice che della pubblica amministrazione, senza che sia necessario sollevare una questione di legittimità costituzionale, si veda Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, 2062, con nota di R. TIZZANO; in *Giust. civ.*, 1984, I, 2353, con nota di G. SOTGIU.

La pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia crea l'obbligo del giudice nazionale di uniformarsi ad essa; l'eventuale violazione di tale obbligo vizierebbe la sentenza secondo la disciplina dell'ordinamento interno e, al contempo, darebbe luogo a una procedura di infrazione nei confronti dello Stato di appartenenza⁶⁷.

Tale dovere prescinde dal fattore temporale e quindi dalla circostanza che la norma interna confliggente sia precedente o successiva a quella comunitaria⁶⁸.

Allo stesso modo, le statuizioni della Corte di Giustizia, le quali chiariscono il significato e la portata di una norma del diritto dell'Unione, possono e devono essere applicate anche a casi diversi rispetto a quelli oggetto del rinvio, aventi le stesse caratteristiche di quello che ha dato origine alla decisione della Corte⁶⁹.

È, altresì, principio consolidato quello secondo il quale la disapplicazione (*rectius*, non applicazione) della norma nazionale confliggente con il diritto eurounitario, a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di Giustizia UE, costituisca un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora sia chiamato ad applicare la norma interna contrastante con il diritto eurounitario⁷⁰.

Qualora emerga un contrasto tra la norma nazionale o regionale e i principi eurounitari, è fatto obbligo al dirigente chiamato ad adottare il provvedimento previsto dalla norma interna, di non applicarla, salvo valutare la possibilità di trarre dall'ordinamento sovranazionale una disposizione con efficacia diretta, idonea a porre la disciplina della fattispecie concreta⁷¹.

È aperto, invece, il confronto tra coloro che ritengono affetto da nullità il provvedimento amministrativo contrastante con il diritto eurounitario e coloro che sostengono l'illegittimità, imponendo l'impugnazione entro il termine decadenziale dinanzi al giudice, con la conseguenza che, in mancanza, il provvedimento adottato in applicazione di una norma di legge nazionale contrastante con il diritto eurounitario mantiene la sua naturale validità ed efficacia⁷².

⁶⁷ Così, Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2019 n. 2890.

⁶⁸ CGUE, 9 marzo 1978, C-106/77.

⁶⁹ Corte cost., 23 giugno 1999 n. 255 (ord.), in *Giur. cost.*, 1999, 3, 2203 ss., e *Id.*, 23 aprile 1985 n. 113 (ord.); Cass., Sez. I, 28 marzo 1997 n. 2787.

⁷⁰ Corte cost., 21 aprile 1989 n. 232, in *Riv. giur. edil.*, 1989, 3, 507 ss.; CGCE, 22 giugno 1989, C-103/88, Fratelli Costanzo, e CGUE, 24 maggio 2012, C-97/11, Amia.

⁷¹ Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2018 n. 1342.

⁷² Cfr. N. PIGNATELLI, *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, n. 4, 2008, 3635 ss. Si è operata una distinzione tra un'illegittimità diretta (imputabile all'atto nell'ipotesi in cui sia il contenuto dell'atto stesso ad essere autonomamente in contrasto con il diritto europeo) ed un'illegittimità mediata (indiretta) nell'ipotesi in cui il provvedimento sia emanato in forza di una legge incompatibile con il diritto europeo.

Il dibattito è risultato particolarmente acceso con indirizzi non univoci⁷³.

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza il provvedimento amministrativo in contrasto con il diritto europeo sarebbe annullabile⁷⁴. Tale tesi muove dalla teoria dell'integrazione tra ordinamento europeo ed ordinamento nazionale, preferita ad una concezione di separazione tra i medesimi: così impostato il problema, la norma dell'Unione Europea, in quanto integrativa dell'ordinamento italiano, costituisce parametro di legittimità dell'atto amministrativo. Di conseguenza, il regime del provvedimento amministrativo non muta a seconda che il parametro normativo sia di fonte nazionale od europeo, venendo in rilievo il consueto regime di illegittimità-annullamento per violazione di legge⁷⁵.

Di contro, vi è chi si è mostrato propenso a riconoscere, in siffatti casi, un'ipotesi di disapplicazione sostanziale. Secondo tale tesi la regola dell'annullabilità consentirebbe l'inoppugnabilità di atti contrastanti con il diritto europeo; si sottolinea che ammettere la disapplicazione solo per gli atti normativi interni contrastanti con il diritto europeo e non per i provvedimenti interni contrastanti, si tradurrebbe in un regime di controllo più rigido solo per i primi⁷⁶.

⁷³ In generale sul tema, cfr. M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2008, 447 ss.; M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012; S. STICCHI DAMIANI, *Violazione del diritto comunitario e processo amministrativo*, Torino, 2012; V. CERULLI IRELLI, *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 657 ss.; M. RAMAJOLI-R. VILLATA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

⁷⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 6, 1586 ss.

⁷⁵ In dottrina, a sostegno della tesi dell'annullabilità, cfr. G. GRECO, *Fonti comunitarie e atti amministrativi italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 38 ss.; ID., *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte generale, Milano, 1997; ID., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2017; ID., *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività dell'orientamento nazionale?)*, in *Dir. amm.*, 2003, 277 ss.; ID., *Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Milano, 2004, ID., *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 505 ss.; E. FERRARI, *Cittadinanza italiana e cittadinanza europea tra disapplicazione e cause di invalidità e non applicazione del principio di specialità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 1075 ss.; M. CAFAGNO, *L'invalidità degli atti amministrativi emessi in forza di legge contraria a direttiva CEE immediatamente applicabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 550 ss.; G. FALCON, *Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 79 ss.

⁷⁶ Sostengono questa teoria M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 824 ss.; ID., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013; ID., *La peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 447 ss.; S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, 2013; B.G. MATTARELLA, *La nuova legge sul provvedimento amministrativo*, in *Gior. Dir. amm.*, 2005, 479 ss., secondo il quale la tesi ha avuto il merito di segnalare due profili critici dell'incidenza del diritto europeo sul sistema di giustizia amministrativa, relativamente al rapporto tra legalità nazionale e legalità comunitaria, "non essendo scontato che esse debbano avere lo stesso e, quindi, che la violazione del diritto europeo debba produrre gli stessi effetti della violazione del diritto nazionale", e relativamente al rapporto tra provvedimenti amministrativi ed atti normativi, "tra i quali nel diritto europeo

Altri ravvisano un'ipotesi di nullità nel caso di provvedimento emanato in applicazione di una norma nazionale contraria al diritto europeo⁷⁷.

Prima dell'intervento della Plenaria, il prevalente orientamento dottrinario e giurisprudenziale propendeva per il vizio di legittimità nel caso di violazione del diritto eurounitario, analogamente a quello che discende dal contrasto dell'atto amministrativo con il diritto interno, con l'onere di impugnare il provvedimento contrastante con il diritto europeo dinanzi al giudice amministrativo entro il termine di decadenza, pena l'irrimediabilità del provvedimento medesimo.

Tale orientamento non sembrava scevro da criticità.

La configurazione, in termini di illegittimità, del provvedimento adottato in attuazione di normative interne contrastanti con il diritto comunitario esponeva i plurimi interessi pubblici (sottesi alla fattispecie) ai limiti e alle condizioni riconnessi all'articolazione degli strumenti impugnatori.

Ne derivava la possibilità di continuare ad applicare la normativa interna (seppur contrastante con il diritto dell'Unione), mediante l'adozione di provvedimenti ad essa (almeno in tesi) conformi, che avrebbero continuato a produrre effetti qualora nessun soggetto (che, peraltro, doveva essere dotato di apposita legittimazione e doveva agire entro il prescritto termine decadenziale) avesse azionato i meccanismi di tutela.

Non risultava esaustivo invocare il rimedio dell'autotutela amministrativa, visto che, da un lato, era noto l'atteggiamento restio dell'amministrazione a rivedere il proprio operato (ancor più in assenza di una rituale contestazione in giudizio), dall'altro, avrebbero potuto eccipirsi i limiti temporali contemplati nel relativo paradigma normativo⁷⁸.

Anche in ordine a tale profilo le Plenarie hanno fornito un indirizzo interpretativo diverso dall'orientamento prevalente: ivi si ritiene che l'atto di proroga

vi è indistinzione, mentre nel diritto nazionale vi è distinzione, ma anche un'area di sovrapposizione, che produce istituti ibridi come la disapplicazione dei regolamenti da parte del giudice amministrativo”.

⁷⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 30 marzo 2005 n. 579, secondo cui “*l'esistenza della norma costituisce il presupposto necessario ed ineliminabile dell'atto amministrativo che pretende di farne applicazione [...] se la norma che l'Amministrazione pretende di applicare non esiste o per qualunque motivo non produce effetti all'interno dell'ordinamento nel quale è destinata ad operare la pronuncia giurisdizionale, il giudice non può che accertare l'inesistenza del necessario parametro per la valutazione della legalità dell'azione amministrativa e, siccome non esiste attività amministrativa *legibus soluta*, egli non può dare atto che della radicale nullità dell'atto medesimo”.* Un'isolata pronuncia [T.A.R. Piemonte, Sez. II, 8 febbraio 1989 n. 34, con nota di R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1989, 149 ss., e di L. TORCHIA, *Il giudice disapplica ed il legislatore reitera: variazioni in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro it.*, 1990, 203 ss.] ha dichiarato inesistente un provvedimento adottato sulla base di una norma nazionale contrastante con norme europee.

⁷⁸ Entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi nel caso di provvedimenti concessori, come contemplato dall'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990, come novellato dalla l. n. 108/2021.

sia un atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa direttamente riconducibile.

A lume di tale premessa (la proroga del termine avviene automaticamente, in via generalizzata ed *ex lege*, senza l'intermediazione di alcun potere amministrativo, ma la norma che la prevede non può essere applicata perché in contrasto con il diritto dell'Unione), ne discende che l'effetto della proroga deve considerarsi *tamquam non esset*, come se non si fosse mai prodotto.

Sempre secondo le Plenarie, ragioni di certezza delle situazioni giuridiche depongono nel senso che l'amministrazione debba "*rendere pubblica l'inconsistenza oggettiva dell'atto ricognitivo eventualmente già adottato e di comunicarla al soggetto cui è stato rilasciato detto atto*".

Tale soluzione certamente è meno criticabile di quella offerta dall'indirizzo giurisprudenziale in precedenza consolidatosi.

Tuttavia, non è esaustiva se si considera che riguarda i soli provvedimenti di proroga già adottati e non si esprime in ordine alle determinazioni che dovessero essere adottate dalle amministrazioni concedenti nelle more di una auspicata riforma normativa o, comunque, dell'abrogazione formale della normativa divisa.

Andrebbe, quindi, prospettato un indirizzo esegetico che consenta di definire il regime patologico dei provvedimenti che dovessero emanarsi in attuazione di una normativa nazionale contrastante con la norma unitaria ma rispetto alla quale non è intervenuta alcuna chiara statuizione in sede giudiziaria.

In tale ultima ipotesi, infatti, prospettare una radicale nullità delle determinazioni amministrative pregiudicherebbe, in modo eccessivo e sproporzionato, le posizioni giuridiche dei destinatari, i cui investimenti rischierebbero di essere irripetibili a seguito di un successivo accertamento della nullità del provvedimento stesso, in assenza, soprattutto, di qualsiasi responsabilità loro imputabile.

In sostanza, si imporrebbe agli interessati un autonomo e preventivo accertamento sulla compatibilità con il diritto dell'Unione della norma da applicarsi per rilasciarsi l'invocato provvedimento abilitativo, al fine di evitare il prospettato e postumo pregiudizio

Ma tanto risulterebbe ingiustificabile ed eccessivo.

Cosicché, risulta preferibile una soluzione diversa.

Occorrerebbe distinguere tra l'ipotesi in cui il contrasto con l'ordinamento comunitario risulti conclamato ed accertato (seppur riferito a fattispecie similari o a normative sopravvenute) e quella per la quale manchi uno scrutinio in tal senso.

Solo in quest'ultimo caso potrebbe ritenersi necessaria l'impugnazione, mentre nella prima ipotesi la sanzione di nullità (che gode di un arco temporale

di impugnazione più ampio⁷⁹ e della rilevabilità di ufficio⁸⁰) sembra più pertinente.

Ciò perché, laddove sia stata accertata la non compatibilità della norma interna con il diritto unionale (con relativa disapplicazione) mancherebbe il presupposto legittimante l'adozione dell'atto e l'esercizio della funzione amministrativa, con assoluta carenza di potere (cui consegue la massima sanzione)⁸¹.

In altri termini, non può equipararsi tale ultima fattispecie a quella per la quale l'atto amministrativo si presenti *contra legem*, quindi annullabile, perché, in ragione dell'accertata incompatibilità e della doverosa disapplicazione della norma nazionale, verrebbe a mancare proprio il substrato normativo su cui si basa l'adottanda determinazione⁸².

La tesi è in grado anche di contemperare le posizioni dei destinatari del provvedimento rimuovendo, i quali, in caso di mancato scrutinio della antiggiuridicità della norma interna (in contrasto con la normativa comunitaria) risulterebbero inconsapevolmente danneggiati da un accertamento postumo dell'inefficacia dell'atto (peraltro in assenza di impugnazione); diversamente, laddove detto contrasto risulti già accertato, la loro pretesa di tutela svilisce, non potendo non essere consapevoli dell'avvenuto rilascio di un atto viziato *radiciter*.

⁷⁹ Art. 31, co. 4, d.lgs. n. 104/2010: “La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice”.

⁸⁰ Vero è che per il tramite della norma processuale indicata, il legislatore: a) per un verso, ha assoggettato la declaratoria di nullità dell'atto alla proposizione della relativa domanda al giudice da parte di chi vi abbia interesse, entro il termine di centottanta giorni, decorrente dalla piena conoscenza dell'atto medesimo; b) per altro verso, ha affermato – come per i contratti così anche per l'atto amministrativo – sia la opponibilità “*in perpetuum*” della nullità ad opera della parte resistente, sia la rilevabilità di ufficio di tale invalidità, da parte del giudice; così recependo solo in parte gli aspetti tipici della nullità – come tradizionalmente operante nell'ambito del diritto civile – quale nuova forma di invalidità dell'atto amministrativo (come osservato da R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2017, 602-603).

⁸¹ Cass., Sez. Un., 5 marzo 2018 n. 5097, in cui si richiama la giurisprudenza, definita come consolidata, che riconduce alla nullità *ex art. 21-septies* della l. 241 del 1990 al difetto assoluto di attribuzione, che evoca la c.d. “carenza in astratto del potere”, cioè l'assenza in astratto di qualsivoglia norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento. Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 26 marzo 2003 n. 4, in *Foro it.* 2003, III, 433, con nota di A. TRAVI.

⁸² Sul contrasto del provvedimento col diritto europeo, Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003 n. 35, in *Foro it.*, 2004, III, 413; Cons. Stato, Sez. V, 19 maggio 2009 n. 3072, in *Urb. e app.*, 2009, 1097, in *Giust. amm.*, 2009, 2, 223, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2012, 1, 64), secondo cui: “Il provvedimento di una. nazionale che si ponga in contrasto con la disciplina comunitaria di un determinato settore configura un'ipotesi di annullabilità dello stesso, e non di nullità, come accade, invece, nell'ipotesi che l'atto interno sia stato emesso in conformità ad una norma nazionale (attributiva del potere) che risulti, essa, incompatibile con il diritto comunitario, con il conseguente obbligo di disapplicazione”.

7. *Brevi considerazioni conclusive*

Le superiori riflessioni, il cui abbrivio è costituito dagli indirizzi interpretativi rassegnati dalle plenarie del Consiglio di Stato, attengono specificatamente ai plurimi e significativi *obiter dicta* ivi presenti, relativi a profili tradizionali di diritto sostanziale che vengono riletti in un'ottica funzionale e comunitaria.

Sembra evidente come le ricadute applicative non possano circoscriversi alla sola disciplina delle concessioni demaniali marittime ma impongano una riflessione organica e di sistema al fine di coordinare l'interpretazione e l'applicazione dei divisati istituti.

Il disallineamento che sussiste tra le formali categorie concettuali (proposte dalla giuspubblicistica nazionale) e i criteri ermeneutici forniti in sede pretoria può ingenerare plurime conflittualità e incertezze, con ricadute negative e non auspicabili anche sul piano economico e produttivo.

La tecnica legislativa delle leggi-provvedimento che mirano a differire il *dies ad quem* dell'anacronistica disciplina di settore, oltre a svilire il ruolo del Legislatore -cui sembra prestare rimedio una (altrettanto anomala ma indispensabile) giurisprudenza pretoria⁸³- da un lato, assurgono a transitorie soluzioni, dall'altro, aprono il varco all'embricazione tra norme, statuizioni, infrazioni e precetti di ingestibile applicazione concreta.

Resta, indubbiamente, la necessità di una disciplina organica che fornisca anche i criteri selettivi da applicarsi in sede di procedura evidenziale ma che non ceda alla "tentazione" di privilegiare impropriamente e immotivatamente l'uscente, favorendo la resilienza del diritto di insistenza, ma che orienti la programmazione amministrativa in un'ottica di sviluppo e di valorizzazione dei beni pubblici, spesso impropriamente piegati alla mera tutela di interessi individuali o corporativi.

⁸³ Sul diritto giurisprudenziale, si veda il recente contributo di J. VAVALLI, *Sull'appello al Consiglio di Stato in punto di giurisdizione da parte di colui che l'ha adita, tra Costituzione, Codice del processo amministrativo e orientamenti giurisprudenziali: un inquadramento sistematico*, in *Nuove Autonomie*, fasc. 2/2021, in cui si richiamano A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato tra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 2, 508 e 512 e N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2016, 4, 1162-1163.

Abstract

Nel presente contributo, dopo una breve ricostruzione diacronica del regime giuridico delle concessioni demaniali con finalità turistiche, a seguito dell'abrogazione del diritto di insistenza ed alla luce degli indirizzi comunitari (di rango normativo e di matrice giudiziaria) oltre che delle conformi conclusioni rassegnate dalle magistrature (amministrative e penali) nazionali, tutti tesi a sanzionare sia automatici rinnovi e proroghe delle concessioni in essere sia impropri vantaggi, in sede comparativa, degli uscenti, sono stati analizzati gli *obiter dicta* delle recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 17 e n. 18 del 2021, con particolare riguardo sia alla distinzione tra concessione e autorizzazione, con il superamento del metodo formalistico a favore di un'analisi funzionale, sia alla patologia dei provvedimenti applicativi di normative anticomunitarie, non più ascrivibile alla categoria dell'illegittimità bensì in quella più severa della nullità.

The “functional” qualification of expansive acts and the pathology of acts adopted applying non-competitive laws

After a short diachronic analysis of the legal discipline of the maritime domain concessions, after the repeal of the right of insistence, the paper deals with the theme keeping in consideration the actual legal framework of the European Union (both normative and judiciary) and the accordant decisions of the national judges (criminal and administrative) which all aim to punish both automatic extensions both undue advantages given to the leaving concessionaries. In detail, the paper focuses on the most recent decisions of the Plenary Section of the Council of State, nn. 17 and 18 of 2021, in particular on the distinction between concession and authorization, in overcoming a formalistic approach in favor of a functional one, and on the pathology of administrative acts adopted applying non-competitive laws, no more to consider illegal but radically void.

Aiuti di Stato all'interno di uno stesso gruppo societario. Profili sostanziali e processuali

di Ginevra Greco

SOMMARIO: 1. La sentenza in commento. – 2. Aiuto fornito da un'impresa pubblica: le risorse pubbliche. – 3. Segue: l'imputabilità allo Stato. – 4. Il soggetto beneficiario delle risorse pubbliche: aiuti di Stato ad una società *in house*?. – 5. Il criterio dell'investitore privato in economia di mercato ed il problema dell'onere della prova. – 6. Segue: l'ampiezza del sindacato del Giudice dell'Unione. – 7. Il giudizio di legittimità e la giurisprudenza della Corte EDU. – 8. Brevi considerazioni finali.

1. *La sentenza in commento*

Con la sentenza (10 dicembre 2020, in causa C-160/19 P, *Comune di Milano*) la Corte di giustizia (sez. II) si è pronunciata su un particolare caso di aiuto di Stato. Si trattava, infatti, di una serie di operazioni di aumento di capitale, compiute da una società a (pressoché) totale partecipazione pubblica -società A- a favore di una società dalla stessa interamente controllata -società B-.

La società A (il cui capitale era all'epoca ripartito per oltre il 99% tra il Comune di Milano e la Provincia di Milano) aveva fornito direttamente i servizi di assistenza di terra negli aeroporti di Milano Linate e di Milano Malpensa, finché -nel 2002- ha operato, in applicazione della Direttiva 96/67/CE, la separazione contabile e giuridica¹ tra le attività di assistenza di terra e le altre attività da essa esplicate. A tal fine ha costituito la società B, avente lo scopo, appunto, di fornire detti servizi di assistenza di terra².

Il 26 marzo 2002 il Comune di Milano, la società A e varie organizzazio-

¹ L'art. 4 della direttiva 96/67/CE per la verità dispone che "l'ente di gestione di un aeroporto, l'utente o il prestatore di servizi che forniscono servizi di assistenza a terra devono operare una netta separazione a livello contabile, secondo le vigenti prassi commerciali, tra le attività legate alla fornitura di tali servizi e le altre loro attività. L'effettiva separazione contabile deve essere controllata da un verificatore indipendente designato dallo Stato membro. Egli verifica anche l'assenza di flussi finanziari tra l'attività dell'ente di gestione in quanto autorità aeroportuale e la sua attività di assistenza a terra".

Dunque l'obbligo imposto riguardava solo la separazione contabile e non anche quella giuridica (anche se quest'ultima era parimenti suggerita dalla Commissione: cfr. decisione della Commissione 2015/1225 del 19 dicembre 2012, nota 8).

² Tali servizi sono individuati dall'Allegato alla Direttiva 96/67/CE. Essi comprendono, tra gli altri, l'assistenza amministrativa, l'assistenza passeggeri (controllo biglietti, documenti di viaggio, trasporto bagagli, ecc.), l'assistenza merci, l'assistenza operazioni in pista (guida dell'aereo all'arrivo e alla partenza, l'assistenza al parcheggio dell'aereo, il caricamento e lo scaricamento degli aerei, compreso il trasporto di equipaggio e di passeggeri, ecc.), l'assistenza pulizia e servizi di scalo, l'assistenza carburante e olio, ecc.

ni sindacali concludevano un accordo in base al quale “il Comune di Milano confermava, inter alia, che A avrebbe mantenuto, per ameno altri cinque anni, la partecipazione di maggioranza in B e che A avrebbe assicurato l’equilibrio costi-ricavi della sua controllata «preservando le sue capacità di gestione e migliorando sensibilmente le sue possibilità di operare sui mercati nazionali e internazionali»³. In tale contesto la Commissione ha constatato (con decisione 2015/1225 del 19 dicembre 2012) che gli aumenti di capitale della società B), effettuati nel periodo 2002-2010 dalla società A) per coprire le perdite di esercizio della società controllata, fossero aiuti di Stato, incompatibili con il mercato interno e che pertanto dovessero essere recuperati.

La vicenda dunque si innesta nel più ampio tema dei rapporti tra amministrazioni pubbliche e società partecipate. Nell’ambito dei quali, come è noto, le prime possono ben esercitare tutti i diritti dei soci, operando aumenti di capitale, ripiano delle perdite, cessione delle quote, ecc., ma solo alle condizioni in cui opererebbe un (accorto) operatore privato.

Il Comune di Milano ha impugnato detta decisione della Commissione, prospettando censure varie, basate essenzialmente sulla contestazione che vi fosse stato un trasferimento di risorse “statali” imputabili al Comune e sulla violazione del criterio dell’investitore privato. E in realtà, al di là delle censure proposte, la fattispecie presentava aspetti particolari, dato che il contestato aiuto dello Stato è risultato racchiuso all’interno dello stesso gruppo societario, senza alcun investimento aggiuntivo da parte di enti pubblici.

Respinto il ricorso con sentenza del Tribunale (sez. III), 13 dicembre 2018, in causa T-167/13, la materia del contendere si è ulteriormente arricchita innanzi alla Corte di giustizia. Infatti, oltre agli stessi temi sopra accennati, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su temi più tipicamente processuali (riparto dell’onere della prova, ambito del sindacato che il Giudice dell’Unione può esercitare sulle valutazioni tecniche complesse, ecc.), collegati soprattutto all’applicazione del criterio dell’investitore privato.

La sentenza della Corte e l’intera vicenda di cui ha costituito l’epilogo presentano numerosi profili di particolare interesse per l’interprete.

La peculiarità della fattispecie, come si è accennato, scaturisce dalla circostanza che essa non ha riguardato un nuovo esborso o altro aiuto da parte del Comune di Milano nel rapporto con la società A. Né vi è stato esborso della società A verso soggetti esterni al gruppo societario, dato che l’intera vicenda è risultata confinata “infragrupo”.

La sentenza, peraltro, si è occupata anche di altri importanti istituti sostanziali e processuali, che hanno una valenza trasversale in più settori del diritto dell’Unione: sicché le soluzioni accolte possono consentire riflessioni più generali.

³ Così parte della narrativa contenuta nelle Conclusioni dell’Avvocato Generale Juliane Kokott, presentate il 16 luglio 2020, punto 6.

Il tutto sulla base di una precisa (e costantemente ribadita) perimetrazione dell'istituto degli aiuti di Stato⁴. Infatti, “La qualificazione di una misura come «aiuto di Stato», ai sensi dell'art.107, par. 1, TFUE, esige che siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni. In primo luogo, deve trattarsi di intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali. In secondo luogo, tale intervento deve essere idoneo a incidere sugli scambi degli Stati membri. In terzo luogo, deve concedere un vantaggio selettivo al suo beneficiario. In quarto luogo, esso deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza” (sentenza, punto 27⁵).

2. *Aiuto fornito da un'impresa pubblica: le risorse pubbliche*

Nel caso di specie le “condizioni” che presentavano carattere problematico erano anzitutto riconducibili al primo dei riferiti requisiti, in quanto riguardavano l'utilizzazione di risorse “statali” e l'imputabilità dell'operazione allo “Stato”. È una problematica afferente dunque al soggetto erogatore dell'aiuto e che si inquadra, peraltro, in un contesto affatto particolare, quale è quello degli aiuti di

⁴ Cfr., *ex multis*, A. ALMENDROS MANZANO, *Art. 107 TFUE*, in *Codice dell'Unione europea Operativo – TUE e TFUE commentati articolo per articolo*, a cura di C. CURTI GIALDINO, Napoli, 2012; F. BESTAGNO, *Gli aiuti di Stato in tempi di crisi: il sostegno all'economia reale tra misure nazionali e piano europeo di ripresa*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, a cura di A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI, Napoli, 2011; A. BIONDI, *The notice on the Notion of State Aid: every light has its shadow*, in *The modernisation of State Aid for economic and social development*, a cura di B. NASCIBENE, A. DE PASQUALE, Berlino, 2018; C. CELLERINO, F. MUNARI, *Commento all'art. 107 TFUE*, in *Trattati dell'Unione Europea*, a cura di A. TIZZANO, Milano, 2014; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2021; DE CATERINI (a cura di), *Quattro studi in materia di aiuti di Stato*, Bari, 2008; D. DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, Milano, 2010; F. Ferraro, *Il Tribunale dell'Unione riconsidera la decisione sul caso Tercas in tema di aiuti (non) di Stato alle banche*, in *Post AISDUE*, I, 2019; ID, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *DUE*, 2010; T. FOUQUET, *Les critères spécifiques d'identification des aides d'Etat aux entreprises en difficulté*, in *Rev. Marché com. un. eu.*, 2002; F. MUNARI, A. BLASI, *Art. 87*, in *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, a cura di A. TIZZANO, Milano, 2004; NEBBIA, *Il concetto di aiuto di Stato*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE, Napoli, 2013; J.J. PIERNAS LÓPEZ, *The concept of State aid under EU law*, Oxford, 2016; M. ROSS, *State Aids and national courts: definition and other problems – a case of premature emancipation?*, in *Com. Market Law rev.*, 2000; C. SCHEPISI, *La “modernizzazione” della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011; J.A. WINTER, *Re(def)ining the notion of State aid in Article 87(1) of the Ec Treaty*, in *Com. Market Law Rev.*, 2004.

⁵ Che richiama Corte giust., 19 dicembre 2019, causa C-385/18, *Arriva Italia*, EU:C:2019:1121, punto 31 e giurisprudenza ivi citata. Cfr., in particolare, Corte giust., 22 dicembre 2008, causa C-487/06, *British Aggregates/Commissione*, EU:C:2008:757, punto 111.

Sulla nozione di aiuto di Stato e sul carattere “oggettivo” del relativo concetto, cfr. “Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea” (2016/C 262/01), punto 3.

Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree, oggetto di specifica Comunicazione da parte della Commissione⁶: infatti, è noto che gli aeroporti dell'Unione registrano ancora una prevalente proprietà e gestione pubblica.

Al riguardo la Commissione e il Giudice dell'Unione sono partiti da una premessa che risulta ineccepibile: “il diritto dell'Unione non può tollerare che il semplice fatto di creare enti autonomi incaricati della distribuzione di aiuti permetta di eludere le regole in materia di aiuti di Stato”⁷. Dunque, perché “determinati vantaggi possano essere qualificati come aiuti [...], essi devono [...] da un lato essere concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali e, dall'altro, essere imputabili allo Stato”⁸.

Ma quando si può parlare di risorse pubbliche in un soggetto diverso da un ente pubblico?⁹

Il Tribunale richiama in proposito l'istituto dell'impresa pubblica e la relativa definizione (basata sull'influenza dominante di un soggetto pubblico), fornita dalla Direttiva 2006/111/CE, art. 2, lett. b), in tema di trasparenza delle relazioni finanziarie (ma analogo istituto e analogo nozione si rinviene da tempo, come è noto, anche in tema di appalti pubblici, settori speciali¹⁰). E sottolinea in particolare che nella specie le quote sociali della Società A “erano quasi interamente detenute dalle autorità pubbliche”, per concludere che le misure di sostegno finanziario concesse dalla società A alla società B “erano costantemente controllate da dette autorità ed erano pertanto a loro disposizione”¹¹.

Anche la Corte desume la disponibilità delle risorse pubbliche facendo perno sull'influenza dominante, tipica delle imprese pubbliche. E giunge alla conclusione che “il fatto che le risorse in questione siano gestite da enti distinti dall'autorità pubblica o che siano di origine privata è inconferente”¹².

⁶ Comunicazione della Commissione 2014/C 99/03 dal titolo “Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree”.

⁷ Sentenza del Tribunale, punto 61, che richiama in proposito Corte giust. 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Francia/Commissione* (Stardust), ECLI:EU:C:2002:294, punto 32.

Del resto già la normativa sulla “Trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche” pone l'accento non solo sulla “assegnazione di risorse pubbliche operate dai poteri pubblici direttamente alle imprese pubbliche interessate”, ma anche sulle “assegnazioni di risorse pubbliche effettuate da parte dei poteri pubblici tramite imprese pubbliche o enti finanziari”. Cfr. art. 1, lett. a e b della Direttiva 25 giugno 1980, n.80/723/CEE e art. 1, lett. a e b Direttiva 16 novembre 2006, n. 2006/111/CE:

⁸ Sentenza della Corte, punto 28, che richiama Corte giust. 18 maggio 2017, causa C-150/16, *Fondul Proprietatea*, ECLI:EU:C:2017:388, punto 14 e giurisprudenza ivi citata. Cfr. anche Tribunale, 12 novembre 1996, in causa T-358/94, *Air France/Commissione*, ECLI:EU:T:1996:194, punto 62.

⁹ Sul tema si segnala M. LIPARI, *La nozione di aiuto di Stato indiretto, attribuito da un soggetto privato, e il requisito dell'imputazione pubblica della misura incentivante*, in *Eurojus*, 2019, fasc. 3.

¹⁰ Cfr. art. 4, par. 2, della Direttiva 2014/25/UE.

¹¹ Sentenza Trib., punto 66.

¹² Sentenza, punto 34, che richiama in proposito Corte giust., 9 novembre 2017, causa

Quest'ultima affermazione, applicata al patrimonio di una società di capitali, suscita qualche perplessità¹³. Infatti, vi può essere impresa pubblica anche quando sussista una cospicua presenza di capitale privato (ad esempio, in un rapporto del 49%, rispetto al 51% di quello pubblico), che può addirittura risultare maggioritario, pur in presenza di altri indici, che manifestano l'influenza dominante dell'ente pubblico (ad esempio, in ragione del potere di nomina degli organi sociali). In tutti questi casi l'influenza dominante rimane in mano pubblica, che può disporre dell'intero patrimonio sociale, sia pure con i vincoli propri dell'assetto societario. Ma non per questo si può parlare *tout court* di "risorse (interamente) pubbliche"¹⁴, se non altro perché il socio privato potrà pur sempre far valere i propri diritti (anche contestando eventuali operazioni che costituiscano un indebito aiuto di Stato)¹⁵.

C-656/15P, *Commissione/TV2/Danmark*, ECLI:EU:C:2017:836, punti 47 e 48. Sicchè, par di capire, che si può parlare di risorse pubbliche anche in un assetto societario in cui il rapporto tra gli apporti pubblici e privati sia solo del 51%, contro il 49%. Il che lascia molto perplessi.

¹³ Così come l'affermazione, generalizzante, secondo la quale "anche le risorse delle imprese pubbliche costituiscono risorse statali ai sensi dell'art. 107, par. 1, del Trattato, in quanto lo Stato è in grado di orientare l'utilizzazione di tali risorse"(Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato, cit., punto 49).

¹⁴ Si legge nella citata Comunicazione sulla nozione di aiuti di Stato che "l'origine delle risorse non è rilevante purché, prima di essere trasferite, direttamente o indirettamente, ai beneficiari, esse siano sotto il controllo pubblico e dunque a disposizione delle autorità nazionali, anche se le risorse non diventano di proprietà della autorità" (punto 57). Tuttavia tale affermazione non pare *tout court* applicabile alla partecipazione societaria di soci privati in una società mista. Essa è stata, infatti, desunta da un caso affatto particolare (sentenza Trib., 12 dicembre 1996, T-358/94, *Air France/Commissione*, ECLI:EU:T:1996:194, punti 65,66 e 67), relativi agli aiuti concessi dalla *Caisse des Dépôts et Consignations* finanziata con depositi volontari di privati cittadini, in quanto la *Caisse* poteva utilizzare il saldo depositi/prelievi come se fossero permanentemente a propria disposizione.

¹⁵ Nel sistema nazionale il socio privato potrebbe invocare la responsabilità per attività di direzione e coordinamento, ex art. 2497 cod. civ.: "Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione o coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette" (comma 1).

Non si tratterebbe in questo caso di una espressione di *private enforcement*, se con tale istituto si intende il risarcimento dei danni richiesto da terzi a causa di un aiuto di Stato illegale cfr. Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, 2021/C 305/01 del 30 luglio 2021, punto 4.2.3.4. Ricorso per risarcimento danni e, in dottrina, F. ROSSI DAL POZZO, *Il private enforcement delle regole sugli aiuti di Stato nella giurisprudenza italiana*, in *Eurojus*, fasc. 4, 2019; C. SCHEPISI, *Public e private enforcement nel settore antitrust e degli aiuti di Stato: convergenze, divergenze e circolarità di principi nel dialogo tra i giudici e la Corte di giustizia*, in *Eurojus*, fasc. 2, 2021; F.M. SALERNO, F. MACCHI, *Il private enforcement in materia di aiuti di Stato in Europa*, in *Eurojus*, fasc. 2, 2021. Tuttavia si tratterebbe di una vicenda assai simile,

Ma non era questo il caso di specie, dato che la partecipazione pubblica nella società A) era pressoché totalitaria, come si è visto. Né è stata questa l'obiezione sollevata dal Comune di Milano, che ha viceversa contestato in radice il richiamo all'istituto dell'impresa pubblica, dato che la relativa nozione è stata elaborata ed introdotta nel diverso settore della trasparenza delle relazioni finanziarie e sarebbe pertanto inconferente in una problematica di aiuti di Stato.

L'argomento, peraltro, è stato respinto dalla Corte. Infatti, “quand’anche il riferimento alla direttiva 2006/111 non fosse pertinente nel caso di specie, gli elementi invocati al punto 35 della presente sentenza [quote sociali quasi interamente e direttamente detenute da autorità pubbliche, che designano i membri del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, n.d.r.] sarebbero sufficienti a suffragare la conclusione del Tribunale relativa al coinvolgimento di risorse statali”¹⁶. Il che pare significare che, indipendentemente dalla qualificazione giuridica della fattispecie, ciò che rileva è il substrato sostanziale evocato dalla nozione di impresa pubblica: e poiché tale substrato sostanziale ricorreva nella specie, tanto basta per ricavarne le implicazioni del caso, anche se l'istituto dell'impresa pubblica non fosse di applicazione generale, ma settoriale.

Ma, seguendo proprio tale logica interpretativa, l'istituto forse più calzante con la fattispecie posta al vaglio della Corte non pare fosse quello (generico) di impresa pubblica, bensì quello (più specifico) di società *in house*. Nella specie, infatti, sussistevano non solo i caratteri tipici dell'impresa pubblica, ma anche (verosimilmente) i caratteri più specifici della società *in house*¹⁷ (capitale interamente pubblico -nella specie per più del 99%-, attività svolta prevalentemente nello svolgimento dei compiti assegnati dall'ente o dagli enti proprietari -si ricorda che la società A) era concessionaria dei servizi negli aeroporti di Linate

dato che essa riguarda pur sempre una richiesta di risarcimento dei danni causati da un aiuto di Stato illegittimo.

¹⁶ Sentenza della Corte, punto 37.

Va peraltro segnalato che la Commissione ha da gran tempo utilizzato l'istituto dell'impresa pubblica (e la relativa disciplina in tema di trasparenza delle relazioni finanziarie) come parametro per stabilire la sussistenza o meno di un aiuto di Stato. E così, già nella Comunicazione 20.12.2011, C (2011) 9406 sulla “Disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico”, aveva precisato (punto 18) che “un aiuto verrà considerato compatibile con il mercato interno a norma dell'art. 106, par. 2, del Trattato soltanto se l'impresa rispetta, ove applicabile, la direttiva 2006(111)/CE. Si ritiene che gli aiuti che non rispettano tale direttiva compromettano lo sviluppo degli scambi in misura contraria all'interesse dell'Unione, a norma dell'art. 106, par. 2, del Trattato”.

¹⁷ La cui configurazione è dovuta, originariamente, alla giurisprudenza della Corte: cfr. Corte giust., 18 novembre 1999, in causa C-107/98, *Teckal*, ECLI:EU:C:1999:562; Corte giust., 7 dicembre 2000, in causa C-94/99, *ARGE*, ECLI:EU:C:2000:677.

Attualmente l'istituto è codificato nell'art. 17 della Direttiva 2014/23/UE, nell'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE e nell'art. 28 della Direttiva 2014/25/UE.

e Malpensa- e persino il “controllo analogo”¹⁸, se è vero quanto rilevato dalla Commissione e, cioè, che “il ruolo del Comune è andato al di là di quello di un normale azionista”¹⁹).

Si potrebbe obiettare, peraltro, che una chiave di lettura basata sulle logiche della società *in house* finirebbe per essere fuorviante, dato che tale istituto non è contemplato nell'ambito della disciplina degli aiuti di Stato. Ma, a parte quanto si è già evidenziato in ordine alle necessità scaturenti dal substrato sostanziale della figura -che, come tale, esorbita dai singoli settori del diritto dell'Unione- e a parte quanto si dirà nel prosieguo (*infra* al par. 8), anche la specifica disciplina degli aiuti di Stato pare dare rilevanza al fenomeno della considerazione unitaria di più soggetti formalmente distinti.

In particolare, proprio nell'ambito degli aiuti di Stato è stata elaborata la figura dell'impresa unica, sia pure in un contesto particolare, per finalità diverse dal quelle qui prese in considerazione e con requisiti molto meno stringenti dell'*in house*²⁰. Ma ciò dimostra che il fenomeno del gruppo societario è di per sé

¹⁸ Come è noto “Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi ai sensi del presente paragrafo, primo comma, lettera a), quando esercita un'influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore” (art. 17 par. 1, lett. c) della citata Direttiva 2014/23/UE. Identica definizione si rinvia nelle altre due Direttive, agli articoli già richiamati.

¹⁹ Il convincimento della Commissione che il Comune operasse sulla società A) un controllo esorbitante da quello di un normale azionista (ancorché quasi totalitario) scaturiva da una serie di rilievi, costituiti dalla nomina dei membri del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, da pratiche amministrative che manifestavano un controllo sugli amministratori e dal coinvolgimento del Comune stesso nelle decisioni più importanti e strategiche della società (cfr. decisione della Commissione, punti 190-217).

²⁰ In argomento si può vedere C.E. BALDI, *La disciplina degli aiuti di Stato*, Santarcangelo di Romagna, 2018, 199 ss. e 208 ss., che ricorda che tale istituto ha lo scopo di individuare l'insieme dei soggetti, che, in quanto appartenenti ad un gruppo o ad un'aggregazione di imprese, devono essere considerate unitariamente ai fini della fruizione del trattamento sugli aiuti *de minimis*.

Il Regolamento della Commissione del 18 dicembre 2013, UE 1408/2013 all'art. 2, par. 2, così definisce l'istituto:

“Ai fini del presente regolamento, si intende per «impresa unica» l'insieme delle imprese fra le quali esiste almeno una delle relazioni seguenti:

- a) un'impresa detiene la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci di un'altra impresa;
- b) un'impresa ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione, direzione o sorveglianza di un'altra impresa;
- c) un'impresa ha il diritto di esercitare un'influenza dominante su un'altra impresa in virtù di un contratto concluso con quest'ultima oppure in virtù di una clausola dello statuto di quest'ultima.
- d) un'impresa azionista o socia di un'altra impresa controlla da sola, in virtù di un accordo stipulato con altri azionisti o soci dell'altra impresa, la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci di quest'ultima;

rilevante e può essere almeno astrattamente utile anche per inquadrare la vicenda in esame.

Come è noto, la società *in house* descrive quel particolare fenomeno organizzativo, per cui sussiste una sostanziale indistinzione tra ente (o enti) controllanti e società controllata. Infatti, la società *in house* non presenta “un centro di interessi davvero distinto dall’ente pubblico che la ha costituita e per il quale opera”²¹.

È, per tali ragioni, che fin dalla sentenza *Teckal* del 1999²² la Corte di giustizia ha escluso che l’affidamento di lavori e servizi a detta società ricadesse nell’ambito di applicazione della disciplina comunitaria degli appalti pubblici e necessitasse, dunque, della pubblicità e delle procedure di gara ivi previste. Infatti la società *in house*, pur avendo formalmente una distinta personalità giuridica, non si distinguerebbe sostanzialmente dall’ente pubblico (nella società monopartecipata) o dagli enti pubblici (nella società pluripartecipata) titolari dell’intero pacchetto azionario o del complesso delle quote: si tratterebbe, dunque, di un organo²³ (sia pure indiretto) dell’ente o degli enti proprietari.

Tutto ciò ha ovvie ripercussioni sul patrimonio di una tale società. Tant’è che è stato rilevato che “la distinzione tra patrimonio dell’ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità”²⁴.

Se sussistono, dunque, i caratteri propri della società *in house* ben si può comprendere, ed anche giustificare, che le risorse da questa movimentate per erogare vantaggi economici a terzi siano a tutti gli effetti “risorse pubbliche”. Fornendo così una piana dimostrazione della presenza del primo (e imprescindibile) requisito degli aiuti di Stato, costituito, appunto dall’impiego di “risorse pubbliche”.

Le imprese fra le quali intercorre una delle relazioni di cui al primo comma, lettera da a) a d), per il tramite di una o più altre imprese sono anch’esse considerate un’impresa unica”.

²¹ Così la nostra Corte Cass., Sez. Un., 23 novembre 2013, n. 26283, punto 5, seguendo la linea interpretativa della Corte di giustizia.

²² Già citata in nota 16.

²³ In tal senso è pacificamente orientata la giurisprudenza nazionale. In particolare il Consiglio di Stato da tempo ha parlato in proposito di “delegazione interorganica” (sez. V, 9 maggio 2001, n. 2605), e di “società organo” (sez. V, 30 aprile 2009, n. 2765). Più di recente lo stesso Consiglio di Stato (sez. consultiva sugli atti normativi, parere, 28 settembre/7 ottobre 2021, n. 1614), ha avuto modo di precisare che “la materia è stata oggetto di numerose pronunce di questo Consiglio (si vedano, da ultimo, sez. I, n. 1374 del 3 agosto 2021, e n. 1389 del 7 maggio 2019, nonché sez. III, n. 1385 del 25 febbraio 2020), che ha sempre ribadito come la società *in house* sia equiparabile ad un “ufficio interno” dell’ente pubblico che l’ha costituita, sicché non sussiste tra l’ente e la società un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale, ed è questa caratteristica l’unica a giustificare l’affidamento diretto, senza previa gara, di un appalto o di una concessione”.

²⁴ Cfr. Cass., Sez. Un., 23 novembre 2013, n. 26283, cit., punto 4.3.

3. *Segue: l'imputabilità allo Stato*

Ma le logiche proprie della società *in house* possono servire anche per spiegare altro aspetto di detto requisito. Costituito, come si è anticipato, dalla imputabilità allo Stato dell'intera operazione (e cioè dell'erogazione di benefici economici).

Secondo la Corte, "l'imputabilità non può essere dedotta dal solo fatto che i vantaggi sono stati concessi da un'impresa pubblica controllata dallo Stato"²⁵. Viceversa è "necessario verificare se si debba considerare che le autorità pubbliche abbiano avuto un qualche ruolo nell'adozione di tali misure"²⁶.

Il che rileva non solo per la sussistenza dei requisiti dell'aiuto di Stato (e, dunque, per la fondatezza/infondatezza del ricorso proposto dal Comune di Milano), ma prima ancora per la legittimazione stessa del Comune di Milano ad agire in giudizio.

Infatti la Commissione in primo grado aveva eccepito che il Comune di Milano sarebbe stato privo di legittimazione ad impugnare la decisione di recupero degli aiuti, perché ente diverso dal soggetto erogatore dell'aiuto medesimo (la società A). Ma è stato agevole per il Tribunale respingere tale formalistica eccezione, osservando che "se il ricorrente è l'autorità pubblica che è stata implicata nell'adozione delle misure in questione al punto che esse gli sono imputabili [...], è il ricorrente a dover essere considerato quale erogatore dell'aiuto"²⁷.

In ordine al merito della questione, la Corte ha precisato preliminarmente che "non si può pretendere che venga dimostrato, sulla base di un'indagine precisa, che le autorità pubbliche abbiano concretamente incitato l'impresa pubblica ad adottare le misure di aiuto in questione. Infatti, l'imputabilità allo Stato di una misura di aiuto adottata da un'impresa pubblica può essere dedotta da un insieme di indizi risultanti dalle circostanze del caso di specie e nel contesto nel quale detta misura è stata adottata"²⁸.

²⁵ Cfr. Corte giust., 16 maggio 2002, in causa C-482/99, *Francia/Commissione (Stardust)*, cit. Cfr. anche Tribunale, 26 giugno 2008, *SIC/Commissione*, causa T-442/03, ECLI:EU:T:2008:228, punti 93 e ss.

²⁶ Sentenza, punto 46, che richiama in proposito Corte giust. 17 settembre 2014, causa C-242/13, *Commerz Nederland*, ECLI:EU:C:2014:2224, punto 31 e giurisprudenza ivi citata.

"Infatti, anche nel caso in cui lo Stato sia in grado di controllare un'impresa pubblica o di esercitare un'influenza dominante sulle operazioni di quest'ultima, l'esercizio effettivo di tale controllo nel caso concreto non può essere automaticamente presunto[...]

Nella fattispecie la Commissione, nella decisione controversa, ha assunto come unico criterio organico, secondo il quale il *Crédit Lyonnais*, *l'Altus* e la *SBT*, in quanto imprese pubbliche, si trovavano sotto il controllo dello Stato. Alla luce di tale fatti, occorre constatare come tale interpretazione del criterio dell'imputabilità allo Stato sia erronea" (Corte giust., 16 maggio 2002, in causa C-482/99, *Francia/Commissione (Stardust)*, cit., punti 52 e 58).

Cfr. anche Corte giust., 16 maggio 2002, in causa C-482/99, *Francia/Commissione (Stardust)*, cit., punti 52, 55 e 56.

²⁷ Sentenza Trib., cit., punto 41.

²⁸ Sentenza punto 47, che richiama al riguardo Corte giust., 17 settembre 2014, causa C-242/13, cit., punto 32 e giurisprudenza ivi citata.

Nel caso di specie gli indizi si sono concentrati, sia in primo che in secondo grado, sull'accordo sindacale del 2002, di cui già si è fatto un primo cenno. Infatti, la Corte sottolinea che tale accordo, sottoscritto anche dal Comune di Milano, comportava l'obbligo, da parte della società A, di ripianare le perdite della società B per almeno cinque anni: sicché il Comune di Milano, che ha partecipato come detto alla negoziazione e alla conclusione di detto accordo, è risultato per ciò solo coinvolto nelle contestate operazioni di aumento di capitale della società B e nell'aiuto di Stato che esse hanno prodotto²⁹.

È sulla base di tali "indizi positivi", che la Corte ha respinto il relativo motivo di impugnazione, che lamentava la deduzione di mere presunzioni negative (improbabilità dell'assenza di coinvolgimento delle autorità pubbliche), confermando dunque quanto giudicato dal Tribunale. Il quale aveva individuato proprio nell'accordo sindacale del 2002 un indizio determinante per dimostrare il coinvolgimento del Comune di Milano nella decisione di concedere le misure di ricapitalizzazione alla società B e correlativamente un "elemento di prova di imputabilità", che "si aggiunge, in modo decisivo, ai legami organici e di controllo esistenti" tra il Comune di Milano e la società A.

Tale imputabilità, così ricostruita, consente al Giudice dell'Unione di accertare anche questo aspetto del primo requisito perché vi sia aiuto di Stato. Il tutto in coerenza con l'impostazione della Commissione in sede procedurale e sostanziale, ma non in sede processuale, ove viceversa aveva opposto, in primo grado, la contraria (e contraddittoria) eccezione di carenza di legittimazione, di cui si è fatto cenno.

In conclusione, l'imputabilità dell'erogazione delle misure economiche al Comune di Milano scaturisce da un suo qualche coinvolgimento attivo nell'operazione³⁰. Il che potrà soddisfare i requisiti elaborati dalla giurisprudenza della

²⁹ Si legge, infatti, nel punto 53 della sentenza che "il Tribunale ha considerato, in primo luogo, che i termini dell'accordo sindacale del 26 marzo 2002 creassero un obbligo chiaro e preciso per la SEA di ripianare, quantomeno per un periodo di cinque anni, le perdite della SEA Handling. In secondo luogo, esso ha ritenuto che, con la sottoscrizione di tale accordo, il Comune di Milano avesse formalmente dato il suo avvallo, anche nella sua qualità di azionista di maggioranza della SEA, riguardo non solo all'insorgenza di tale obbligo, ma anche al suo rispetto e la sua attuazione successivi da parte della SEA. In terzo luogo, ne ha dedotto che la partecipazione attiva del Comune di Milano alla negoziazione e alla conclusione di detto accordo costituiva un elemento chiave di prova del coinvolgimento delle autorità italiane nella concessione delle misure in questione".

³⁰ Il che richiama alla mente la giurisprudenza nazionale in tema di responsabilità per attività di direzione e coordinamento, ex art. 2497 cod. civ. Essa non è implicita nel controllo ex art. 2359 cod. civ., dato che l'art. 2497 *sextis*, che lo richiama, "si limita a individuare in via presuntiva la soggezione astratta al potere di direzione e coordinamento delle società controllate": resta viceversa "l'onere di chi agisce ex art. 2497 cod. civ. di provare l'esercizio in fatto dell'eterodirezione con riguardo alle operazioni gestorie contestate" (Trib. Milano, Sez. spec. Imprese, 10 novembre 2015, n. 13179; cfr. anche Trib. Milano, Sez. spec. Imprese, 14 dicembre 2016, n. 13636).

Infatti, "risulta [...] consolidata l'opinione, che codesto Collegio condivide, secondo la quale

Corte in ordine a detta imputabilità³¹, ma non spiega, sotto un profilo giuridico (e in mancanza di un rapporto di rappresentanza o collegamento organico), come l'attività di un soggetto (nella specie la società A) possa essere imputato ad un altro (il Comune di Milano): intendendo per imputazione non solo una paternità morale o politica dell'operazione, ma la riconducibilità giuridica dell'operazione stessa (e dei suoi effetti) all'ente controllante, sì da poter affermare, come si è visto ha fatto il Tribunale nel respingere l'eccezione di carenza di legittimazione del Comune di Milano, che è quest'ultimo che deve essere considerato il soggetto "erogatore dell'aiuto".

Anche in questo caso, viceversa, ben più significativo ed esauriente avrebbe potuto essere l'inquadramento della vicenda nell'ambito della società *in house*. La quale, essendo soggetto solo formalmente, ma non sostanzialmente distinto dall'ente controllante (tant'è che si parla di fenomeno di autoproduzione e non di esternalizzazione), è idonea a spiegare pianamente l'imputabilità dell'operazione all'ente di appartenenza, con cui vi è immedesimazione organica.

Tutto ciò vale per i rapporti tra Comune di Milano e società A.

perché sussista direzione e coordinamento non sufficiente il controllo "statico" della società sottoposta, ma è necessaria una attività di significativo e determinante condizionamento dell'autonomia gestionale della società controllata, concretantesi nell'esercizio di un insieme di atti di indirizzo idonei a incidere sulle scelte strategiche e operative di carattere finanziario, industriale e commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali.

A tale conclusione si deve necessariamente pervenire ove si osservi che la individuazione di una situazione di direzione e coordinamento comporta ex lege in capo alla controllante non solo gli obblighi pubblicitari e informativi sopra richiamati (art. 2497-bis c.c.), ma anche l'obbligo di motivazione delle decisioni influenzate dalla direzione unitaria (art. 2497-ter c.c.) [...]" (Trib. Mantova, sez. II, 16 ottobre 2014, n. 13.179).

Infatti, "a fronte della allegazione di attività di etero direzione dannosa sull'attore incombe la dimostrazione che l'atto o l'attività dannosa che si assume compiuta dagli amministratori della società etero diretta, per effetto dell'influenza della dirigente, non è sorretto da una giustificazione economicamente razionale nella prospettiva della controllata, mentre è coerente con un "disegno di gruppo" tale per cui l'atto o l'attività dannosa ha determinato un vantaggio solo per l'ente dirigente – o per altra società del gruppo" (Trib. Milano, Sez. spec. Imprese, 10 novembre 2014, n. 7027).

³¹ La citata Comunicazione della Commissione sugli "Orientamenti" (punto 39) così sintetizza la giurisprudenza della Corte: "La Corte ha inoltre stabilito che anche se lo Stato è in grado di controllare un'impresa pubblica e di esercitare un'influenza dominante sulle attività di quest'ultima, l'esercizio effettivo di tale controllo in un caso particolare non può essere automaticamente dato per scontato. Pertanto è necessario valutare se misure concesse da imprese pubbliche siano imputabili allo Stato. La Corte ha segnalato che l'imputabilità allo Stato di una misura adottata da un'impresa pubblica può essere dedotta da un insieme di indicatori derivanti dalle circostanze del caso e dal contesto nel quale la misura è stata presa".

La medesima Comunicazione elenca, al punto 43, gli indizi ritenuti rilevanti. Tra i quali risultano particolarmente pertinenti al caso di specie le ipotesi:

- "b) la presenza di legami organici tra l'impresa pubblica e lo Stato [...]
- d) l'integrazione dell'impresa pubblica nelle strutture dell'amministrazione pubblica [...];
- g) l'intensità del controllo esercitato dalle autorità pubbliche sulla gestione delle imprese".

4. *Il soggetto beneficiario delle risorse pubbliche: aiuti di Stato ad una società in house?*

Il caso di specie presenta peculiarità di rilievo anche sotto il profilo del soggetto beneficiario dell'aiuto, dato che quest'ultimo è rappresentato dalla società B, a sua volta sorta per gemmazione dalla società A. Dunque si tratta di un soggetto creato appositamente dall'autore materiale dell'aiuto e sottoposto totalmente al controllo di quest'ultimo (a seguito di scorporo di un ramo di azienda – quello relativo alle operazioni di terra –, con la creazione di una società *ad hoc*, con capitale interamente detenuto dalla stessa società A³²).

In tale contesto pare arduo ritenere che il soggetto beneficiario dell'aiuto sia estraneo all'autore (materiale) dell'aiuto stesso. Anzi, proprio le logiche della società *in house* (questa volta con riferimento alla società B) portano a ritenere che si tratti nella sostanza di un unico centro decisionale, tant'è che l'affidamento diretto (e senza gara) delle attività di assistenza di terra può giustificarsi solo in tale contesto logico-giuridico.

La Corte di giustizia parla, a proposito di tale affidamento diretto, come di “un'operazione interna, denominata anche «contratto in house»³³. Dunque un'operazione racchiusa nella struttura organizzativa dell'ente pubblico proprietario (direttamente o indirettamente) della società *in house*.

Peraltro, per aversi aiuto di Stato è necessario che sussista un vantaggio selettivo per un'impresa, idoneo a falsare la concorrenza del mercato europeo. Dunque si deve trattare di un vantaggio economico offerto a terzi, non essendo concepibile un aiuto di Stato all'interno dello stesso ente che lo eroga: non è concepibile, in altri termini, un aiuto di Stato elargito da un soggetto pubblico a se stesso.

Al riguardo pare singolare anche la genesi della fattispecie. Come si è già esposto, la creazione di una società *ad hoc* per i servizi di assistenza di terra è stata operata per dar attuazione alla Direttiva 96/67/CE, che ha imposto la separazione contabile di detti servizi dagli altri attinenti alla gestione aeroportuale.

La società A non si è limitata a detta separazione contabile, ma ha dato luogo ad un nuovo soggetto (la società B), così operando anche la separazione giuridica. Se avesse optato per la prima soluzione (come era consentito), la mera separazione contabile non la avrebbe ovviamente mai esposta all'accusa di erogazione di aiuti di Stato, anche se i costi, complessivamente considerati, fossero stati uguali (o addirittura superiori) a quelli derivanti dai cospicui aumenti di capitale a favore della società B. Avendo, viceversa, optato per la separazione anche giuridica (secondo un indirizzo promosso dalla stessa Commissione), logica vorrebbe che i risultati fossero uguali, trattandosi comunque dello stesso

³² Cfr. punto 25 della decisione della Commissione.

³³ Cfr. Corte giust., ordinanza 6 febbraio 2020, nelle cause riunite C-89/19, C-90/19 e C-91/19, *Rieclo*, ECLI:EU:C:2020:87.

gruppo societario, facente capo essenzialmente al Comune di Milano (almeno nel periodo rilevante per l'operazione contestata).

Tuttavia tale *iter* argomentativo è destinato a soccombere di fronte al chiaro dettato normativo dell'art. 106 del TFUE, che, come è noto, vieta agli Stati membri di adottare nei confronti delle imprese pubbliche (nonché nei confronti delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale) misure contrarie al Trattato³⁴ e, comunque, misure esorbitanti le necessità del servizio di interesse economico generale³⁵. In particolare, risulta vietata ogni misura contraria alla disciplina degli aiuti di Stato, ivi espressamente richiamata.

La società *in house* è una *species* dell'impresa pubblica, come si è già ricordato. Dunque non può non applicarsi ad essa un divieto che riguarda l'intera categoria presa in considerazione dal Trattato³⁶.

Infatti, "la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi [con riferimento, appunto, all'affidamento *in house*, n.d.r.] non può essere illimitata. Essa deve al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del Trattato UE"³⁷, tra le quali certo sono da annoverare quelle degli aiuti di Stato.

³⁴ Cfr., per tutti, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 356 ss.

³⁵ La Commissione ritiene possibile (Comunicazione sugli *Orientamenti*, cit. punto 72) che la gestione complessiva di un aeroporto possa essere qualificato come un servizio di interesse economico generale, ma con una valutazione caso per caso e tutto sommato in ipotesi alquanto circoscritte. In tali casi trova applicazione l'art. 106, par. 2, del TFUE, con le implicazioni che ne derivano.

Sul tema si segnala J. BOKOBZA, N. IMBERT, *Aviation*, in, *EU Competition Law: State Aid*, (ed. by) L. FLYNN N. PESARESI, C. SIATERLI, K. VAN DE CASTEELE, *Aid*, Claeys and Casteels, 2016.

³⁶ Qualche dubbio al riguardo è stato sollevato (ma per mero scrupolo) dal Consiglio di Stato, riguardo ad un'ipotesi relativa ad un affidamento diretto del servizio di trasporto su ruote. Si legge, infatti, nell'ordinanza della sez. VI, del 7 marzo 2022, n. 1620, di remissione alla Corte di giustizia, che "non sembra che la sussistenza di un affidamento diretto ad un operatore interno, di per sé, osti alla configurazione di un aiuto di Stato, non potendosi escludere -a prescindere all'emersione di una relazione meramente organizzativa con l'ente affidante- che l'ente affidatario, beneficiario del trattamento agevolato, operi nel mercato in condizioni di vantaggio rispetto ai concorrenti: tale rilievo, operato dalla giurisprudenza nazionale (cfr., tra gli altri, Cass. Civ. Sez. V, Sent., 23 settembre 2020, n. 19935) sembra, invece, confliggere con quanto rappresentato dalla Commissione nell'ambito della Comunicazione 2002/C 172/02 cit., in cui si evidenzia che "il soggetto privato o pubblico che gestisca un'infrastruttura di trasporti e che non faccia parte della struttura amministrativa dello Stato sarà sempre da considerarsi 'impresa'", con la conseguenza che, di contro, in presenza di una relazione organizzativa interna, propria dell'aggiudicazione ad operatore interno, sembrerebbe escludersi la configurazione di un'impresa ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di aiuti di Stato.

Qualora la Corte di Giustizia ritenesse possibile ascrivere la qualifica di impresa ex art. 107, comma 1, TFUE in capo ad un operatore interno ai sensi dell'art. 2, lett. j, regolamento n. 1370 cit., dovrebbe vagliarsi la sussistenza di un aiuto di Stato" (ordinanza cit. punti 139 e 140).

³⁷ Corte giust., ordinanza 6 febbraio 2020, in causa C-89/19 e C-91/19, *Rieco*, ECLI:EU:C:2020:87, punto 37.

In altri termini, né la struttura organizzativa del gruppo societario³⁸, né la più specifica figura della società *in house*³⁹ sono in grado di derogare la disciplina degli aiuti di Stato. Anzi tale disciplina costituisce un limite alla rilevanza di quest'ultimo istituto, almeno per tutti quegli aspetti che si rivelino incompatibili con lo stesso.

Nella specie si trattava pur sempre di un'impresa attiva nel mercato (stando a quanto si desume dall'accordo sindacale del 2002⁴⁰, che era diretto proprio a preservare “le sue capacità di gestione” e a migliorare “sensibilmente le sue possibilità di operare sui mercati nazionali e internazionali”). Si trattava, pertanto, di un'impresa suscettibile di essere beneficiaria di aiuti di Stato⁴¹, indipendentemente dallo status giuridico⁴², che per altro verso la connotava.

La questione principale è stata dunque incentrata sulla attitudine della misura controversa ad operare una distorsione della concorrenza.

5. *Il criterio dell'investitore privato in economia di mercato ed il problema dell'onere della prova*

Nel caso di specie, il *focus* dell'indagine in ordine all'aiuto di Stato non ha riguardato il momento dell'affidamento dalla società A alla società B dei compiti

³⁸ Infatti la struttura del gruppo societario di per sé non preclude che sussista un aiuto di Stato illegittimo. Cfr. Corte giust., 11 luglio 1996, in causa C-39/94, *SFEI*, ECLI:EU:C:1996:285, punto 97 ove è stato giudicato che “la fornitura di assistenza logistica e commerciale da parte di un'impresa pubblica alle sue controllate di diritto privato attive in un settore aperto alla libera concorrenza può costituire un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92 del Trattato quando la remunerazione ricevuta come contropartita è inferiore a quella che sarebbe stata richiesta in condizioni normali di mercato”.

³⁹ Tale impostazione è stata da ultimo confermata il 7 maggio 2021 dalla Commissione nella procedura “Aiuto di Stato SA.39639 (2021/C ex 2021/NN) — Presunte misure di aiuti di Stato a favore del consorzio Cineca Invito a presentare osservazioni a norma dell'articolo 108, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea” ove al punto 103 ha osservato che “il fatto che le autorità attribuiscono un servizio pubblico a un fornitore in house non esclude, di per sé, una possibile distorsione della concorrenza”.

In ordine a un recente caso di aiuto di Stato ad un'impresa pubblica (*Tirrenia spa*), sia essa o meno una società *in house*, ancorchè partecipata al 100% dallo Stato, si può vedere la decisione della Commissione, 2 marzo 2020, n. 2020/1412.

⁴⁰ Già richiamato *supra* al par. 1.

⁴¹ In un precedente caso, relativo ad aiuti statali ad una società *in house* del Comune di Napoli (cfr. Corte giust., sez. II, 29 luglio 2019, in causa C-659/17, *INPS c. Azienda Napoletana Mobilità S.P.A.*, ECLI:EU:C:2019:633 con nota di M. SALERNO, *Aiuti di Stato alle società in house: fino a che punto i mercati locali sfuggono alle regole della concorrenza?*, in *DPCE online*, 2019, 4, la materia del contendere si è incentrata sui temi consueti della idoneità della misura ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri e sulla idoneità a falsare la concorrenza. In particolare, i temi aperti riguardavano la sussistenza o meno di una concorrenza nello specifico mercato del beneficiario dell'aiuto e l'estensione dell'attività di quest'ultimo su altri mercati aperti ad una effettiva concorrenza.

⁴² Cfr. per tali concetti, *ex multis*, Tribunale, 24 marzo 2011, in cause riunite T-443/08 e T-455/08, *Freistaat Sachsen e a./Commissione*, ECLI:EU:T:2011:117.

intestati alla prima in base al rapporto concessorio in essere con le autorità pubbliche e relativi ai servizi di assistenza a terra negli aeroporti. Né ha riguardato le “compensazioni” eventualmente necessarie per lo svolgimento di tali compiti⁴³. Ha riguardato viceversa, come si è anticipato, le numerose operazioni della società A dirette ad operare aumenti di capitale della società B, per ripianare le forti perdite, da quest'ultima subite.

In tale contesto il criterio più appropriato, per stabilire la sussistenza o meno del contrasto con l'art. 107 TFUE, non poteva essere⁴⁴ che quello dell'investitore privato in economia di mercato⁴⁵. Il che implica una distinzione preliminare tra

⁴³ Le quali, del resto, sono esentate dall'obbligo di notifica, di cui all'art. 108, par. 3, TFUE, solo entro certi limiti. Infatti, la più volte citata Comunicazione della Commissione sugli *Orientamenti*, seppure richiama i criteri *Altmark*, perchè un aiuto di Stato possa essere considerato compatibile con il mercato interno, ai sensi dell'art. 106, par. 2, TFUE, esclude l'obbligo di notifica solo per gli aeroporti con un traffico annuale di passeggeri tutto sommato limitato (Comunicazione, cit. punto 75). Sul punto si segnala anche la “Comunicazione della Commissione concernente la proroga del regime specifico di aiuti al funzionamento per gli aeroporti con una capacità fino a 700.000 passeggeri all'anno, previsto dagli orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree” (2018/C 456/06).

⁴⁴ Infatti “risulta parimenti da costante giurisprudenza che le condizioni che devono ricorrere affinché una misura possa ricadere nella nozione di “aiuto” ai sensi dell'articolo 87 CE non sono soddisfatte qualora l'impresa pubblica beneficiaria potesse ottenere lo stesso vantaggio rispetto a quello procurato per mezzo di risorse statali e in circostanze corrispondenti alle normali condizioni del mercato, ove tale valutazione dev'essere effettuata, per le imprese pubbliche, applicando, in linea di principio, il criterio dell'investitore privato (v. in tal senso, sentenze del 21 marzo 1991, Italia/Commissione, C-303/88, Racc. pag. I-1433, punto 20; del 16 maggio 2002, Francia/Commissione, C-482/99, Tacc. Pag. I-4397, punti 68-70, nonché Comitato “Venezia vuole vivere” e a./Commissione, cit. supra, punto 91 e giurisprudenza citata)” (Corte giust., Grande Sezione, 5 giugno 2012, in causa C-124/10P, *Commissione/EDF*, ECLI:EU:C:2012:318 punto 78).

Particolarmente significativa al riguardo è la sentenza che probabilmente ha inaugurato l'applicazione del criterio (Corte giust. 10 luglio 1986, in causa C-40/85, *Belgio c. Commissione*, ECLI:EU:C:1986:305). Ivi si legge che “Onde accertare se un siffatto provvedimento abbia la natura di aiuto statale, è opportuno applicare il criterio indicato nella decisione della Commissione [...] che si basa sulla possibilità per l'impresa di procurarsi le somme in questione sul mercato privato dei capitali. Nell'ipotesi dell'impresa in cui la quasi totalità del capitale sociale sia nelle mani delle pubbliche autorità, si deve in particolare valutare se, in circostanze analoghe, un socio privato, basandosi sulle possibilità di reddito prevedibile, astrazione fatta da qualsiasi considerazione di carattere sociale o di politica regionale o settoriale, avrebbe effettuato lo stesso conferimento di capitale”.

⁴⁵ La Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato, anch'essa citata, chiarisce in modo esemplare il contesto di tale criterio, come segue: “Le operazioni economiche effettuate da enti pubblici (comprese le imprese pubbliche) non conferiscono alcun vantaggio alle controparti e pertanto non costituiscono aiuto, se sono svolte alle normali condizioni di mercato. Questo principio è stato sviluppato in relazione a diverse operazioni economiche. Per individuare la presenza di aiuti di Stato nel caso di investimenti pubblici (in particolare, conferimenti di capitale), gli organi giurisdizionali dell'Unione hanno elaborato «criterio dell'investitore in un'economia di mercato»: al fine di stabilire se l'investimento di un ente pubblico costituisca un aiuto di Stato, è necessario valutare

scelte compiute dallo Stato (e, in generale, dall'amministrazione) in qualità di azionista e quelle compiute in qualità di potere pubblico⁴⁶.

Solo le prime rilevano al riguardo. Dovendosi stabilire se un operatore privato, seguendo le regole di mercato, "avrebbe conferito, in condizioni analoghe, un importo di entità pari a quella conferito dall'investitore pubblico"⁴⁷.

L'onere della prova, che le condizioni di applicazione del principio dell'investitore privato non siano soddisfatte, spetta alla Commissione⁴⁸. La quale non potrebbe basarsi su una presunzione negativa, fondata sull'assenza di informazioni, dovendo viceversa basarsi su elementi atti a dimostrare positivamente che l'impresa abbia beneficiato di un vantaggio non giustificato da logiche di razionalità economica.

Tuttavia, "poiché la Commissione non ha una conoscenza diretta delle circostanze in cui è stata adottata una decisione di investimento, essa deve basarsi [...], in larga misura, sugli elementi oggettivi e verificabili prodotti dallo Stato membro"⁴⁹. Il che, se non costituisce una vera e propria inversione dell'onere della prova, poco ci manca⁵⁰.

Nella specie la decisione della Commissione si è basata su elementi vari, tra i quali non è mancato quello diretto a stabilire se l'Amministrazione avesse preventivamente "comparato gli asseriti costi di esternalizzazione con quelli connessi con le misure di ricapitalizzazione [...] (copertura delle perdite), «che avrebbero potuto essere evitate esternalizzando alcune attività o la totalità delle attività di assistenza a terra a un operatore più competitivo»"⁵¹.

Quest'ultima considerazione richiama alla mente il criterio del "costo evi-

se, in circostanze analoghe, un investitore privato di dimensioni paragonabili che operi in normali condizioni di un'economia di mercato avrebbe realizzato l'investimento in questione" (punto 74).

⁴⁶ Sentenza della Corte, punto 106.

Infatti "emerge dalla giurisprudenza che, ai fini della valutazione della questione se la stessa misura sarebbe stata attuata, in normali condizioni di mercato, da un investitore privato operante in una situazione la più analoga possibile a quella dello Stato, devono essere presi in considerazioni unicamente i benefici e gli obblighi connessi alla posizione dello Stato nella sua qualità di azionista, ad esclusione di quelli connessi alla sua qualità di potere pubblico" (Corte giust., Grande Sezione, 5 giugno 2012, causa C-124/10, cit., punto 79).

⁴⁷ Sentenza, punto 105.

⁴⁸ Sentenza, punto 110.

⁴⁹ Sentenza, punto 112.

⁵⁰ Cfr. G. CONTALDI, *La nozione di aiuto di Stato*, in *eurojus*, fasc. 3, 2019 ove l'A. sottolinea come "Il problema del criterio dell'investitore privato è che esso ha determinato una sorta di inversione dell'onere della prova. Nel senso che è lo Stato che deve dimostrare di avere agito come un prudente investitore che opera in un'economia di mercato e deve quindi dimostrare di avere operato la scelta migliore, sulla base delle informazioni al momento disponibili".

⁵¹ Sentenza Tribunale, punto 126, richiamato sinteticamente al punto 112 della sentenza della Corte.

Sull'apertura al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti, cfr. la già richiamata direttiva 96/67/CE. Non si tratta, dunque, di un servizio soggetto a monopolio legale, nel senso indicato nel punto 188 della Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato, più volte richiamata.

tato”, che, com'è noto, è una metodologia ampiamente utilizzata -sia pure con un taglio diverso⁵²- per stabilire la congruità delle compensazioni degli obblighi di servizio pubblico. E al riguardo sarebbe stato interessante anche stabilire se i costi evitati dalla società A, conferendo i servizi di terra alla società B, fossero superiori o inferiori agli aumenti di capitale in concreto effettuati a favore di quest'ultima società.

Tuttavia è risultata decisiva la mancanza di alcuno studio economico preventivo in ordine alla necessità e convenienza degli aumenti di capitale contestati. L'elaborato peritale fornito dal Comune di Milano, ma redatto *a posteriori* da un esperto economista e diretto a dimostrare la razionalità economica dell'operazione compiuta, non è stato considerato adeguato allo scopo (nonostante lo stesso fosse contestualizzato ad un momento antecedente le operazioni di aumento di capitale): sul punto è valso il giudizio del Tribunale, che lo ha respinto a causa del “carattere lapidario e contraddittorio delle affermazioni ivi contenute”⁵³.

In realtà la mancanza di una valutazione *ex ante*, e in particolare la mancanza di uno studio basato sulle informazioni disponibili al momento di effettuare la scelta dell'aumento di capitale (come di qualunque altro investimento), è risultata determinante⁵⁴. Infatti, anche se astrattamente tale mancanza potrebbe essere superata dalla verifica dei risultati positivi della operazione, nella logica dell'operatore in un'economia di mercato (che si presume debba sempre preventivamente calcolare la redditività e i vantaggi economici dell'investimento) si tratta di un requisito pressoché ineludibile.

Sicché il giudizio negativo, operato dalla Commissione con la decisione impugnata, non è stato superato, né caducato in sede processuale. Infatti, “quan-

⁵² La Comunicazione della Commissione 20 dicembre 2011 C (2011) 9406, sulla *Disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico*, così descrive il criterio: “In base alla metodologia del costo evitato netto, il costo netto necessario – o che si prevede sia necessario – per ottemperare agli obblighi di servizio pubblico è calcolato come la differenza tra il costo netto per il fornitore del servizio soggetto ad un obbligo di servizio pubblico e il costo netto o utile del medesimo fornitore in assenza di tale obbligo. Va riservata una particolare attenzione alla corretta valutazione dei costi che si prevede che il fornitore del servizio eviti e delle entrate che si prevede questi non realizzi, in assenza dell'obbligo di servizio pubblico. Il calcolo del costo netto deve valutare i vantaggi, compresi per quanto possibile quelli immateriali, di cui beneficia il fornitore del SIEG”.

⁵³ Sentenza, punto 122.

⁵⁴ Tale aspetto è sottolineato dalla citata Comunicazione sugli “Orientamenti sugli aiuti [...]”, punto 51. Infatti “per quanto riguarda il finanziamento pubblico agli aeroporti, il test dell'analisi di conformità al MEO si dovrebbe basare su corrette prospettive di redditività *ex ante* per il soggetto che concede il finanziamento [...]. In assenza di un piano industriale gli Stati membri possono fornire un'analisi o documenti interni delle autorità pubbliche o dell'aeroporto interessato dai quali si evince chiaramente che un'analisi condotta prima della concessione del finanziamento pubblico ha dimostrato la conformità al MEO”.

In generale, sulla necessità di una valutazione *ex ante*, basata sulle informazioni disponibili alla data dell'operazione e sull'insufficienza di una valutazione retrospettiva, cfr., tra le tante, Corte giust. 5 giugno 2012, causa C-124/10, *Commissione/EDF*, ECLI:EU:C:2012:318, punti 83-85; Corte giust., 16 maggio 2002, in causa C-482/99, *Francia/Commissione (Stardust)*, cit., punti 71 e 72.

do gli apporti di capitali di un investitore pubblico prescindano da qualsiasi prospettiva di redditività, anche a lungo termine, essi non possono essere considerati conformi al criterio dell'investitore privato⁵⁵.

Con il che è risultata disattesa anche l'impostazione difensiva del Comune di Milano, che si basava sulla specificità della situazione della Società A, concessionaria degli aeroporti di Linate e Malpensa fino al 2041. Con la conseguenza che le prospettive di redditività avrebbero dovuto prendere in considerazione tale assai ampio arco temporale: ma ancora una volta il giudizio del Tribunale, in ordine alla assenza di stime e di proiezioni a medio e lungo termine dei costi, nonché in ordine alla assenza di valutazioni di scelte alternative di esternalizzazione dei servizi, è risultato decisivo per escludere la rilevanza di detta specificità.

6. *L'ampiezza del sindacato del Giudice dell'Unione*

A quest'ultimo proposito è risultata vana anche la richiesta di una nuova valutazione in fatto e in diritto dei risultati raggiunti dalla Commissione in applicazione del criterio dell'investitore privato. E si deve aggiungere che probabilmente il Comune di Milano aveva fornito un principio di prova diretto a dimostrare, se non l'erroneità, quanto meno l'opinabilità di dette conclusioni, in ragione della specificità del contesto (concessione a lungo termine), nel quale sono stati compiuti gli aumenti di capitale contestati.

Il che non pare privo di rilevanza nella fattispecie. Perché il criterio dell'investitore privato in economia di mercato, prima di costituire un canone di valutazione da parte della Commissione, doveva costituire un parametro di condotta da parte degli autori della ricapitalizzazione. La quale del resto è stata compiuta senza ulteriori finanziamenti diretti da parte del Comune di Milano.

Sicché la possibilità, pur remota, che una particolare declinazione di detto criterio avrebbe potuto giustificare l'operazione censurata (nel senso che la stessa avrebbe potuto rientrare “nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate”⁵⁶), avrebbe forse meritato un approfondimento nel merito tecnico/economico da parte del Giudice dell'Unione. Anche perché si tratta di criterio (quello dell'investitore privato) normalmente applicato ai finanziamenti diretti o indiretti dell'ente pubblico nei confronti dei terzi, mentre nella specie, pur trattandosi di “risorse statali” e di “aiuto” imputabile all'ente pubblico, i benefici economici risultano interamente racchiusi all'interno del gruppo sociale pubblico.

Ma il Tribunale, prima, e la Corte, poi, hanno opposto che “non spetta al Giudice dell'Unione sostituire la propria valutazione economica a quella della

⁵⁵ Sentenza, punto 114.

⁵⁶ Così Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, nell'ambito peraltro di un giudizio su un'infrazione antitrust.

Commissione”⁵⁷. Viceversa, “spetta al Tribunale assicurarsi [...] che tali valutazioni economiche complesse della Commissione non siano affette da errore manifesto di valutazione”⁵⁸.

Né son valsi i contrari richiami giurisprudenziali (in materia di controllo delle ammende irrogate per i cartelli), fatti valere dal Comune di Milano. E ciò perché, seppure è vero che la giurisprudenza richiamata impone un controllo approfondito in fatto e in diritto, la stessa risulterebbe inconferente nella specie, perché essa riguarda le infrazioni previste dagli artt. 101 e 102 TFUE, per le quali è prevista la competenza giurisdizionale anche in merito⁵⁹.

Viceversa, al di fuori di tali ambiti, il controllo giurisdizionale che “incombe al Tribunale”, in presenza di una valutazione economica complessa compiuta dalla Commissione (nella specie, in ordine all’applicazione del principio dell’ “operatore privato”), non può spingersi oltre un controllo estrinseco di detta valutazione. Del resto la Commissione prima e, almeno implicitamente il Tribunale, poi, avevano preso in considerazione la specificità della situazione, così come rappresentata dal Comune di Milano: “Il fatto che la Commissione, in ultima analisi, non abbia desunto da una situazione del genere che un investitore privato avveduto, titolare di una concessione a lungo termine, avrebbe agito allo stesso modo [della società A] si iscrive pienamente nell’ambito del suo margine di discrezionalità, e, come tale, è altresì sottratto al sindacato del Tribunale”⁶⁰.

Vale, dunque, il principio di carattere generale⁶¹ e, si direbbe, tradizionale, secondo cui “Risulta dalla giurisprudenza della Corte che un’autorità comunitaria, allorché è chiamata, nell’esercizio delle sue attribuzioni, a compiere valutazioni complesse, dispone per tale motivo di un ampio potere discrezionale il cui esercizio è assoggettato ad un controllo giurisdizionale limitato, il quale non implica che il giudice comunitario sostituisca la sua valutazione degli elementi di fatto a quella della detta autorità. Talché il giudice comunitario si limita, in casi del genere, ad esaminare l’esattezza sostanziale dei fatti e le qualificazioni giuridiche che questa autorità ne ha desunto e, in particolare, se l’operato di quest’ultima non sia inficiato da errore manifesto o da sviamento di potere, o se tale autorità non abbia manifestamente oltrepassato i limiti del proprio potere discrezionale”⁶². E anche se non mancano enunciazioni di un sindacato più

⁵⁷ Sentenza, punto 100.

⁵⁸ Sentenza, punto 115.

⁵⁹ Sentenza, punto 102, che richiama le conclusioni dell’Avvocato generale, punto 80.

⁶⁰ Conclusioni dell’Avvocato generale, punto 85.

⁶¹ Almeno secondo una impostazione originaria (cfr. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2018, 445). Cfr. anche, al riguardo, A. ALBANESE, *Il sindacato sulla discrezionalità nell’ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2018, 779 ss.

⁶² Corte giust., 21 gennaio 1999, in causa C-120/97, *Upjohn*, ECLI:EU:C:1999:14, punto 34.

incisivo⁶³, non risulta che esso si sia mai spinto sino al controllo sostitutivo di valutazioni tecniche complesse.

Se è questa la giurisprudenza prevalente sulle impugnazioni avverso le decisioni della Commissione, si deve riconoscere che la stessa non è certo di *full jurisdiction*, secondo i criteri individuati al riguardo dalla Corte EDU⁶⁴. Infatti, vuoi per la complessità delle valutazioni tecniche, vuoi per la preparazione essenzialmente giuridica dei giudici dell'Unione, vuoi per ragioni meramente prudenziali, gli apprezzamenti tecnici complessi della Commissione non possono essere assoggettati ad un controllo pieno, diretto e potenzialmente sostitutivo da parte del Tribunale e della Corte. Il che pare alquanto riduttivo. Sarebbe come arrendersi alla concezione dell'*ipse dixit*, che, come è noto, è disconosciuta (ed anzi stigmatizzata) dalla giurisprudenza della Corte EDU⁶⁵.

Del resto, seppur si tratta di impostazione consolidata del Giudice dell'Unione, non sono mancate aperture, che la sentenza in commento dimostra di non apprezzare nella loro ampia portata. Proprio le sentenze richiamate dal Comune di Milano, pur in tema di intese contrarie alle regole della concorrenza, hanno enunciato principi di un sindacato molto più incisivo, anche se rigorosamente limitato al controllo di legittimità e non di merito.

Ivi si legge infatti che “Il Giudice dell'Unione ha il compito di effettuare il controllo di legittimità ad esso incombente sulla base degli elementi prodotti dalle ricorrenti a sostegno dei loro motivi. In occasione di tale controllo, il giudice non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione, né per quanto riguarda la scelta degli elementi presi in considerazione in sede di applicazione dei criteri indicati negli orientamenti, né per quanto riguarda la valutazione di tali elementi, al fine di rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto.

⁶³ Mi riferisco a quella giurisprudenza che riconosce che il “giudice è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma anche ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono” (Corte giust., Grande sezione, 15 febbraio 2005, in causa C-12/03P, *Commissione c. Tetra Laval*, ECLI:EU:C:2005:87; cfr. anche Trib., 28 aprile 2010, in causa T-446/10, *Dow AgroSciences e Dintec Agroquímica – Produtos Químicos c. Commissione*, ECLI:EU:T:2015:639, punti 130 e 131, e Trib., 17 settembre 2007, in causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:289, punto 88).

Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte nella valutazione dei fatti e delle prove ed anche in ordine alla portata dell'errore manifesto, cfr. CRAIG, *Administrative Law*, cit., 463 ss.

⁶⁴ Come è stato giudicato, ad esempio, con riferimento alla *High Court* inglese, in quanto priva del potere di rivalutare le prove e di sostituire le valutazioni contestate con le proprie (Corte EDU, 14 novembre 2006, proc. n. 60860/00, *Tsfayo c. Regno Unito*).

⁶⁵ Infatti, “The right guaranteed an applicant under Article 6, § 1, of the Convention to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by ipse dixit of the executive” (Corte EDU, 10 luglio 1998, proc. N. 20390/92 e 21322/92, *Tinnelly and Sons Ltd and Others and McElduff and Others c. Regno Unito*, par. 77).

Il controllo di legittimità è completato dalla competenza estesa al merito riconosciuta al giudice dell'Unione dall'art. 17 del regolamento n. 17 e attualmente dall'art. 31 del regolamento n. 1/2003, conformemente all'art. 261 TFUE⁶⁶.

7. *Il giudizio di legittimità e la giurisprudenza della Corte EDU*

Come si può constatare, quest'ultima giurisprudenza ricollega il “controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto” pur sempre ad un sindacato di legittimità e, sotto questo profilo, enuncia principi ben diversi da quelli (tradizionali) della sentenza in commento. Sicché il punto critico finisce per essere quello di stabilire se un sindacato completo in fatto e in diritto di valutazioni tecniche complesse sia o meno compatibile con il giudizio di legittimità⁶⁷.

Si tratta di questione teorica di ordine generale⁶⁸, che chiaramente fuoriesce dalle presenti note.

Qui si può solo constatare che se un errore in dette valutazioni può ripercuotersi in una violazione della norma di riferimento (nella specie, quella che vieta gli aiuti di Stato), detto errore comporta un vizio di legittimità, sia nel caso

⁶⁶ Così Corte giust., 8 dicembre 2011, in causa C-272/09P, *KME Germany e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2011:810 punti 102-103. Dello stesso tenore Corte giust., 8 dicembre 2011, in causa C-386/10P, *Chalkor c. Commissione*, ECLI:EU:C:2011:815, punti 62-63.

⁶⁷ In sede nazionale il Consiglio di Stato (sentenza 4990/2019, cit.) è pervenuto alle seguenti conclusioni: “gli elementi descrittivi del divieto di intesa anticompetitiva, anche quelli valutativi e complessi, sono presi in considerazione dalla norma attributiva del potere, nella dimensione oggettiva di “fatto storico” accertabile in via diretta dal giudice, e non di fatto “mediato” dall'apprezzamento dell'Autorità. Per questi motivi, il giudice non deve limitarsi a verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, bensì deve procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie. Lo dimostra il fatto che, nelle azioni risarcitorie c.d. stand alone (ossia non procedute da una decisione dell'Autorità), il giudice civile -sia pure ai fini risarcitori- è chiamato a verificare direttamente ed in prima persona i presupposti dell'illecito, senza che occorra alcuna intermediazione di potere pubblico.

La sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del “mercato rilevante”) è un'attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto “libero” dell'apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni economiche. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di “attendibilità” va dunque sostituito un sindacato pieno di “maggiore attendibilità”.

⁶⁸ Anche se talvolta si parla di “opportunité technique ou politique d'une mesure”, come limite al sindacato del Giudice, dato che “les aspects extra-juridiques admissibles limitent le contrôle du juge” (J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2009, 315).

in cui esso sia manifesto, sia nel caso che, ancorché non manifesto, sia comunque sussistente (eventualmente alla luce di una perizia tecnica all'uopo disposta). Perché non solo nel primo caso, ma anche nel secondo, detto errore comporta l'applicazione di una norma inconferente al caso di specie e, dunque, un vizio di legittimità, come tale rientrante nei parametri consueti dell'art. 263, c. 2, del TFUE.

Si tratterebbe dunque di un sindacato (di legittimità) più intenso di quello che è generalmente accordato dal Giudice dell'Unione. Il che può ben essere spiegato utilizzando categorie ben note nella giurisprudenza (anche nazionale), che distingue tra sindacato "estrinseco" e "debole" della c.d. discrezionalità tecnica e sindacato viceversa "intrinseco" e "forte": intendendo con quest'ultimo un controllo che consenta al giudice anche di sostituire la propria valutazione tecnica a quella già effettuata dall'amministrazione⁶⁹.

Il problema così si collega alla tematica, più generale, della compatibilità dei limiti del sindacato estrinseco con la giurisprudenza della Corte EDU. La quale impone un sindacato pieno (*pleine jurisdiction*) e come tale completo in fatto e in diritto, almeno nei casi in cui la valutazione tecnica complessa costituisca il nucleo centrale della controversia⁷⁰.

Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, infatti, ogni "tribunale" dovrebbe poter decidere su ogni questione di fatto e di diritto, con possibilità di sostituirsi nelle valutazioni operate dalle autorità pubbliche, senza trovare una preclusione nelle relative determinazioni. Tale ampiezza di sindacato vale anche nel caso di valutazioni tecniche complesse, dato che non si può ammettere – a meno di non rinunciare al nucleo centrale delle garanzie del giusto processo – che sia l'amministrazione (e non il giudice) a dire l'ultima parola in ordine ai presupposti dell'esercizio del potere⁷¹. Infatti, secondo la Corte EDU, risultano in contrasto con l'art. 6, par. 1, della Convenzione "i casi nei quali le giurisdizioni nazionali non sono state in grado ovvero hanno rifiutato di esaminare una questione centrale della lite perché esse si consideravano vincolate dalle consta-

⁶⁹ Cfr., per tutti, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, 152 ss.

Cfr. anche F. CARINGELLA, *Compendio di diritto amministrativo*, Roma, 2016, 121 e giurisprudenza ivi citata. Con l'avvertenza però che detto sindacato "forte" è (prevalentemente) escluso per le scienze non esatte, data l'opinabilità del risultato. In tal caso, si dice, si tratta di apprezzamenti tecnici "riservati" all'amministrazione e come tali non superabili in giudizio.

⁷⁰ Cfr., per tutti, G. RAIMONDI, Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *A. Persona e Amministrazione*, 2018, 9 ss.

⁷¹ Ad esempio è stato giudicato che "Although [...] the decision to be taken necessarily had to be based on technical data of great complexity – a fact does not in itself prevent Article 6 being applicable – the only purpose of the data was to enable the Federal Council to verify whether the conditions laid down by law for the grant of an extension had been met" (Corte EDU, 26 agosto 1997, proc. 22110/93, *Balmer Schafroth and Others c. Svizzera*, par. 37).

tazioni di fatto o di diritto delle autorità amministrative ed era impedito loro di procedere ad un esame indipendente di tali questioni”⁷².

La problematica pare dunque più generale, comportando una chiara definizione dei rapporti tra diritto dell'Unione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della relativa vincolatività⁷³. Inoltre implica un preciso inquadramento della fattispecie tra le categorie rilevanti per la Corte EDU (quella delle sanzioni amministrative equiparabili alle penali, ovvero quella dei diritti civili incisi da statuizioni dell'autorità amministrativa).

In linea di prima approssimazione, peraltro, il tema degli aiuti di Stato e della relativa repressione da parte della Commissione (*public enforcement*) non pare sfuggire all'ambito di applicazione della Convenzione⁷⁴. Sicché il contrasto interpretativo in ordine alla intensità del sindacato giurisdizionale pare sussistente e merita o prima o poi di essere definitivamente superato.

⁷² Così G. RAIMONDI, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 19

⁷³ Cfr., per tutti, L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 199 ss.; I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015. Cfr. anche E. BERRY, M. J. HOMEWOOD E B. BOGUSZ, *EU Law*, Oxford, 2019, 447 ss. Anche quest'ultimo manuale ripercorre le tappe dell'incompiuto percorso di adesione alla CEDU e conclude nei seguenti termini: “However, while the range of rights protected under EU law looks impressive, their real value can be assessed only by reference to their enforceability. There are a number of unresolved questions over how the Charter will be interpreted, in particular its relationship to ECHR as interpreted by the ECtHR, and its application to the Member States. Its also remains to be seen when EU accession to the ECHR will occur, and how it will work in substantive and procedural terms” (455).

⁷⁴ Trattandosi pur sempre di statuizioni vincolanti di un'autorità amministrativa incidenti su (e, dunque, “determinativo” di) un “diritto civile”. Anche in tal caso, secondo la Corte EDU, dovrebbero essere applicate le garanzie del giusto processo (cfr. sul tema anche M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 36 ss.). Se tali garanzie non sono assicurate dalla stessa Autorità amministrativa (equiparabile ad un “tribunale” ex art. 6 CEDU), non potranno che essere assicurate in sede giurisdizionale. Cfr. sul punto Corte Edu, 28 maggio 2002, proc. n. 34605/97, *Kingsley c. Regno Unito*, par. 32: “Even where an adjudicatory body determining disputes over “civil rights and obligations” does not comply with Article 6 § 1, there is no breach of the Convention if the proceedings before that body are subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of Article 6 § 1”.

E ancora, “The Court recalls that even where an adjudicatory body determining disputes over “civil rights and obligations” does not comply with Article 6 § 1 in some respect, no violation of the Convention can be found if the proceedings before that body are “subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of Article 6 § 1” (*Albert and Le Compte c. Belgium*, 10 February 1983, § 29, Series A no. 58)” (Corte EDU, 27 ottobre 2009, proc. n. 42509/05, *Crompton c. Regno Unito*, par. 70).

8. *Brevi considerazioni finali*

In chiusura, credo sia opportuno farsi carico di due possibili obiezioni che le note che precedono potrebbero suscitare. La prima riguarda l'applicazione dell'istituto dell'*in house* al di fuori del suo ambito materiale di origine (è quanto si è suggerito a proposito degli aspetti relativi al carattere "pubblico" delle risorse impiegate e all'imputabilità della misura all'ente pubblico di riferimento: *supra*, par. 2 e 3). La seconda riguarda la conciliabilità di tale assunto con la opposta conclusione raggiunta a proposito del rapporto tra l'ente erogatore dell'aiuto ed il beneficiario della misura (*supra*, par. 4 e 5).

Ora, indubbiamente l'istituto dell'*in house*, è stato concepito ed elaborato dalla Corte di giustizia nel settore dei appalti pubblici ed è stato poi positivizzato anche con riferimento alle concessioni, mentre non pare trovare cittadinanza nel diverso settore degli aiuti di Stato⁷⁵. Ma non si tratta certo di mondi diversi, senza reciproche interferenze.

Come si è ricordato, l'istituto dell'*in house* sintetizza un fenomeno di immedesimazione organica tra due soggetti formalmente distinti, ma sostanzialmente unitari. Sicché dal punto di vista concettuale non può che essere trasversale, nel senso che esso pare potenzialmente rilevante in vari settori disciplinari, tutte le volte che si possa registrare un analogo assetto dei rapporti e tutte le volte che non risulti incompatibile con la disciplina di diritto positivo.

Nel settore degli aiuti di Stato mi pare di poter riscontrare tali condizioni per i profili relativi ai rapporti tra ente erogatore di aiuti di Stato ed ente pubblico di appartenenza, con la conseguenza di poter pianamente imputare al secondo l'attività e le risorse del primo. La disciplina degli aiuti di Stato, viceversa, risulta incompatibile con l'*in house*, per quel che concerne i rapporti tra ente erogatore ed ente beneficiario degli aiuti, che sono necessariamente rapporti intersoggettivi e presuppongono l'alterità dei due soggetti: sicché si potrebbe pensare (e si giunge così alla seconda possibile obiezione) che proprio detta disciplina positiva finisca per confutare le premesse stesse dell'*in house*.

In realtà non pare che sia così. Pare piuttosto che si passi da un rapporto di immedesimazione organica ad un rapporto di distinzione soggettiva, proprio a seguito della violazione delle regole del mercato e del divieto di fornire vantaggi

⁷⁵ Significativa al riguardo è la Direttiva 2014/23/UE, in tema appunto di contratti di concessione. La quale, da un lato, riconosce la libertà degli Stati membri "di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi" (5° considerando), d'altro lato precisa che "la presente direttiva non riguarda il finanziamento dei servizi di interesse economico generale o le sovvenzioni concesse dagli Stati membri" (6° considerando). Da un lato, dunque, legittima pienamente l'affidamento *in house* (espressamente contemplato e precisato nell'art. 17 della medesima direttiva), d'altro lato non si occupa a questo proposito della interferenza con gli aiuti di Stato (a differenza di quanto avviene, ad esempio, a proposito della libertà di definire i servizi di interesse economico generale, che devono comunque essere organizzati "in conformità delle regole degli aiuti di Stato", art. 4 della direttiva).

economici selettivi (idonei a falsare la concorrenza e ad incidere sugli scambi tra Stati membri).

Infatti, l'indistinzione dell'*in house* non può costituire uno schermo per consentire ogni tipo di operazione priva di razionalità economica a vantaggio della società controllata. In tal caso si realizzerebbe un abuso del rapporto interno tra i protagonisti della vicenda e si finirebbe per eludere nel contempo il divieto di erogazione degli aiuti di Stato.

Da qui la inapplicabilità del modello.

Ma non si tratta certo di fenomeno nuovo. Infatti, l'esperienza giuridica in tema di imputazioni soggettive ben conosce (almeno a livello nazionale) casi in cui il rapporto organico "si spezzi", tutte le volte in cui la normativa di riferimento impone di considerare separatamente le relative componenti, al ricorrere di talune circostanze. Si tratta, ad esempio, della vicenda che si verifica in materia di responsabilità civile propria dei dipendenti pubblici, allorché per dolo o colpa grave del dipendente stesso la responsabilità extracontrattuale non risulti più ascrivibile (in base al rapporto organico) alla sola amministrazione.

Analoga vicenda sembra verificarsi nel caso di aiuti di Stato erogati ad una società *in house*. Con la conseguenza che il soggetto *in house* riacquista per ciò solo una sua distinta soggettività, non solo dal punto di vista formale, ma anche da quello sostanziale.

Va soggiunto, infine, che la disciplina degli aiuti di Stato non solo non risulta condizionata, per tali profili, dalle logiche che consentono l'affidamento diretto alla società *in house*, ma anzi può ripercuotersi essa sulla legittimità di detto affidamento diretto (almeno nel caso di contestualità delle misure)⁷⁶. È chiaro, infatti, che se detto affidamento diretto comporta un aiuto di Stato non consentito (ad esempio, perché non ragguagliato ai parametri indicati dalla giurisprudenza

⁷⁶ Per un caso di possibile illegittimità dell'affidamento diretto *in house* per violazione della disciplina sugli aiuti di Stato, si può vedere Cons. Stato, Sez. VI, ordinanza 7 marzo 2022, n. 1620, cit., sub. quesito n. 4. Infatti con tale quesito alla Corte di giustizia il Consiglio di Stato ha chiesto "se gli articoli 107, paragrafo 1, TFUE e 108, paragrafo 3, TFUE devono essere interpretati nel senso che, nell'ambito di un'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri disposta da un'autorità competente a livello locale in favore di un operatore interno, configura un aiuto di Stato soggetto al procedimento di controllo preventivo di cui all'articolo 108, paragrafo 3, TFUE una compensazione di obblighi di servizio pubblico calcolata sulla base di costi di gestione che, pure correlati alle prevedibili esigenze di servizio, sono, da un lato, costruiti tenendo conto dei costi storici del servizio reso dal gestore uscente, affidatario di una concessione di servizi prorogata per oltre dieci anni, dall'altro, rapportati a costi o corrispettivi pur sempre relativi al precedente affidamento o, comunque, concernenti parametri standard di mercato riferibili alla generalità degli operatori di settore".

Nella specie, come si evince dalla motivazione, il Consiglio di Stato si è basato (trattandosi di possibili sovracompensozioni) sulla giurisprudenza *Altmark* (cfr. punto 140 dell'ordinanza), di cui si farà più ampio cenno nella nota successiva.

Altmark e relativi ai costi di un'impresa media, gestita in modo efficiente⁷⁷), lo stesso non potrà che essere considerato illegittimo, con le conseguenze caducatorie del caso.

Non si tratta, dunque, di mondi diversi, ma di settori disciplinari interconnessi e necessariamente coordinati, o comunque coordinabili, come la giurisprudenza *Altmark* dimostra.

⁷⁷ Che si riferisce, tra l'altro, al caso in cui “la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico [...] non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività”.

In tal caso -che ricorre in tutte le ipotesi di affidamento diretto del servizio (e, dunque, anche per l'affidamento *in house*)- occorre che “il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti, nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi”. In caso contrario – e, dunque, se non vi è stata tale commisurazione ai costi di un'impresa media gestita in modo efficiente – “l'intervento statale [...] dovrà essere ritenuto un aiuto di Stato” (Cfr. Corte giust. 24 luglio 2003, in causa C-280/00, *Altmark*, ECLI:EU:C:2003:415, punti 88-94).

In altri termini, in caso di affidamento diretto, il *discrimen* tra operazione consentita (in quanto racchiusa nel rapporto di immedesimazione organica) e aiuto di Stato si basa sull'osservanza o meno del criterio dell'“impresa media efficiente”. Con la conseguenza che nel secondo caso vi sarà aiuto di Stato non consentito anche nell'ipotesi di affidamento *in house* e che dunque in tal caso non potrà essere fatta valere l'immedesimazione dei due soggetti per escludere l'aiuto illecito.

Cfr. pure Corte giust., 8 maggio 2013, in cause riunite C-197/11 e C-203/11, *Libert e a.*, ECLI:EU:C:2013:288, punti 87-92, che ha esteso il principio a tutti i casi di affidamento diretto di un servizio.

Abstract

La nota si occupa di un aiuto di Stato intercorso tra società appartenenti allo stesso gruppo societario. Per chiarire la natura “pubblica” delle risorse utilizzate e la loro imputabilità allo Stato, la nota suggerisce l'inquadramento del caso concreto nell'ambito dell'istituto della c.d. società “in house”. Il che non esclude l'applicazione del criterio dell'investitore privato in economia di mercato, idoneo a superare – se disatteso – l'indistinzione tipica delle società “in house”.

State aid between companies belonging to the same corporate group
Substantive and procedural aspects

The essay deals with a State aid case between companies belonging to the same corporate group. To clarify the concepts of ‘State resources’ and the measure imputable to the State, the essay suggests framing the concrete case within the framework of the so-called “in-house” company. This does not rule out the application of the private investor test in normal market conditions, which – if disregarded – can overcome the indistinction typical of “in-house” companies.

Parole chiave: Aiuti di Stato nel settore del trasporto aereo – Nozioni di “risorse statali”, di “misura imputabile allo Stato” e di “vantaggio economico” – Principio dell'operatore privato – Criterio dell'investitore privato – Onere della prova – Intensità del controllo giurisdizionale

Keyword: State aid in the Air transport sector – Concepts of ‘State resources’, ‘measure imputable to the State’ and ‘economic advantage’ – Private investor test – Burden of proof – Intensity of judicial review

Recensioni

Ancora in tema di specialità e “specializzazione” dell’autonomia regionale (spunti teorico-ricostruttivi offerti da un libro recente)*

di Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. La condizione di palese sofferenza in cui versa da anni l’autonomia, i fattori cui essa principalmente si deve e la ricerca dei modi con cui porvi, almeno in parte, rimedio. – 2. Il bisogno, vieppiù avvertito per effetto delle plurime e gravi emergenze del tempo presente, di una forte regia centrale, che nondimeno non si traduca in una indebita penalizzazione dell’autonomia, componente essenziale assieme alla unità-indivisibilità della Repubblica di un unico, seppur internamente articolato, valore fondamentale. – 3. Per la introduzione di un regime di “specialità diffusa” (prime notazioni). – 4. Argomenti a sostegno della proposta ricostruttiva qui nuovamente affacciata, rilievi a riguardo della opportunità di prevedere procedure non dissimili per il rifacimento del regime di specialità rispetto a quelle stabilite per il regime di “specializzazione”, bisognoso di affermarsi all’insegna dei principi di sussidiarietà e solidarietà. – 5. Le incognite legate ai riflessi a carico della specialità che possono aversi per effetto della eventuale realizzazione a tappeto della “specializzazione”, gli inconvenienti che per l’attuale modello possono conseguire a quest’ultima, e l’ulteriore riprova della necessità di far luogo al regime di “specialità diffusa” qui nuovamente patrocinato.

1. *La condizione di palese sofferenza in cui versa da anni l’autonomia, i fattori cui essa principalmente si deve e la ricerca dei modi con cui porvi, almeno in parte, rimedio*

Encomiabile appare, invero, essere lo sforzo prodotto da una nutrita schiera di studiosi nel tenere desta l’attenzione sull’autonomia regionale in genere e, per ciò che qui è di specifico rilievo, su quella speciale, come pure, dopo la riscrittura dell’art. 116, su quella c.d. “specializzata”¹. Ne dà una eloquente, particolarmente

* Il riferimento è a AA.VV., *Specialità e differenziazione. Le nuove frontiere del regionalismo italiano*, a cura di G. Armao, F. Astone, M. Immordino, G. Moschella, V. Prudente, Editoriale Scientifica, Napoli 2022. Da quest’opera sono tratti gli scritti di seguito richiamati senza specificazione della sede editoriale che li ospita.

Le notazioni che passo ora a rappresentare costituiscono la rielaborazione di un intervento svolto in occasione della presentazione dell’opera summenzionata (Palermo, Palazzo dei Normanni, 16 maggio 2022).

¹ *Ex plurimis* (e limitando i riferimenti solo agli anni a noi più vicini), G. CHIARA, *Il regionalismo differenziato tra attese federaliste deluse e rischi di eccessi*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 6 luglio 2019, 1 ss.; M.C. GUERRA, *Autonomia regionale differenziata: verso la «secessione dei ricchi?»*, in *Le Regioni*, 2/2019, 413 ss.; nella stessa *Rivista*, E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Il regionalismo differenziato e le occasioni perdute*, 4/2019, 1003 ss.; in R. BIFULCO, *Differenziazione e asimmetria nella teoria federale contemporanea*, in *Diritti regionali* (www.dirittiregionali.it), 1/2020, 5 febbraio 2020, 139 ss.; M. BERTOLISSI, *Premesse per una lettura “sostanziale” dell’articolo 116, 3° comma, della Costituzione*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2020, 3 marzo 2020, 439 ss.; S. PAJNO, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 5/2020, 4 marzo 2020, 94 ss.; M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell’esame parlamentare*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*,

te attendibile, testimonianza proprio il libro la cui lettura ha offerto lo spunto per la riflessione qui svolta: un libro corposo e denso, vorrei dire: “plurale”, dal momento che i contributi in esso ospitati appaiono essere di vario orientamento, per impianto metodico e svolgimento teorico-ricostruttivo. In esso – è bene mettere subito in chiaro – non si lesinano critiche anche penetranti alle Regioni, che sicuramente portano una quota pesante di responsabilità per la condizione svilita in cui versa l'autonomia; più incisivi ancora, però, sono i rilievi indirizzati allo Stato per il *pressing* soffocante esercitato a carico delle Regioni sin dal tempo ormai lontano in cui quelle ad autonomia differenziata (e – per ciò che qui specificamente importa – la Sicilia) muovevano i primi passi. Eppure, malgrado il quadro a tinte fosche e non promettente nulla di buono per l'avvenire che risulta delineato dagli studi in parola, anche i loro autori, al pari di molti altri che li hanno preceduti, mostrano di coltivare caparbiamente la speranza di un possibile risveglio dei maggiori enti territoriali provvisti di autonomia dallo stato comatoso – come l'ho altrove qualificato – in cui versano ormai da anni. È, tuttavia, noto che il tempo non gioca a beneficio delle persone in coma ma, all'inverso, affievolisce la fiammella della speranza di ripresa, senza peraltro trascurare la circostanza per cui, quand'anche quest'ultima poi si abbia, è tutto da vedere quale sarà lo stato di salute di tali soggetti.

IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 2901 ss.; pure *ivi*, S. PARISI, *Se il regionalismo differenziato non è un'opzione neutrale: una critica decisa*, 3077 ss.; G. TARLI BARBIERI, *I nodi irrisolti del regionalismo italiano, a venti anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, 221 ss.; L. VIOLINI, *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.*, Giapichelli, Torino 2021; A. PIRAINO, *Regionalismo differenziato e principio di sussidiarietà nel disegno istituzionale del Ministro Boccia*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2-3/2021, 739 ss.; V.P. GROSSI, *La perdurante attualità del regionalismo differenziato. Un'analisi dei contenuti delle 'bozze d'intesa'*, in *Diritti regionali* (www.dirittiregionali.it), 2/2021, 18 maggio 2021, 358 ss. e, nella stessa Rivista, G. RIVOCCHI, *Il regionalismo differenziato, un istituto della Repubblica delle autonomie: perché e come realizzarlo entro i limiti di sistema*, 3/2021, 19 ottobre 2021, 779 ss. e C.B. CEFFA, *Alla ricerca del "Titolo" perfetto. Le conseguenze paradossali della conquista dell'autonomia nell'inquieto rapporto, non solo in tempo di emergenza, tra Stato e Regioni*, 8 febbraio 2022, 999 ss.; A. NATALINI, *Il tempo del regionalismo differenziato è ormai passato?*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 1/2022, 85 ss.; V.M. PEZZUTO, *Il disegno di legge Gelmini sul regionalismo differenziato*, in *Astrid* (www.astrid-online.it), 14 aprile 2022. Con specifica attenzione ai profili di dinamica della normazione, D. CODUTI, *Le fonti normative nella differenziazione regionale: una problematica ipotesi ricostruttiva*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 13/2022, 4 maggio 2022, 56 ss. Per i riflessi nei riguardi dei diritti, v., poi, almeno, E. CATELANI, *Autonomia, regionalismo differenziato, unità e tutela dei diritti sociali: una difficile convivenza*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, cit., II, 881 ss. e, pure *ivi*, A.M. CITRIGNO, *La dimensione regionale dei diritti sociali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, 1071 ss. Tra i contributi a più mani, oltre al libro cui si presta qui specifica attenzione, v., almeno, AA.VV., *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, a cura di C. Bertolino – A. Morelli – G. Sobrino, Università degli studi di Torino, Torino 2020; AA.VV., *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, a cura di M. Immordino, N. Gullo e G. Armao, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, e AA.VV., *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie (1970-2020) in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica*, a cura di R. Toniatti, Università di Trento, Trento 2022.

Per restare, ancora per un momento, nella metafora, è pur vero che, malgrado i medici – qui, i cultori di diritto pubblico, in specie quelli che hanno mostrato una spiccata sensibilità per le istanze regionalistiche – abbiano fatto quanto era in loro potere per accudire amorevolmente il paziente e lenirne le sofferenze, l’autonomia – come mi sono sforzato di mostrare altrove² – non è stata culturalmente metabolizzata dal corpo sociale per il livello regionale, a differenza di ciò che si è avuto per quello comunale, in forza di una nobile e plurisecolare tradizione che per quest’ultimo ha portato al radicamento dell’autonomia nel terreno sociale, prima ancora che in quello positivo.

Plurimi sono i fattori che hanno esercitato un’azione a tenaglia soffocante nei riguardi dell’autonomia, alcuni specificamente attinenti al sistema dei partiti che, per ragioni varie ancora solo in parte spiegate, non è a tutt’oggi riuscito ad affermarsi compiutamente in ambito regionale, ritagliandosi spazi consistenti e particolarmente apprezzabili rispetto alla dimensione nazionale³.

A ciò si aggiungano altre due vicende ad oggi in corso che hanno lasciato e seguitano a lasciare un segno profondo sul corpo degli enti provvisti di autonomia, frenandone le più rilevanti movenze e negativamente incidendo sull’appagamento delle maggiori aspettative che a quest’ultima fanno capo.

Mi riferisco, per un verso, al carico viepiù gravoso esercitato dai vincoli discendenti dalla Comunità internazionale e dall’Unione europea nei riguardi dello Stato (e, di riflesso, delle sue articolazioni interne) e, per un altro verso, alle plurime ed ingravescenti emergenze che hanno accompagnato i più salienti sviluppi della vita sociale ed istituzionale, incidendo in modo pesantemente negativo sul loro complessivo andamento, non di rado sensibilmente deviato dal solco costituzionale.

Ora, l’una e l’altra cosa hanno naturalmente spinto per un “riaccentramento” di materie e funzioni: una tendenza questa vigorosa, di cui si sono fatti interpreti gli organi statali della direzione politica e garante la Corte costituzionale⁴.

Di tutto ciò si ha traccia in diversi contributi ospitati dal libro in esame, pur

² ... nel mio *Il senso della specialità e la vicenda dell’autonomia siciliana (dalle esperienze del passato una lezione per l’avvenire)*, in *Nuove autonomie*, 1/2022, 18 marzo 2022.

³ Se ne discute per vero da tempo, senza che ad ogni buon conto le ricette fin qui messe a punto siano riuscite a centrare l’obiettivo avuto di mira.

⁴ Non si trascuri, tuttavia, al riguardo il ruolo giocato dall’altro massimo guardiano della legalità costituzionale, il Capo dello Stato, che per vero sembra essersi – come dire? – sovente distratto, non essendosi avveduto (e seguitando a non avvedersi) neppure dei *vulnera* di maggiore gravità ed evidenza commessi a danno dell’autonomia e non si è pertanto avvalso fino in fondo dei non secondari poteri di cui dispone per denunciarli pubblicamente. Ciò che avrebbe, ad es., potuto fare a mezzo del potere di esternazione e, soprattutto, di quello del rinvio alle Camere in sede di promulgazione di leggi statali responsabili dei più vistosi scostamenti dal riparto costituzionale delle competenze, nonché attraverso controlli maggiormente severi nei riguardi degli atti governativi di indirizzo politico gravemente penalizzanti per l’autonomia.

non risultando con immediata evidenza dalla sistematica prescelta dai curatori per la loro distribuzione, nella quale non si fa esplicita parola dei fattori suddetti, essendosi accordata la preferenza alla spartizione degli scritti lungo i tre versanti delle prospettive (per la specialità e per la specializzazione), della efficienza amministrativa e della solidarietà, della sussidiarietà.

Da tempo, invero, la più avvertita dottrina ha argomentato la tesi, a mia opinione ineccepibile, secondo cui gli adempimenti ai quali ci chiamano la Comunità internazionale e l'Unione europea possono (e devono) ugualmente conciliarsi con il mantenimento del riparto costituzionale (e, per le Regioni speciali, statutario) delle competenze.

Allo stesso modo, anche alle emergenze, come da ultimo a quella devastante da covid-19 che ad oggi ci affligge ed inquieta ed alla quale il libro in esame dà ampio risalto, si può (e deve) far fronte senza mettere sostanzialmente da canto i riconoscimenti fatti, in Costituzione e negli statuti, a beneficio dell'autonomia e condannare pertanto le sue più diffuse e qualificanti aspettative a restare disattese. La qual cosa poi – è bene rammentare – si risolve in un pregiudizio grave, talvolta irreparabile, per i più sentiti bisogni del corpo sociale, a partire proprio dai diritti fondamentali, se si conviene – come devesi – che l'autonomia, quale che sia il livello istituzionale al quale se ne ha per Costituzione riscontro (a partire, ovviamente, da quello regionale), è stata pensata quale strumento prezioso ed indefettibile per soddisfare alcuni dei più pressanti bisogni della gente⁵, nell'assunto che l'esercizio del potere quanto più è possibile vicino al cittadino costituisca la migliore risorsa di cui si dispone per appagarli⁶.

Piuttosto, si tratta di ripensare agli ingranaggi in atto previsti per l'esercizio delle pubbliche funzioni e per il loro coordinamento, verificando se possano valere altresì per il tempo dell'emergenza, in ispecie nelle sue manifestazioni maggiormente acute (in campo economico e sanitario)⁷; ove, poi, dovesse repu-

⁵ D'altronde, l'esperienza conferma che, pur tra mille difficoltà e sia pure entro spazi indebitamente circoscritti dall'azione statale (e col benevolo avallo della Consulta), le Regioni hanno offerto un contributo di non secondario rilievo all'affermazione dei diritti fondamentali (su ciò, part., la corposa ricerca su *Diritti e autonomie territoriali*, curata da A. Morelli e L. Trucco, Torino 2014).

⁶ D'altronde, al principio di sussidiarietà, nella sua più densa e qualificante accezione, sono specificamente dedicati – come si diceva – i contributi della terza parte del libro che oggi si presenta, ancora una volta rimarcandone la centralità di posto nelle esperienze dello Stato pluralista e fondato sulle autonomie, specie per ciò che il principio stesso potrà rappresentare nella prospettiva della “differenziazione”, ex art. 116, III c., Cost.

⁷ Il vero è, poi, che fa difetto una disciplina di base in Costituzione relativa alla gestione delle emergenze: un silenzio, questo, foriero di non pochi né lievi inconvenienti. Né giova opporre, con un'accreditata dottrina, che la disciplina stessa in realtà si avrebbe, con la previsione dei decreti-legge. Altro è, infatti, un singolo fatto straordinario di necessità e di urgenza, fronteggiabile a mezzo dello strumento in parola (anche reiterato nel tempo, come si è avuto in occasione di catastrofi naturali, a partire dal terremoto di Messina e Reggio C. del 1908), e ben altra cosa una condizione duratura, dalle dimensioni imponenti, che richiede una complessa ed articolata gestione col fattivo

tarsi che essi siano ormai obsoleti o come che sia inadeguati, sarebbe giocoforza far luogo alle loro necessarie innovazioni battendo allo scopo le vie indicate nella Carta, a partire da quella della revisione costituzionale (e statutaria), secondo quanto si preciserà meglio a breve⁸. In mancanza, il campo resterà sotto il dominio incontrollato del più forte (al piano politico, lo Stato) e si seguirà ad assistere a modifiche tacite della Costituzione e degli statuti a colpi di leggi, pratiche amministrative e sentenze (specie della Corte costituzionale).

2. *Il bisogno, vieppiù avvertito per effetto delle plurime e gravi emergenze del tempo presente, di una forte regia centrale, che nondimeno non si traduca in una indebita penalizzazione dell'autonomia, componente essenziale assieme alla unità-indivisibilità della Repubblica di un unico, seppur internamente articolato, valore fondamentale*

I maggiori punti dolenti dell’istituto regionale sono messi, nel libro in esame, allo scoperto e fatti oggetto di pertinenti rilievi dalle notazioni introduttive di G. Moschella, pur nella loro necessaria stringatezza⁹. Si segnalano infatti i rischi ai quali l’autonomia si è trovata (e si trova) esposta a causa della previsione delle “materie-non materie” – secondo la fortunata qualifica datane da un’accreditata dottrina¹⁰ – e, in genere, delle formule vaghe e sibilline contenute nella Carta costituzionale (e negli statuti), nella sua originaria stesura come pure in quella vigente: formule che tuttavia sono, con ogni probabilità, inevitabili e che piuttosto sollecitano a studiare nuovi meccanismi compensativi a beneficio dell’autonomia, specie lungo il versante della partecipazione agli organi ed alle attività dell’apparato centrale dello Stato.

apporto di plurimi operatori istituzionali dislocati in ambiti territoriali diversi. Ebbene, è anche a causa di questa lacuna costituzionale che si deve molta della improvvisazione che ha caratterizzato l’esercizio da parte dei pubblici poteri, statali e locali, nel tempo a noi più vicino e che – ahimè – promette di seguitare ad aversi laddove la lacuna suddetta non sia urgentemente colmata.

⁸ Profitto dell’opportunità oggi offertami per ribadire il mio fermo convincimento circa l’impellente necessità di un organico rifacimento degli statuti di speciale autonomia, a partire proprio da quello siciliano che, per il clima politico che ne ha caratterizzato la elaborazione, nella stagione gravata da forti tensioni e segnata dalle immani sofferenze causate dalla seconda grande guerra, appare essere bisognoso di un complessivo ripensamento della sua stessa struttura. Non molti anni addietro, sensibili studiosi dell’isola hanno messo a punto una bozza di nuovo statuto che, a mia opinione, potrebbe costituire la base per tornare a riflettere circa i contenuti di cui dotarlo al fine di metterlo in grado di governare le più salienti dinamiche politico-istituzionali e sociali (v., dunque, volendo, AA.VV., *Per un nuovo Statuto della Regione siciliana*, a cura di A. Ruggeri, G. D’Amico, L. D’Andrea, G. Moschella, Torino 2017).

⁹ *Introduzione. La lezione della pandemia e la prospettiva di una ridefinizione del rapporto Stato e Regioni e del bicameralismo paritario*, 13 ss.

¹⁰ Il riferimento è, ovviamente, a A. D’ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.*, 1/2003, 15 ss., spec. 21 ss.

Sono fermamente convinto che questa strada debba essere battuta con decisione, a condizione però che non si ripetano antichi errori e difetti di costruzione, quale quelli commessi in sede di progettazione della seconda Camera¹¹, ripensata *ab ovo* in struttura e funzioni, o di definizione del sistema delle Conferenze (che, peraltro, dico *per incidens* si è a più ondate proposto di costituzionalizzare senza tuttavia che se ne sia fatto ad oggi nulla)¹².

Non v'è dubbio nondimeno (e le emergenze ne hanno dato sicura conferma) a riguardo dell'impellente bisogno di assicurare una regia centrale forte ed efficiente al fine di assicurare un'adeguata cura del pubblico interesse. Nel mondo odierno non può farsene più, in alcun caso o modo, a meno, specie poi in situazioni di emergenza in genere (che, poi, al pari del covid, sembrano ormai essersi anch'esse "endemizzate"...), convertendosi innaturalmente l'eccezione in regola del vivere quotidiano. Ed è di tutta evidenza che la regia stessa può, a conti fatti, mettere sotto *stress* qualunque riparto di materie e funzioni, quello di oggi così come quello che potrà aversi in futuro, fino a stravolgerlo del tutto (o quasi). Il punto è, però, che la regia centrale può ugualmente essere assicurata da una sede agile e snella costituita in sede centrale ed idonea a dar voce *in modo paritario* alle istanze provenienti dalla periferia come pure a quelle avanzate dallo stesso apparato centrale (in specie dal Governo). Insisto con il fermare l'accento sul carattere paritario che, a mia opinione, linearmente discende dalla non discriminata né discriminabile condizione in cui per Costituzione stanno le istanze in parola (emblematicamente, nell'art. 5). Profitto, anzi, dell'opportunità oggi offertami per ribadire un concetto che mi sta molto a cuore, al quale faccio nuovamente richiamo a motivo del fatto che una nutrita schiera di studiosi sembra ad oggi essere al riguardo diversamente orientata; ed è che unità ed indivisibilità della Repubblica e riconoscimento delle autonomie (non casuale – si badi – il plurale presente nell'enunciato costituzionale¹³) sono le due facce di una sola medaglia: non già dunque – come, invece, comunemente si pensa – due valori che, a mo' di eserciti schierati su fronti contrapposti, si fanno una guerra senza fine e senza risparmio di colpi bensì i due profili inseparabili di un unico valore fondamentale: quello dell'autonomia nella cornice della unità-indivisibilità della Repubblica o, se piace diversamente dire, dell'unità attraverso la promozione – la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto – dell'autonomia (*rectius*, delle autonomie)¹⁴.

¹¹ ... come, ad es., si è fatto ad opera del disegno Renzi-Boschi bocciato dal referendum del dicembre 2016.

¹² Contrariamente all'avviso manifestato da alcuni studiosi, a mia opinione entrambi i versanti, quello dei rapporti tra le assemblee legislative e l'altro dei rapporti tra gli esecutivi, vanno congiuntamente e simultaneamente battuti, dandovi il giusto rilievo nella Carta allo scopo opportunamente novellata.

¹³ ... a mia opinione inteso non soltanto *in senso soggettivo*, come riferito cioè agli enti portatori di autonomia, ma anche *in senso oggettivo*, evidenziandosi in tal modo la varietà dei tipi o delle forme di autonomia, nelle loro espressioni sia al piano della organizzazione che a quello delle attività.

¹⁴ Maggiori ragguagli sul punto di cruciale rilievo possono, volendo, aversi dai miei *Il valore*

Ebbene, se le cose stanno così come qui sono viste, c’è nuovamente da chiedersi, senza preconetto alcuno di dottrina o d’ideologia, se nella presente congiuntura economico-sociale vi sia davvero spazio per la “differenziazione” dell’autonomia, ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 116, III c., e, se sì, quali possano esserne i riflessi per la specialità¹⁵, specie – mi scuso per il bisticcio delle parole – per una specialità... *specialissima*, quale quella siciliana e, per taluni aspetti, anche la sarda, con riguardo cioè alle due Regioni tra quelle sin dall’inizio dotate di peculiare regime che in sensibile misura si “differenziano” – mi scuso ancora una volta, ma non saprei esprimere diversamente il concetto – da quelle del Nord per grado di sviluppo economico-sociale complessivamente inteso.

3. Per la introduzione di un regime di “specialità diffusa” (prime notazioni)

Questi, dunque, gli spinosi ed annosi quesiti di fondo che da tempo accompagnano le riflessioni di quanti hanno a cuore la causa dell’autonomia regionale e che segnano l’intero svolgimento anche del libro che ha offerto spunti preziosi per le scarse notazioni che si vanno ora facendo.

Personalmente, rilancio. Sono infatti da tempo convinto (e vado, anzi, sempre di più radicandomi nel convincimento) che la ricetta giusta sia data dalla messa in moto di un ampio ed organico processo di riforma, bisognoso di svolgersi contemporaneamente su due piani, quello delle *regole della politica* (o – come a me piace chiamarle – delle *regolarità*) e l’altro delle *regole di diritto*, costituzionali e non: un processo, dunque, particolarmente ambizioso ed impegnativo, al quale tuttavia gli operatori, sia in sede centrale che locale, non possono sottrarsi, ciascuno essendo chiamato ad offrirvi, secondo le proprie capacità, un fattivo apporto, se si ha a cuore di dare un rinnovato senso all’autonomia, nelle sue plurime e qualificanti espressioni, altrimenti destinata fatalmente a spegnersi lentamente e con non poca sofferenza.

In questo quadro, in disparte talune radicali innovazioni della cui necessità sono convinto sostenitore ma che mi sembrano essere per vero irrealizzabili¹⁶,

di “unità-autonomia” quale fondamento e limite dei giudizi in via d’azione e della “specializzazione” dell’autonomia regionale (prime notazioni), in AA.VV., *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, a cura di M. Cosulich, Napoli 2021, 429 ss., nonché in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2020, 28 settembre 2020, 100 ss., e *Autonomia e unità-indivisibilità della Repubblica: il modello costituzionale alla prova dell'emergenza*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 3/2020, 18 ottobre 2020, 132 ss.

¹⁵ Indicazioni di vario segno al riguardo negli scritti richiamati in nt. 1.

¹⁶ Penso, ad es., al rifacimento del numero e dei confini territoriali delle Regioni, del quale – come si sa – si discute da molto tempo senza nondimeno che si sia mai riusciti a passare dalla teoria alla prassi, nella consapevolezza del peso schiacciante esercitato dalla tradizione, con la quale a conti fatti credo che pochi sarebbero davvero disposti a tagliare i ponti [da una prospettiva di più ampio respiro, sul bisogno di un complessivo riordino degli enti di autonomia locale, v. per tutti, A.

centralità di posto – come vado dicendo da tempo¹⁷ – va assegnata ad un regime connotato da *specialità diffusa* che si caratterizzi cioè per un pacchetto di materie e funzioni trattenute allo Stato in quanto espressive di interessi infrazionabili nel territorio, restando ogni altra nella disponibilità delle Regioni che, in base alle peculiari vocazioni dei loro territori, potranno attingere dal “contenitore” disposto al centro e farsi carico del loro esercizio sotto il costante controllo da parte dello Stato, pronto ad intervenire in ogni tempo in via sussidiaria per far fronte a mancanze ed inefficienze regionali. A questa proposta si richiama già lo scritto introduttivo di G. Moschella ed altri ancora, quale quello di A. Morelli¹⁸ che, nondimeno, la considera realisticamente non praticabile e, comunque, foriera di rischi non lievi per “la coesione economico-sociale del Paese e l’unità nazionale”. D’altronde, per il modo con cui è complessivamente maturata la vicenda regionale, specie al piano delle dinamiche della normazione e nelle esperienze della giustizia costituzionale, il dubbio non appare essere per vero peregrino ed ogni passo che dovesse farsi nel segno della novità va adeguatamente ponderato, se del caso dunque adottando in partenza le opportune misure idonee a parare sul nascere i maggiori inconvenienti. Va, tuttavia, considerato che il bene dell’unità è stato certamente tenuto presente al momento della previsione del modulo di “differenziazione” di cui all’art. 116, III c. e che, ad ogni buon conto, non fanno di certo difetto, in una Costituzione ipergarantista quale la nostra, gli strumenti idonei a fugare il rischio qui paventato, secondo quanto peraltro si preciserà meglio a momenti.

Di qui, come da anni vado dicendo, il bisogno di conformare le novità legate alla “specializzazione” come sperimentali, introducendole perciò per un tempo limitato, sottoponendole a costante e severo monitoraggio e prevedendo, ovviamente, la possibilità per lo Stato di arginare ogni scostamento delle Regioni “differenziate” dall’alveo precostituito per le manifestazioni dell’autonomia e, se del caso, di sostituire le proprie discipline positive a quelle regionali esondanti dall’alveo stesso.

Non sottostimo – come si vede –, per un aprioristico orientamento teorico, il peso delle riserve manifestate da attenti studiosi. Mi chiedo (e chiedo loro), però, se abbiamo altre vie davanti a noi percorribili in modo piano senza correre l’alea di tornare, dopo giri lunghi e tortuosi, alla partenza, vale a dire allo *status*

SPADARO, *Per un generale “riordino territoriale” dell’Italia: Regioni, micro-Regioni, Città metropolitane, Comuni, in Diritti regionali* (www.dirittiregionali.it), 1/2021, 23 febbraio 2021, 127 ss.].

¹⁷ Ho iniziato a discorrerne nel mio *Prospettive di una “specialità” diffusa delle autonomie regionali*, in *Nuove aut.*, 6/2000, 845 ss.

¹⁸ Del primo, v. *Introduzione*, cit., 25; del secondo, *Il regionalismo differenziato e l’autonomia speciale: nuovo ordine o vecchio caos?*, 207 ss. (e 209 per il riferimento fedelmente riportato nel testo). Lo stesso M. si è intrattenuto, ancora non molto tempo addietro, sulla questione ora discussa nel suo *Quale futuro per il regionalismo italiano?*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, 155 ss., spec. 162.

quo, di certo non esaltante per l’autonomia, come d’altronde questi stessi studiosi perfettamente sanno. È gratificante, cioè, per l’autonomia stessa il “metodo” fin qui invalso nell’esperienza e che ha connotato la pratica dei rapporti Stato-Regioni come complessivamente riduttiva e forzosa, alla luce del modello costituzionale (per appannato e francamente oscuro che in più punti della trama costituzionale appaia invero essere)? Abbiamo, insomma, alternative credibili rispetto a come sono andate per anni e seguitano ad andare le cose, senza ristoro alcuno per un’autonomia ormai stremata?

Ebbene, se vi sono, io per primo sarò lieto di patrocinarne l’accoglimento.

Il vero è, piuttosto, che l’aria si è ormai fatta irrespirabile per l’autonomia e, perciò, se non si spalancano le finestre dell’ordinamento per far entrare aria pulita, temo che per essa non potrà esservi futuro.

4. *Argomenti a sostegno della proposta ricostruttiva qui nuovamente affacciata, rilievi a riguardo della opportunità di prevedere procedure non dissimili per il rifacimento del regime di specialità rispetto a quelle stabilite per il regime di “specializzazione”, bisognoso di affermarsi all’insegna dei principi di sussidiarietà e solidarietà*

D’altro canto, se ripensiamo al modello di “specializzazione” per come in atto risultante dalle sommarie indicazioni di cui all’art. 116, III c., balzano subito agli occhi le aporie di costruzione del dettato costituzionale, fatalmente destinate quindi a rispecchiarsi nell’esperienza ad esse conforme.

Più di ogni altra cosa, si fatica a capire come avvenga il miracolo della conversione di interessi in tesi nazionali in regionali (o, meglio, “regionalizzabili”), come pure non si spiega perché mai esso non si estenda altresì ad altri interessi e, segnatamente, quale sia mai la “logica” che giustificherebbe la ridotta e, a dirla tutta, misera consistenza del pacchetto di materie, francamente ridotto all’osso, menzionato nel disposto costituzionale.

Come ho tenuto a precisare in altri luoghi, delle due infatti l’una: o alle materie trattenute allo Stato dall’art. 117, II c., fanno capo – come in tesi parrebbe – interessi infrazionabili nel territorio della Repubblica, ed allora *per nessuna di esse* potrebbe aversi “differenziazione” alcuna dell’autonomia, oppure così non è, ed allora non si capisce perché per materie diverse da quelle espressamente nominate la “differenziazione” stessa non sarebbe possibile e – ciò che dal mio punto di vista maggiormente conta – perché le stesse non siano state rese disponibili da parte delle Regioni, seppur sottoposte ad un peculiare regime (specie sul terreno della loro regolazione positiva).

A quest’appunto critico, di contro, si sottrae – a me pare – la soluzione ricostruttiva da me patrocinata. Per essa, infatti, un numero esiguo ma strutturalmente pesante di materie rimane in capo allo Stato, proprio perché su di esse

si radicano interessi comunque infrazionabili nel territorio e che tali resteranno anche per il tempo a venire¹⁹.

In secondo luogo, si responsabilizzano le singole Regioni, ciascuna obbligata a valutare attentamente se disponga delle risorse necessarie per l'esercizio delle funzioni avocate a sé, consapevole del fatto che lo stesso – come si diceva – vale per un tempo limitato, è sottoposto a severo controllo ed è comunque suscettibile di andare incontro a modifiche per mano dello Stato, ferme nondimeno le usuali garanzie di cui ciascun ente è provvisto a tutela della sfera di competenze assegnatagli.

In terzo luogo, si supera la “logica” di una specialità, peraltro mal strutturata, riservata solo a cinque Regioni e due Province autonome, per ragioni storiche un tempo fondate ed oggi però venute largamente meno o, comunque, cambiate col tempo²⁰. Il che vale come dire che, ovviamente, anche tali enti hanno bisogno di “specializzarsi” ma in forme nuove rispetto a quelle in atto per ciascuno di essi stabilite. È chiaro che, alla luce del quadro costituzionale vigente, specialità e “specializzazione” dispongono di binari separati per esprimersi e farsi valere con gli opportuni aggiornamenti suggeriti da un contesto nel frattempo profondamente mutato: aggiornamenti da mettere in atto a mezzo di revisione dello statuto con le procedure per essa prescritte, quanto alla prima; tramite il ricorso al *tandem* intesa-legge, *ex* art. 116, III c., per la seconda. Anche sul versante delle procedure, tuttavia, non vedo perché, in prospettiva *de iure condendo*, far luogo ad un diversificato (e – a me pare – ingiustificato) trattamento.

Non torno ora prendere in esame, dopo averlo fatto in altri luoghi, la tesi patrocinata da alcuni studiosi favorevole ad estendere l'opportunità della “specializzazione” anche alle Regioni speciali (ed alle due Province autonome). Mi limito solo a rammentare al riguardo che la formulazione letterale dell'art. 116 non parrebbe consentirla e che, comunque, la soluzione suddetta è da questa stessa dottrina considerata provvisoria, valevole cioè fintantoché non si sarà provveduto al rifacimento degli statuti di speciale autonomia con le forme per esso stabilite.

Mi chiedo, però, se abbia ancora senso mantenere procedure solenni unicamente per un pugno di Regioni (e Province), diverse e – ciò che è peggio – meno gratificanti per la loro autonomia rispetto al modulo pattizio delineato nell'ulti-

¹⁹ ... salvo che un domani l'assetto degli interessi non suggerisca di apportare qualche ritocco al dettato costituzionale (ma solo battendo la via della revisione con le procedure al riguardo stabilite nell'art. 138) e sempre che risulti acclarato il mutamento di natura degli interessi dapprima giudicati di esclusiva pertinenza dello Stato e quindi ammessi alla loro cura “differenziata”. Come si vede, il vero parametro nei giudizi di costituzionalità non è dato dalle materie *ut sic* bensì dagli interessi alle stesse facenti capo.

²⁰ Peculiare è, per vero, la condizione delle Regioni bilingui (e, segnatamente, del Trentino-Alto Adige) nelle quali proprio il fattore linguistico (e, con esso, culturale in genere) gioca nel senso del permanere di un regime complessivamente “differenziato”.

mo comma dell’art. 116. Cosa mai, insomma, osta oggi ad introdurre un unico modulo buono per tutte?

Va poi considerato che esso, per un verso, richiede di essere internamente articolato in modo tale da offrire garanzie adeguate a ciascuno degli enti in campo²¹ e, per un altro verso, però, non va eccessivamente appesantito, sì da potersi prestare a successivi utilizzi richiesti al fine di apportare eventuali aggiustamenti al regime di “specializzazione” dapprima concordato. È pur vero, nondimeno, che la previsione della “clausola di supremazia” – come è usualmente chiamata – che dà modo allo Stato di intervenire in ogni tempo negli stessi ambiti materiali dapprima “devoluti” alle Regioni parrebbe temperare il rilievo delle procedure in parola. In altri termini, il riparto di materie si presenta pur sempre, per propria vocazione, come mobile e flessibile; e siffatti caratteri sono preconstituiti dallo stesso atto di “specializzazione” che, dunque, parrebbe “declassarsi” per assecondare sopravvenienti esigenze che spingano per la sua continua messa a punto.

Appare, tuttavia, evidente il bisogno di salvaguardare adeguatamente le aspettative del soggetto politicamente debole del rapporto, la Regione. La qual cosa può (e deve) aversi, in prima battuta, sullo stesso terreno politico, facendo obbligo allo Stato che si accinga a riappropriarsi, sia pure non necessariamente in via definitiva (o, diciamo meglio, a tempo determinato)²², di materie (o loro porzioni) dapprima fatte oggetto di “specializzazione” di mettere in mora la Regione inadempiente, dandole modo entro un congruo termine di provvedere a colmare eventuali carenze²³. Seguendo tuttavia a ripetersi queste ultime o,

²¹ Non è affatto semplice prefigurare soluzioni procedimentali che, per un verso, offrano alle Regioni l’opportunità di partecipare con un ruolo non subalterno alla formazione degli atti che definiscono la condizione della loro autonomia e, per un altro verso, diano modo allo Stato di far luogo agli eventuali aggiustamenti del regime in parola senza per ciò dover dipendere dalla volontà delle Regioni stesse, secondo quanto si preciserà meglio a momenti. Forse, si potrebbe pensare a quest’ultimo riguardo ad un ulteriore aggravio di procedura per eventuali modifiche unilaterali del regime stesso, tanto più consigliabili ed apprezzabili in relazione alla ristrutturazione della seconda Camera, in seno alla quale dunque le Regioni potranno sentirsi adeguatamente garantite da chi in essa li rappresenta.

²² È chiaro che le esperienze di “specializzazione” possono avere termine anche (e preferibilmente) in via consensuale, non necessariamente però – come si è fatto notare altrove – in tal modo, non valendo qui, per evidenti ragioni, la regola del *contrarius actus* che obbligherebbe in ogni caso a seguire il medesimo procedimento di quello che ha portato all’affermazione delle esperienze stesse. Basterebbe, infatti, che la Regione, ancorché dimostratasi palesemente incapace di far fronte alle funzioni ricevute ex art. 116, cocciutamente ed insensatamente pretenda di non sgravarsene per pregiudicare irrimediabilmente la cura di interessi che – non si dimentichi – in via di principio fanno capo allo Stato.

²³ Incomberà dunque sul Governo l’onere di dare congrua motivazione delle ragioni che lo inducono a porre fine alle pratiche di “specializzazione”. L’atto allo scopo adottato – verosimilmente una legge, senza che però sia esclusa la eventualità anche di una delibera non legislativa, ove così sia prefigurato dalla stessa coppia di atti (intesa e legge) con cui le pratiche

addirittura, aggravandosi ulteriormente, si potrebbe pensare – come si diceva – ad una revoca unilaterale da parte dello Stato del regime differenziato con procedura “superaggravata”. Ad ogni buon conto, rimane poi pur sempre la risorsa del ricorso all’arbitraggio della Corte costituzionale, davanti alla quale ciascuno dei due enti potrà fare valere le proprie ragioni.

È comunque da considerare assodato che le due gambe sulle quali possono camminare spedite le esperienze di “specializzazione” sono date dai principi di sussidiarietà e di solidarietà, nelle loro proiezioni anche al piano delle relazioni interregionali: ad esse, dunque, sono tenuti ad ispirarsi sia gli atti iniziali che gettano le basi sulle quali potrà essere edificato ciascun modello di autonomia differenziata sia le pratiche successivamente adottate da tutti gli attori in campo, lo Stato come pure le Regioni, per darvi concretezza. Ai principi in parola i riparti delle competenze, pur nella loro strutturale mobilità ed elasticità, sono tenuti, dunque, ad ispirarsi ed a mostrarsi nei loro riguardi costantemente, scrupolosamente rispettosi²⁴.

5. *Le incognite legate ai riflessi a carico della specialità che possono aversi per effetto della eventuale realizzazione a tappeto della “specializzazione”, gli inconvenienti che per l’attuale modello possono conseguire a quest’ultima, e l’ulteriore riprova della necessità di far luogo al regime di “specialità diffusa” qui nuovamente patrocinato*

Quanto poi alle prospettive sia della specialità che della specializzazione, di esse tratta – come si accennava poc’anzi – la prima parte del libro in esame. L’esperienza pluridecennale fin qui maturata con riguardo alla prima, nelle sue plurime espressioni, non induce al riguardo all’ottimismo. Va, in particolare, rilevato che Sicilia e Sardegna, le cui vicende non sono state di certo benigne per l’autonomia²⁵, non hanno saputo fare valere le specifiche ragioni della insularità²⁶.

stesse sono state avviate – dovrà pertanto dotarsi della motivazione stessa, alla quale peraltro potrà fare riferimento la Consulta, per il caso che sia chiamata a dirimere una controversia tra Stato e Regione.

²⁴ Non per mero accidente, d’altronde, a ciascuno di tali principi è dedicata una parte del libro da cui questa riflessione ha avuto l’avvio, contenente contributi di particolare interesse.

²⁵ Indicazioni, con specifico riguardo alla prima, possono, volendo, aversi dal mio *Il senso della specialità e la vicenda dell’autonomia siciliana*, cit.; per la seconda, di recente e per tutti, A. DEFFENI, *Riflessioni sparse sul futuro della specialità regionale con particolare riferimento alla Regione Sardegna*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, II, cit., 1523 ss.

²⁶ ... secondo quanto messo in particolare evidenza da G. ARMAO, *Le Regioni Speciali ed il regionalismo differenziato: un “gruppo di famiglia in un interno”*, 27 ss. In tema, v., inoltre, T.E. FROSINI, *Insularità e Costituzione*, in *Diritti regionali* (www.dirittiregionali.it), 1/2020, 28 marzo 2020, 495 ss.; sul progetto volto a reintrodurre il principio di insularità in Costituzione, v., part., G. TROMBETTA, *Il principio di insularità in Costituzione. Un ritorno (dimezzato) al passato?*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 1/2022, 12 gennaio 2022, 188 ss.

C’è poi da tenere nel dovuto conto l’incognita riguardante i riflessi sulla specialità conseguenti ad una diffusa realizzazione della “specializzazione”²⁷, tanto più poi laddove se ne dovesse avere la realizzazione a tappeto, praticamente generalizzata (o quasi). Una soluzione, questa, che per vero ad oggi parrebbe essere remota e che, tuttavia, non può essere in partenza esclusa, per irragionevole che sia in rapporto con la *ratio* sottesa al dettato costituzionale quale oggi è.

L’art. 116, III c., non vuol essere – perlomeno nelle intenzioni di chi l’ha scritto – una sorta di cavallo di Troia, idoneo a scardinare dal di dentro l’impianto del Titolo V; è stato piuttosto concepito per limitate realizzazioni, sia per il numero esiguo dei campi materiali su cui può aversi riscontro del modulo in esso prefigurato e sia per il numero parimenti limitato di Regioni che verosimilmente dovrebbero ritenere opportuno di avvalersene²⁸. E, tuttavia, non si può di certo precludere in partenza alle Regioni che si attivino in vista della “specializzazione” della loro autonomia di poterne godere per il mero fatto che si abbia un affollamento di istanze volte a questo fine. Meno che mai – è superfluo rilevare – si può seguire un criterio cronologico, spianando la via alla “specializzazione” degli enti che diligentemente si siano attivati per tempo e chiudendola dunque alle restanti, come si fa con le liste d’attesa in aeroporto quando la fila si fa troppo lunga. Insomma, non c’è un numero chiuso di “specializzazioni” disponibili, superato il quale il meccanismo di cui all’art. 116 si renda inutilizzabile.

Anche da questo punto di vista ed al fine di evitare l’inconveniente ora indicato, al quale non si saprebbe poi come porre riparo²⁹, appare preferibile la

²⁷ Su ciò, part., A. POGGI, *L’attuazione dell’art. 116, comma 3 Cost. e le prospettive dell’autonomia speciale*, 69 ss., spec. 79 ss., e, della stessa, *Il regionalismo italiano ancora alla ricerca del “modello plurale” delineato in Costituzione, paper*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 8 gennaio 2020, 1 ss., nonché AA.VV., *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, cit., e AA.VV., *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie (1970-2020) in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica*, cit.

²⁸ Lo si desume con certezza dal fatto che il Titolo V nella sua struttura e con l’uniformità di regime che lo caratterizza, rimane invariato, pur laddove si faccia luogo a talune (ma, appunto, limitate) “specializzazioni”.

²⁹ La soluzione peggiore, chiaramente inaccettabile, sarebbe quella per cui il Governo, avvedutosi del numero eccessivamente rilevante delle richieste di “specializzazione” e giudicando inopportuno darvi seguito, accampi pretesti per interrompere le trattative o farle durare troppo a lungo, si da scoraggiare ulteriori iniziative in tal senso. Né è pensabile che le Regioni che si reputino discriminate e – come dire? – vessate dal loro interlocutore istituzionale si rivolgano a tutela delle loro aspettative al giudice costituzionale (in sede di conflitto di attribuzioni). Per quanto quest’ultimo possa fare appello – come non di rado ha fatto (e fa) – al principio di leale cooperazione, al piano dei rapporti sia tra organi che tra enti, di certo non può garantire la prosecuzione delle trattative laddove non vi sia la disponibilità politica da parte dei potenziali contraenti, tanto meno poi che le stesse vadano a buon fine. Ma, poi, come si diceva, lo Stato può – anche per il modello da me patrocinato – intervenire ugualmente negli ambiti materiali oggetto di “specializzazione” e non è pensabile che le Regioni che si considerino indebitamente lese o menomate nella loro autonomia per difendersi si trovino obbligate a ricorrere sistematicamente alla Consulta, inseguendo i singoli

soluzione da me caldeggiata, con il meccanismo agile e duttile che connota l'assetto dei rapporti Stato-Regioni.

Dalla prospettiva ora adottata, è del tutto improprio fare graduatorie di stampo formale-astratto tra tipi di autonomia, rilevando che in cima alla scala v'è la specialità, segue la "specializzazione" e ancora più in basso la mera "ordinarietà", connotata dal regime uniforme per essa stabilita nel Titolo V. Dal momento che ad ogni Regione viene offerta l'opportunità di "differenziarsi" da ogni altra, non è più luogo per confronti tra "cose" diverse, incomparabili appunto. Sarebbe come se, in dispregio della teoria degli insiemi, volessimo sommare elementi tra di loro eterogenei, appartenenti appunto a "contenitori" diversi.

Ad ogni buon conto, "specializzazione" sì o no, è certo che la specialità così com'è richiede di essere profondamente ripensata ed adattata al presente contesto al quale appare sempre più estranea e complessivamente inadeguata.

La cosa è particolarmente vistosa – come si diceva poc'anzi – soprattutto per la Sicilia, in relazione alla quale più (e prima ancora) che per le altre Regioni il bisogno di una riscrittura organica dello statuto si avverte come impellente, non oltre modo differibile, salvo a ritenere che essa possa seguitare ad aversi – come si è avuta sin qui – *factis*, a colpi di riletture "sananti" operate dalle norme di attuazione, da leggi in genere e, in ultima istanza, da pronunzie del giudice costituzionale.

Duole purtroppo constatare che di questo bisogno non sembra essere particolarmente avvertita la stessa Regione, vale a dire, in buona sostanza, il personale politico in essa chiamato a compiti e responsabilità di primo piano. In passato, come si sa, si sono adottate iniziative in tal senso³⁰; ed anche in altre Regioni speciali se n'è avuto riscontro³¹, senza nondimeno essere riusciti a tradurre i propositi – quale che ne fosse la qualità nel merito – in misure concrete ed apprezzabili.

Insomma, il quadro che oggi si presenta davanti ai nostri occhi è quello di un regime duale che stancamente si trascina, senza ormai costruito alcuno; di una "specializzazione" che, per ragioni varie, non è riuscita a decollare e ad affermarsi neppure negli interstizi per essa ritagliati dall'art. 116; di una piatta

atti statali che si rendano responsabili dei *vulnera* ad essa recati.

Come si vede, il Governo è pur sempre salvaguardato nelle sue aspettative e non ha, dunque, di certo bisogno di ricorrere a mezzucci squalificanti per farle valere.

³⁰ Si rammenti al riguardo la sfortunata vicenda della bozza Leanza, a commento della quale può, volendo, vedersi il mio *Riforma dello statuto siciliano e riordino del sistema delle fonti (a proposito della bozza Leanza)*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 2/2003, 29 maggio 2003, nonché in *Nuove aut.*, 1-2/2004, 13 ss. Richiamo qui poi il frutto di una ricerca collettiva posta in essere dai costituzionalisti siciliani concretatasi – come si è dietro già rilevato – in un progetto organico di statuto (v., dunque, nuovamente, AA.VV., *Per un nuovo Statuto della Regione siciliana*, cit.).

³¹ In particolare, in Trentino-Alto Adige sono stati messi a punto due documenti elaborati nel 2018 in vista del rifacimento organico dello statuto, ma poi – come si viene dicendo – anche in questa Regione non se n'è fatto nulla.

ed incolore uniformità di regime al quale, a conti fatti, tutte le Regioni si sono trovate (e si trovano) soggette, per effetto del *pressing* esercitato a carico della loro autonomia dai fattori dietro sinteticamente illustrati.

Eppure, malgrado tutto sembri cospirare per dare rinnovato alimento ad un pessimismo senza speranza, la dottrina – come si faceva notare all’inizio di questa succinta riflessione – tiene caparbiamente accesi i riflettori sull’autonomia, non stancandosi di prospettare soluzioni variamente idonee a ridarvi fiato e, pur nei limiti della difficilissima e per molti versi proibitiva congiuntura presente, a prefigurarne il ristoro, quanto meno a risarcire in parte il danno da essa patito per ciò che le è stato sottratto, già alla luce delle scarse indicazioni della Carta e degli statuti.

Gli autori degli scritti riuniti nel libro che ha dato spunto per le sbrigative notazioni ora svolte hanno fatto la loro parte: per quel che vale il mio giudizio, in modo egregio.

Note sugli autori:

Francesco Armenante

Ricercatore universitario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Salerno

Guido Corso

Professore emerito di diritto amministrativo nell'Università degli studi di RomaTre

Francesco de Leonardis

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Macerata

Annalaura Giannelli

*Professoressa associata di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Catanzaro
"Magna Graecia"*

Ginevra Greco

Ricercatrice universitaria di diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Palermo

Vanessa Manzetti

Ricercatrice universitaria di istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Pisa

Alberto Marchese

Ricercatore universitario di diritto privato nell'Università degli studi di Messina

Daniele Marrama

Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Napoli "Federico II"

Margherita Paola Poto

Professoressa associata di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Torino

Paolo Provenzano

Ricercatore universitario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Milano

Antonio Ruggeri

Professore emerito di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Messina

Mario R. Spasiano

*Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi della Campania
"Luigi Vanvitelli"*

Maria Camilla Spena

*Ricercatrice universitaria di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Napoli
"Federico II"*

Alberto Zito

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Teramo

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI GIUGNO 2022
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI